

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. F. G. JACOBS

presentadas el 22 de febrero de 1989 \*

*Señor Presidente,  
Señores Jueces,*

1. El presente asunto se refiere a si una persona puede ampararse, en aplicación del Derecho comunitario, en determinadas disposiciones de Derecho interno en virtud de las cuales las mujeres que han obtenido, por razón de su matrimonio, el reembolso de las cotizaciones pagadas en concepto del seguro de pensiones tienen la facultad de volver a adquirir antiguos derechos de pensiones pagando cotizaciones con carácter retroactivo, aunque no se cumplan determinados requisitos derivados del Derecho interno.

2. La demandante en el litigio principal, Sra. Lieselotte Hartmann Troiani, nació en 1928. Ejerció una actividad profesional por cuenta ajena en Alemania, del 1 de marzo de 1952 al 31 de agosto de 1963, y cotizó al seguro de pensiones con arreglo al régimen alemán de Seguridad Social. Se casó con un italiano en 1963 y adquirió, por consiguiente, la doble nacionalidad alemana e italiana. Por razón de su matrimonio, la Sra. Hartmann obtuvo, conforme al artículo 1304 del Reichsversicherungsordnung (Código alemán de seguros sociales), el reembolso de las cotizaciones al régimen del seguro de pensiones que había satisfecho por los períodos de empleo cubiertos en Alemania y, tras un período de empleo adicional de once meses, durante el cual pagó cotizaciones obligatorias al seguro de pensiones, se fue a Italia a vivir con su marido. Desde

1964 ha trabajado durante determinados períodos en Italia, donde ha pagado cotizaciones obligatorias al seguro de pensiones.

3. El 23 de septiembre de 1981, la demandante en el litigio principal solicitó al demandado, el Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, autorización para pagar con carácter retroactivo cotizaciones al seguro de pensiones, en aplicación del apartado 28 del artículo 2 de la Arbeiterrenten-Versicherungs-Neuregelungsgesetz (Ley alemana por la que se reforma el régimen del seguro de pensiones de los trabajadores). Esta Ley, que traduce las dificultades derivadas, a nivel social, de una disposición inadecuada referente a la retirada de la vida profesional de muchas mujeres casadas, autoriza a las mujeres que hubieran perdido el beneficio de derechos de pensión a raíz del reembolso por razón de matrimonio de sus cotizaciones al seguro de pensiones, a recuperar sus derechos, pagando, con carácter retroactivo, cotizaciones por los períodos respecto a los cuales se habían reembolsado las cotizaciones. El derecho a efectuar pagos retroactivos está subordinado, sin embargo, al cumplimiento de dos requisitos: en primer lugar, la mujer que quiera beneficiarse de la disposición deberá ejercer, en el momento de la solicitud, una actividad o empleo de los que dan lugar a la afiliación obligatoria al seguro alemán de pensiones. En segundo lugar, deberá haber pagado al organismo de pensiones alemán, cotizaciones por un empleo o una actividad sujetos al régimen ya mencionado, durante un mínimo de veinticuatro meses, después del reembolso de sus cotizaciones. Me referiré al primer requisito

\* Lengua original: inglés.

como requisito de afiliación actual. Como señala el órgano jurisdiccional de remisión, para que una actividad o empleo estén sometidos al régimen alemán del seguro obligatorio de pensiones, deberán ejercerse en el territorio nacional.

4. Mediante resolución de 11 de enero de 1982, la parte demandada denegó la solicitud de la demandante, basándose en que no cumplía ninguno de los requisitos citados. Mediante sentencia de 3 de mayo de 1983, el Sozialgericht de Düsseldorf confirmó la resolución de la parte demandada. Previo recurso de apelación de la demandante, el Landessozialgericht del Land de Renania del Norte-Westfalia, mediante sentencia de 2 de septiembre de 1985, se pronunció a favor de la parte demandante. Presentado un recurso de casación referente a un aspecto jurídico ante el Bundessozialgericht, éste consideró que su pronunciamiento en este asunto dependía de la cuestión de en qué medida el Derecho comunitario, y, en particular, el apartado 2 del artículo 9 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 (DO L 149 de 5.7.1971, p. 2) afecta a las pretensiones de la demandante.

