

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ANTONIO TIZZANO

presentadas el 7 de junio de 2001¹

I. Premisa

1. ¿Es compatible con el Derecho comunitario la legislación de un Estado miembro que supedita la concesión de la prestación por desempleo en la cuantía privilegiada para los «cabezas de familia» al requisito de que el interesado conviva con otros miembros de su familia, sin tener en cuenta, por tanto, a los que residen en otro Estado miembro? Ésta es, en sustancia, la cuestión prejudicial que formula al Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 234 CE, el Tribunal du travail de Mons (Bélgica) (en lo sucesivo, «tribunal»), que se refiere, en particular, a la interpretación del artículo 1, letra f), y del artículo 68, 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, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98; en lo sucesivo, «Reglamento n° 1408/71»), tanto en su versión vigente el 1 de diciembre de 1990 como en su versión posterior, resultante de las modificaciones y actualizaciones introducidas en el Reglamento n° 1408/71 por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), que entró en vigor el 1 de febrero de 1997.

II. Marco jurídico

A. *La normativa comunitaria*

2. En la materia es aplicable, en primer lugar, el artículo 1, letra f), inciso i), del Reglamento n° 1408/71, en su versión modificada por el Reglamento n° 118/97. Esta disposición es sustancialmente idéntica al anterior artículo 1, letra f), en su versión modificada por el artículo 1, apartado 2, letra c), del Reglamento (CEE) n° 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981, por el que se amplía a los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia el Reglamento n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a los miembros de su familia que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 143, p. 1). Para evitar confusiones, conviene precisar que, a los efectos de las presentes conclusiones, las remisiones al artículo 1, letra f), es decir, a la numeración original de la disposición, deben entenderse referidas únicamente al artículo 1, letra f), inciso i).

3. Conforme a dicha disposición:

«la expresión “miembro de la familia” designa a toda persona definida o admitida

1 — Lengua original: italiano.

como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones o, en los casos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 22 y en el artículo 31, por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside; no obstante, si estas legislaciones no consideran como miembro de la familia o del hogar más que a una persona que viva en el hogar del trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, esta condición se considerará cumplida cuando la persona de que se trate esté principalmente a cargo de dicho trabajador [...].».

igualmente ha permanecido sin cambios durante este tiempo, establece:

«La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que la cuantía de las prestaciones ha de variar con el número de los miembros de la familia, tendrá también en cuenta a los miembros de la familia del interesado que residan en el territorio de otro Estado miembro como si residiesen en el territorio del Estado competente. Esta norma no se aplicará si, en el país donde residen los miembros de la familia, otra persona tiene derecho a las prestaciones por desempleo, y si dichos miembros de la familia son tenidos en cuenta para el cálculo de las mismas.»²

4. Por su parte, el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71, disposición que no ha sido modificada, prevé:

«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.»

6. Ha de recordarse, por último, aunque se refiera a las prestaciones familiares, el artículo 74 del Reglamento n° 1408/71, en la versión resultante del Reglamento n° 118/97 (disposición sustancialmente idéntica al anterior artículo 74, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71, en su versión modificada por el Reglamento n° 1390/81), que dispone:

«El trabajador, por cuenta ajena o por cuenta propia, en desempleo que disfruta de las prestaciones por desempleo al amparo de la legislación de un Estado miembro tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las

5. Para el cálculo de las prestaciones por desempleo el artículo 68, apartado 2, del Reglamento n° 1408/71, disposición que

2 — Se han dictado también disposiciones análogas en relación con las prestaciones por enfermedad (artículo 23, apartado 23), las pensiones (artículo 47, apartado 3) y las prestaciones por accidente de trabajo (artículo 58, apartado 3).

prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieren en el territorio de éste [...]»³

eventual existencia de ingresos de otras personas que convivan con el trabajador.