5. El Bundessozialgericht consideró que, en aplicación del apartado 2 del artículo 9 del Reglamento (CEE) n° 1408/71, la demandante tenía la posibilidad de lograr que se tomasen en consideración periodos de seguro cubiertos en Italia para cumplir el segundo requisito, que limita el derecho al pago de cotizaciones con carácter retroactivo, a saber, la exigencia de veinticuatro meses de cotizaciones obligatorias. No obstante, el Bundessozialgericht tenía algunas dudas respecto a si el apartado 2 del artículo 9 se aplica asimismo al primer requisito, a saber, la exigencia de que el solicitante ejerza, en el momento en que presenta su solicitud, una actividad o empleo de los que dan lugar a la afiliación obligatoria al seguro alemán de pensiones. Dicho órgano

jurisdiccional se ha preguntado asimismo si, en la hipótesis de que no se aplique el apartado 2 del artículo 9, dicho requisito de afiliación actual puede considerarse un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores, contrario a los artículos 48 y siguientes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

6. Por todo ello, el Bundessozialgericht, mediante resolución registrada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 7 de diciembre de 1987, planteó a este Tribunal con carácter prejudicial las siguientes cuestiones, en aplicación del artículo 177 del Tratado CEE:

- «1) El apartado 2 del artículo 9 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, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, ¿debe interpretarse en el sentido de que comprende asimismo los casos en los que el pago de cotizaciones voluntarias al seguro de pensiones con carácter retroactivo está subordinado al ejercicio, en el momento de la solicitud, de una actividad profesional de las que dan lugar a la afiliación obligatoria al seguro de pensiones en virtud del Derecho nacional?»
- «2) En caso de respuesta negativa a la primera pregunta: una normativa nacional del tipo de la descrita en la primera cuestión, ¿es contraria a los artículos 48 y siguientes del Tratado CEE o a otras disposiciones del Derecho comunitario?»

## Sobre la primera cuestión

7. El artículo 9 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo está redactado en los siguientes términos:

### *«Admisión al seguro voluntario o facultativo continuado*

»1) Las disposiciones de la legislación de un Estado miembro que subordinen la admisión al seguro voluntario o facultativo continuado a la residencia en el territorio de ese Estado, no afectarán a las personas a quienes se aplica el presente Reglamento y que residan en el territorio de otro Estado miembro, siempre que hayan estado sometidos, en un momento cualquiera de su profesión pasada, a la legislación del primer Estado en calidad de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia.

»2) Si la legislación de un Estado miembro subordina la admisión al seguro voluntario o facultativo continuado al requisito de haber cubierto períodos de seguro, los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro se tomarán en cuenta, en la medida necesaria, como si se tratara de períodos de seguro cubiertos bajo la legislación del primer Estado.»

8. Procede examinar, en primer lugar, un punto que no se ha planteado en las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia. Se entiende que el artículo 9 se aplica únicamente al seguro voluntario o facultativo continuado. A primera vista, parece oportuno plantearse la cuestión de si puede considerarse que la recuperación de antiguos derechos de pensión guarda relación con el

concepto de «seguro continuado», que parece referirse más bien a la adquisición de nuevos derechos que a la recuperación de antiguos derechos. No obstante, en el asunto 93/76 (Liégeois contra Office national des pensions pour travailleurs salariés, Rec. 1977, p. 543), el Tribunal de Justicia, tras comparar las diferentes versiones lingüísticas del artículo 9, declaró, en el apartado 14 de la citada sentencia, que dichas versiones «revelan [...] la intención de abarcar todos los tipos de seguro que incluyen un elemento voluntario, importando poco que se trate o no de una relación de seguro establecida anteriormente» (*traducción provisional*). Esta tesis, si bien se expuso en un contexto diferente al del presente caso, está claramente destinada a ser de aplicación general y es aplicable en este caso. Además, no veo ninguna razón de principio que se oponga a que el artículo 9 se aplique a la recuperación de derechos de pensión, lo mismo que se aplica al seguro continuado. Una interpretación en tal sentido del artículo 9 coincide claramente con los objetivos del Reglamento (CEE) nº 1408/71. El artículo 9 es aplicable, pues, a la recuperación de antiguos derechos de pensión. Su aplicabilidad reviste, como trataré de demostrar, una importancia especial de cara a dar una respuesta a la primera cuestión.

9. Como se ha expuesto en la resolución de remisión, el problema planteado por la primera cuestión se refiere a si el apartado 2 del artículo 9 garantiza no sólo la asimilación de períodos de seguro cubiertos en otro Estado miembro, sino que exige, asimismo, que el ejercicio de un empleo y la afiliación actuales en otro Estado miembro sean asimilados cuando la legislación nacional exija el ejercicio de un empleo, de los que dan lugar a la afiliación obligatoria a un régimen nacional de seguro, como requisito para la admisión a un régimen voluntario de seguro de pensiones. De los autos se des-

prende que la demandante, en el momento de presentar su solicitud, estaba afiliada al régimen del seguro obligatorio de pensiones en Italia.

10. Según las observaciones escritas presentadas en nombre de la demandante, el apartado 2 del artículo 9 requiere una interpretación amplia. La Comisión afirma, por el contrario, que el apartado 2 del artículo 9 se refiere únicamente a la asimilación de períodos de seguro en sentido estricto y no a otros requisitos de admisión a regímenes de seguro que nada tienen que ver con la cobertura de períodos de seguro en cuanto tales. La Comisión cita, a este respecto, varias sentencias en las que —según afirma— el Tribunal de Justicia ha denegado la extensión del ámbito de aplicación de las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71, relativas a la asimilación de períodos de seguro para cubrir otros tipos de requisitos referentes a la afiliación a regímenes de seguro.

11. La Comisión señala, en este sentido, que en el asunto 20/75 (d'Amico contra Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz, Rec. 1975, p. 891), el Tribunal de Justicia consideró que el apartado 1 del artículo 45 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 no comprendía una disposición de la legislación alemana que subordinaba el inicio anticipado del derecho a una pensión de vejez al hecho de que el interesado se encontrase en paro durante cierto tiempo, de forma que las autoridades alemanas competentes no estaban obligadas a tener en cuenta la circunstancia de que el Sr. d'Amico estaba inscrito como parado en otro Estado miembro.

12. La Comisión hace alusión, asimismo, al asunto 70/80 (Vigier contra Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Rec. 1981,

p. 229), que se aproxima algo más al presente caso. En dicho asunto, una persona de nacionalidad francesa intentó ampararse en la legislación alemana, que permite a las víctimas de persecuciones nacional-socialistas pagar *a posteriori* cotizaciones a la Seguridad Social. El Tribunal de Justicia declaró que el apartado 2 del artículo 9 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 no exige que se asimilen períodos de seguro cubiertos en Francia para cumplir un requisito previo para el pago *a posteriori* en virtud del cual el interesado debe probar la condición de «asegurado» merced a una afiliación al régimen nacional de Seguridad Social.

13. No puedo compartir la opinión de la Comisión. Admito, eso sí, que en la jurisprudencia citada el Tribunal se ha mostrado reticente a ampliar el ámbito de aplicación de disposiciones sobre asimilación de períodos de seguro, al objeto de incluir otros tipos de requisitos sin relación con la cobertura de períodos de seguro en cuanto tales. Pero no comparto la postura de la Comisión, por cuanto un requisito de afiliación actual a un régimen de seguro obligatorio no me parece que deba considerarse un requisito sin relación con la cobertura de períodos de seguro. La afiliación a un régimen de seguros es, por el contrario, un elemento esencial de la cobertura de períodos de seguro y debe considerarse, por tanto, que forma parte integrante de este último.

14. La jurisprudencia citada por la Comisión puede distinguirse fácilmente, a mi juicio, del presente asunto. Tanto el asunto d'Amico como el asunto Brunori, también citado por la Comisión (266/78, Rec. 1979, p. 2705), tuvieron su origen en el aparta-

do 1 del artículo 45 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, referente a la asimilación de períodos de seguro cubiertos en otros Estados miembros para la adquisición, el mantenimiento o el cobro de derechos de pensión. Los dos asuntos se refieren a requisitos de admisión a regímenes de seguro que se añadían a requisitos referentes a la cobertura de períodos de seguro y se distinguían de estos últimos. El presente asunto está dentro del ámbito del artículo 9 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y el requisito controvertido en el presente asunto puede asimilarse, por razones sobre las cuales volveremos, a los requisitos recogidos en el artículo 9.

15. A primera vista, el problema suscitado en el asunto Vigier parece análogo al aquí planteado, es decir, que se refiere a si el apartado 2 del artículo 9 permite asimilar la calidad de asegurado, adquirida en razón de la afiliación a un régimen de seguro en un Estado miembro, para la adquisición de dicha condición en otro Estado miembro. Existen, sin embargo, diferencias considerables entre dicho asunto y el presente. En el asunto Vigier, el Tribunal de Justicia declaró que el apartado 2 del artículo 9 no exige a la institución de la Seguridad Social de un Estado miembro que tome en consideración períodos de seguro cubiertos en otro Estado miembro, a efectos de la adquisición del estatuto de asegurado, cuando el interesado no haya estado nunca afiliado al régimen del seguro del primer Estado miembro, es decir, que no haya pagado nunca la mera cotización requerida en virtud de la legislación de dicho Estado miembro para adquirir la condición de asegurado. En el presente caso, la demandante, antes de irse a Italia, estuvo afiliada al régimen alemán de la Seguridad Social y pagó cotizaciones durante varios años. A decir verdad, las disposiciones nacionales controvertidas son aplicables, por su naturaleza, únicamente a personas que hayan estado afiliadas y hayan