B. La normativa nacional

7. En virtud del artículo 66 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1991, de regulación del desempleo (*Moniteur belge* de 31 de diciembre de 1991, p. 29888; en lo sucesivo, «Real Decreto»), la prestación por desempleo se concede exclusivamente a los desempleados que residan de manera efectiva en el territorio belga. Además, para aquellos que tienen «familia a su cargo», se prevé una prestación con una cuantía privilegiada; la llamada prestación para los «cabezas de familia». En este sentido, el artículo 110, apartado 1, del Real Decreto dispone:⁴

«Por trabajador con familia a su cargo debe entenderse el trabajador que:

1. Convive con su cónyuge, que no percibe ingresos profesionales ni ingresos sustitutorios; en este caso, no se tendrá en cuenta la

2. No convive con su cónyuge, pero convive exclusivamente con:

a) uno o varios hijos, siempre que tenga derecho al menos por uno de ellos a las prestaciones familiares o que ninguno de ellos perciba ingresos profesionales o ingresos sustitutorios;

b) uno o varios hijos y otros parientes o afines hasta el tercer grado incluido, siempre que tenga derecho a las prestaciones familiares al menos por uno de los hijos y que los otros parientes o afines no perciban ingresos profesionales ni ingresos sustitutorios;

c) uno o varios parientes o afines hasta el tercer grado incluido que no perciban ingresos profesionales ni ingresos sustitutorios.

3 — Señalaré que, además del anteriormente citado artículo 74, el Reglamento n° 1408/71 contiene una disposición análoga, el artículo 73, relativa al caso de los trabajadores con empleo cuyos familiares residan en un Estado miembro distinto del Estado competente (el actual artículo 73 del Reglamento n° 1408/71, en su versión actualizada por el Reglamento n° 118/97, es sustancialmente idéntico al anterior artículo 73, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71, en su versión modificada por el Reglamento n° 1390/81).

4 — La traducción de las disposiciones nacionales no es oficial.

3. Viva solo y esté obligado al pago de alimentos como consecuencia de una resolución judicial o de un acto notarial adoptados en el marco de un procedimiento de

divorcio o de separación de mutuo acuerdo.»

También se considera que conviven los miembros de la familia que:

8. Además, el artículo 114, apartado 3, del Real Decreto prevé:

«Para los trabajadores con familia a su cargo, el importe diario básico de la prestación por desempleo se verá incrementado durante todo el período de desempleo por un complemento único por pérdida de ingresos igual al 5 % de la remuneración media diaria.»⁵

9. En cuanto al concepto de «convivencia» al que hace referencia el artículo 110 del Real Decreto, el artículo 59 del Decreto ministerial de 26 de noviembre de 1991, por el que se adoptan las disposiciones de aplicación del Real Decreto (*Moniteur belge* de 25 de enero de 1992; en lo sucesivo, «Decreto ministerial») dispone:

«Por convivencia debe entenderse el hecho de que dos o más personas vivan juntas bajo el mismo techo y resuelvan principalmente en común las cuestiones domésticas.

⁵ — Respecto al concepto de remuneración media diaria, véanse los artículos 65 a 69 del Decreto ministerial de 26 de noviembre de 1991, citado a continuación.

1. Han sido llamados a filas o cumplen la prestación social sustitutoria.

2. Han sido encarcelados, internados o confiados a una institución para enfermos mentales, durante los primeros doce meses de su encarcelamiento o internamiento.

3. Tienen temporalmente otra residencia por motivos profesionales.»

III. Hechos y cuestión prejudicial

10. El Sr. Stallone, de origen italiano, obtuvo por primera vez una prestación por desempleo en Bélgica el día 20 de febrero de 1978, tras haber trabajado en dicho país del 16 de mayo de 1977 al 19 de febrero de 1978. De los elementos contenidos en los autos del presente asunto se deduce que, tras haber cobrado dicha prestación en el período 1991/1993 en la cuantía prevista para las personas sin familia a su cargo, el 20 de septiembre de 1993 el Sr. Stallone presentó en la Office National de l'Emploi (Oficina Nacional de Empleo; en lo sucesivo, «ONEM») una solicitud de pago de la misma prestación,

pero en la cuantía prevista para los «cabezas de familia», precisando que, aunque ya habían regresado a Italia y residían allí desde 1991, su mujer y sus hijos estaban todavía a su cargo. La ONEM, demandada en el procedimiento principal, denegó dicha solicitud basándose en las disposiciones nacionales antes citadas y, en concreto, en el artículo 110 del Real Decreto. El Sr. Stallone fue informado de la denegación el día 1 de diciembre de 1993, cuando se presentó en las oficinas del organismo competente para el pago.

del Real Decreto, de 25 de noviembre de 1991, de regulación del desempleo, en la medida en que dicha disposición supedita la obtención de la prestación por desempleo en una cuantía privilegiada al requisito de la convivencia con algunos miembros de la familia y no únicamente al hecho de que éstos se encuentren, principalmente o de manera efectiva, a su cargo?»

IV. Análisis jurídico

11. En consecuencia, el 2 de diciembre de 1993 el Sr. Stallone impugnó dicha denegación, iniciando el procedimiento que dio origen al presente asunto. Teniendo en cuenta la aparente contradicción entre la normativa comunitaria, que, para el cálculo del importe de una prestación por desempleo, se opone al requisito de la residencia de los familiares en el territorio del Estado miembro competente, y la legislación belga en materia de desempleo, que, a los efectos de conceder la prestación de que se trata en la cuantía para los «cabezas de familia» exige, en sustancia, que los miembros de la familia del interesado residan en territorio belga, el órgano jurisdiccional nacional ha considerado oportuno plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

A. *Premisa*

12. Mediante la única cuestión prejudicial formulada al Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, letra f), y el artículo 68, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71, en su versión original y en la versión resultante de la entrada en vigor del Reglamento nº 118/97, se oponen a una disposición nacional en virtud de la cual la concesión de la prestación por desempleo en una cuantía privilegiada (la llamada prestación para los «cabezas de familia»), prevista para los trabajadores que tengan familia a su cargo, queda supeditada al requisito de la convivencia del trabajador desempleado con algunos miembros de su familia en el territorio del Estado miembro competente. Como ya he señalado, las disposiciones citadas del Reglamento nº 1408/71 prácticamente no han variado en el período de tiempo que más interesa al órgano jurisdiccional nacional, esto es, el que va del 1 de diciembre de 1990 hasta hoy, de modo que la solución de la cuestión prejudicial no se ve afectada por las modificaciones introducidas por el Reglamento nº 118/97.

«¿Se oponen los Tratados europeos, la normativa europea y, en concreto, el artículo 1, letra f), y el artículo 68, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión actual o en la versión vigente entre el 1 de diciembre de 1990 y el día de hoy, al artículo 110, apartado 1, números 1 y 2,

B. Aplicabilidad del Reglamento n° 1408/71

13. El Gobierno belga objeta, con carácter preliminar, que el Reglamento n° 1408/71 no es aplicable al presente asunto porque el caso del Sr. Stallone constituye una situación puramente interna de un Estado miembro. De hecho, al Sr. Stallone se le concedió la prestación por desempleo tomando como base una actividad laboral realizada exclusivamente en Bélgica y en la solicitud de prestación por desempleo declaró que vivía en Bélgica con su cónyuge y un hijo. Por otra parte, no se le puede aplicar la calificación de trabajador migrante por el mero hecho de que su familia regrese a Italia.

14. Me parece, sin embargo, que esta objeción contrasta con la normativa comunitaria aplicable y con la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, este último ha declarado que los reglamentos de coordinación en materia de seguridad social no se limitan «únicamente a los trabajadores migrantes *stricto sensu* o a los desplazamientos relativos al desempeño de su empleo»,⁶ sino que se aplican a todos los ciudadanos de los Estados miembros acogidos a los regímenes de seguridad social establecidos en favor de los trabajadores por cuenta ajena. Efectivamente, prosigue el Tribunal de Justicia (y lo ha recordado también la Comisión en el curso de la vista), el artículo 1, letra a), inciso i), del Reglamento n° 1408/71 define como trabajador a los efectos del propio Reglamento «a toda persona que esté asegurada en virtud de un seguro obligatorio o

facultativo continuado contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas de un régimen de seguridad social, que se aplique a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia»;⁷ y el sucesivo, artículo 2, apartado 1, precisa que el Reglamento se aplica a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que «estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros». Además, conforme al quinto «considerando» del texto original del Reglamento n° 1408/71, las normas de coordinación de las legislaciones nacionales de seguridad social, entre ellas el Reglamento, comprenden también los casos en los que son los miembros de la familia del trabajador los que se desplazan dentro de la Comunidad. En consecuencia, debe entenderse que un trabajador como el Sr. Stallone al que se ha concedido una prestación por desempleo en un Estado miembro, que, por tanto, está «asegurado» a los efectos del artículo 1, letra a), inciso i), del Reglamento n° 1408/71 y cuya familia ha regresado a su país de origen, está comprendido en el ámbito de aplicación *ratione personae* del Reglamento, incluso en el caso de que haya desarrollado su actividad laboral únicamente en el Estado miembro que concede la prestación.⁸

C. Principios que resultan de la normativa comunitaria aplicable

15. Así pues, pasando al fondo de la cuestión, debo recordar, primero de todo,

6 — Sentencia de 5 de marzo de 1998, Kulzer (C-194/96, Rec. p. I-895), apartado 29, relativa a un supuesto casi idéntico al del Sr. Stallone.