pagado cotizaciones. Por otra parte, la demandante en el asunto Vigier, que había vivido en Francia desde su infancia, no podía considerarse un trabajador migrante a efectos del Reglamento (CEE) nº 1408/71, y con razón no se ha aplicado en tales circunstancias el apartado 2 del artículo 9, que tiene por objeto, precisamente, regular la cuestión de los sucesivos períodos de empleo cubiertos en diferentes Estados miembros. Considero, por tanto, que la sentencia dictada en el asunto Vigier no se opone a la aplicación al presente caso del apartado 2 del artículo 9.

16. En todo caso, si en lugar de centrarse únicamente en el apartado 2 del artículo 9 se examina el artículo 9 en su conjunto, parece que esta disposición puede interpretarse en el sentido de que recoge un requisito de afiliación análogo al que es objeto del presente caso.

17. En primer lugar, resulta indispensable tomar también en consideración lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 9, donde se exige que se asimile la residencia actual en otro Estado miembro cuando la legislación nacional erija la residencia como requisito de admisión a un régimen de seguro voluntario de pensiones. Por lo que respecta a los trabajadores, una exigencia de afiliación equivale (a diferencia del caso específico de los trabajadores fronterizos) a una exigencia de residencia.

18. En segundo lugar, si se admite, como ya he señalado al hacer referencia al asunto Liégeois, que el artículo 9 se aplica no sólo al seguro continuado sino también a la recuperación de derechos de pensión, puede en-

tenderse, entonces, que dicha disposición recoge, además del requisito de residencia actual y el requisito de la cobertura de períodos de seguro que se mencionan expresamente en los apartados 1 y 2, un requisito de afiliación actual. En el caso del seguro voluntario o facultativo continuado, no parece necesario mencionar un requisito de afiliación actual a un régimen de seguro obligatorio, porque puede presumirse que el seguro actual no será normalmente un requisito de admisión a un régimen de seguro voluntario. No es de extrañar, pues, que el artículo 9 no mencione expresamente dicho requisito. No obstante, a partir del momento en que se admite que el artículo 9 se aplica asimismo a la recuperación de derechos de pensión, está claro que el requisito de afiliación actual debe tratarse de igual modo que el requisito de residencia actual y el requisito de la cobertura de períodos de seguro. Por consiguiente, el artículo 9, si se examina en su conjunto, debe interpretarse en el sentido de que la afiliación actual en otro Estado miembro cumple el requisito de afiliación actual.

19. Además, el artículo 9 tiene por objeto permitir que un trabajador tenga acceso al seguro voluntario en un Estado miembro cuando resida en otro Estado miembro o haya cubierto períodos de seguro en otro Estado miembro. La exigencia de afiliación actual en el primer Estado miembro sería contraria a dicho objetivo.

20. Por consiguiente, considero que la primera pregunta requiere una respuesta afirmativa. Sugiero que se formule la respuesta en los términos siguientes, para poner de manifiesto el alcance exacto de la decisión:

«El artículo 9 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que, cuando la legislación de un Estado miembro subordine el derecho a pagar cotizaciones voluntarias del seguro de pensiones, en relación con períodos de seguro cubiertos con anterioridad al amparo de la legislación de dicho Estado miembro, a la existencia de una afiliación al régimen de seguro obligatorio de pensiones de dicho Estado miembro en el momento en que se presente la solicitud de autorización del pago de cotizaciones voluntarias, la afiliación en dicha fecha a un régimen de seguro obligatorio en otro Estado miembro satisface dicho requisito.»

#### Sobre la segunda cuestión

21. Habida cuenta de la respuesta que sugiero que se dé a la primera cuestión, no parece preciso dar una respuesta a la segunda pregunta. No obstante, expondré brevemente mi opinión sobre esta cuestión, que plantea un problema importante respecto al papel que en su caso pueda desempeñar el artículo 48 del Tratado, para suplir a la legislación comunitaria sobre Seguridad Social.

22. El primer punto se refiere a si el requisito de afiliación actual es incompatible con el principio que prohíbe cualquier discriminación por razón de la nacionalidad, recogido en los artículos 7 y 48 del Tratado, así como en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 1408/71. Comparto la opinión de la Comisión, según la cual no es aplicable al presente caso dicho principio. A mi juicio, haciendo abstracción de cualquier otra consideración, dicho requisito, aunque no pueda justificarse objetivamente, no constituye una discriminación manifiesta,

porque se aplica a todas las personas que pretenden ampararse en la facultad de pagar cotizaciones *a posteriori*, sea cual fuere su nacionalidad; parece dudoso, por otra parte, que implique una discriminación indirecta, porque (como muestra el presente caso) puede afectar sobre todo a las personas que iniciaron su carrera profesional en Alemania y ejercieron posteriormente un empleo en el extranjero, de forma que no es posible que llegue a perjudicar especialmente a los nacionales de otros Estados miembros.

23. La Comisión señala, sin embargo, que la garantía de libre circulación de los trabajadores, recogida en el apartado 1 del artículo 48 y precisada en particular en el Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO 1968, L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77), no se limita a la abolición de cualquier discriminación por razón de la nacionalidad, sino que implica asimismo la abolición de los obstáculos a la libre circulación. Comparto el parecer de la Comisión de que el requisito controvertido exigido por la legislación alemana puede constituir un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores, por cuanto perjudica a una persona que haya ejercido efectivamente dicha libertad. Es innegable, asimismo, que al artículo 48 debe dársele una interpretación amplia. He de expresar, sin embargo, ciertas dudas en torno a la posibilidad de basarse en disposiciones generales del Tratado, como el artículo 48, para subsanar lagunas en la legislación comunitaria sobre Seguridad Social. La cuestión sólo se plantea, recordémoslo, en el caso de que el legislador comunitario haya permitido que siga existiendo una laguna en el artículo 9 del Reglamento (CEE) nº 1408/71. La tesis según la cual, cuando se haya establecido un régimen jurídico completo, es posible re-

currir al Tratado para subsanar una laguna en la legislación, me parece sorprendente. En efecto, en tal caso, las necesidades legislativas y en particular las necesidades de modificación legislativa, serían mínimas. A mi juicio, está claro que dentro del espíritu del Tratado, los obstáculos a la libre circulación de los trabajadores, resultantes de requisitos como los recogidos en este caso, establecidos por la legislación nacional, iban destinados a su superación, merced a medidas adoptadas en aplicación del artículo 51 del Tratado. Es indispensable, con toda seguridad, interpretar dicha legislación de forma que se consigan los objetivos del Tratado y, en particular, de los artículos 48 y 51; pero la solución no puede hallarse tomando como único fundamento el artículo 48.

24. Como puede observarse, la Comisión no ha citado jurisprudencia alguna en apoyo de su tesis. No considero que las sentencias de 7 de julio de 1988, en el asunto 143/87 (Stanton contra Inasti, Rec. 1988, p. 3877), y en los asuntos acumulados 154 y 155/87 (Inasti contra Wolf, Rec. 1988, p. 3897), situadas en su contexto, puedan servir de apoyo a la argumentación de la Comisión. En dichas sentencias, el Tribunal declaró que una disposición de la legislación belga sobre seguridad social que no tuviera en cuenta actividades profesionales ejercidas en otro Estado miembro a efectos de determinar si ciertos trabajadores por cuenta propia estaban exentos del pago de cotizaciones sociales en Bélgica, era incompatible con los artículos 48 y 52 del Tratado, por cuanto constituía un obstáculo al ejercicio de actividades profesionales fuera del territorio de dicho Estado miembro. Procede señalar, no obstante, respecto a dichas sentencias, que la normativa comunitaria aplicable [es decir, el Reglamento (CEE) nº 1390/81 del Consejo, por el que se amplía a los trabajadores

no asalariados y a los miembros de su familia el Reglamento (CEE) n° 1408/71 (DO 1981, L 143, p. 1)] no había entrado en vigor en la fecha de los períodos de actividad

no asalariada examinados en dichos asuntos, de forma que la decisión sólo podía incluirse en el ámbito de la interpretación de los artículos 48 y 52.

### **Conclusión**

25. En definitiva, soy de la opinión de que procede responder de la siguiente forma a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional:

«El artículo 9 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que, cuando la legislación de un Estado miembro subordine el derecho a pagar cotizaciones voluntarias del seguro de pensiones, en relación con períodos de seguro cubiertos anteriormente al amparo de la legislación de dicho Estado miembro, a la existencia de una afiliación al régimen de seguro obligatorio de pensiones de dicho Estado miembro en el momento en que se presente la solicitud de autorización del pago de cotizaciones voluntarias, la afiliación en dicha fecha a un régimen de seguro obligatorio en otro Estado miembro satisface dicho requisito.»