7 — Transcribo el texto de la disposición en su versión actualmente vigente.

8 — Además del asunto Kulzer, antes citado, véase también, en el sentido propuesto en el texto, la sentencia de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala (C-85/96, Rec. p. I-2691), apartado 44.

que la base jurídica del Reglamento nº 1408/71 es el artículo 51 del Tratado CE (actualmente artículo 42 CE, tras su modificación), que habilita al Consejo para adoptar medidas en materia de seguridad social con el fin de favorecer, también bajo este aspecto, la libre circulación de trabajadores en la Comunidad, como establece el artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación). En efecto, se ha tratado de garantizar al trabajador que su derecho a las prestaciones de la seguridad social no sufrirá limitaciones injustificadas como consecuencia de una eventual migración, evitando así que el temor a estas limitaciones pueda desmotivar o penalizar el ejercicio de la libertad de circulación.⁹

16. Para conseguir este resultado, la normativa comunitaria se inspira también en este sector en el principio básico de las libertades recogidas en el Tratado CE, esto es, en el principio de la prohibición de discriminaciones por razón de la nacionalidad. De hecho, invocando expresamente el principio de igualdad de trato entre trabajadores migrantes y ciudadanos del Estado miembro de acogida, el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1408/71 no hace sino plasmar, en el ámbito de aplicación del citado Reglamento, el principio enunciado en el artículo 48, apartado 2, del Tratado y, en términos más generales, en el artículo 6 del Tratado CE (originariamente artículo 7 de este Tratado y actualmente artículo 12 CE, tras su modificación), que prohíbe precisamente cualquier

discriminación por razón de la nacionalidad.

17. Como es sabido y ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato tiene un alcance extremadamente amplio, que trasciende la mera prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad para extenderse a todas las restricciones que afectan al trabajador (y, en general, al titular de los derechos de libertad de circulación) por el solo hecho de haber ejercitado dicha libertad. En efecto, según una rica y consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «[el principio de igualdad de trato, del que el artículo 48, apartado 2, del Tratado constituye una expresión específica], no sólo prohíbe [...] las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también *cualquier forma de discriminación encubierta* que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado». ¹⁰ Así pues, la igualdad de trato debe ser plenamente garantizada e implica, por tanto, la rigurosa prohibición de cualquier medida nacional que impida u obstaculice, exclusiva o principalmente respecto a los ciudadanos comunitarios establecidos en otro Estado miembro, el ejercicio de las libertades de circulación, tanto si la medida incide de modo directo y mani-

9 — Véanse, en relación con el artículo 51, las sentencias de 13 de julio de 1966, Hagenbeek (4/66, Rec. p. 580), y de 10 de enero de 1980, Jordens-Vosters (69/79, Rec. p. 75), apartado 11.

10 — Sentencia de 16 de mayo de 2000, Zurstrassen (C-87/99, Rec. p. I-3337), apartado 18 (la cursiva es mía). En el mismo sentido véanse también, *ex multis*, las sentencias de 12 de julio de 1979, Toia (237/78, Rec. p. 2465), apartado 12; de 12 de septiembre de 1996, Comisión/Bélgica (C-278/94, Rec. p. I-4307), apartados 28 a 30; de 25 de junio de 1997, Mora Romero (C-131/96, Rec. p. I-3659), apartado 32; de 27 de noviembre de 1997, Meints (C-57/96, Rec. p. I-6689), apartados 45 y 46; de 7 de mayo de 1998, Clean Car Autoservice (C-350/96, Rec. p. I-2521), apartados 29 y 30, y de 24 de septiembre de 1998, Comisión/Francia (C-35/97, Rec. p. I-5325), apartado 39.

fiesto como si se presenta como restricción indirecta o encubierta.¹¹

18. Se encuadran justamente en este contexto una serie de disposiciones del Reglamento n° 1408/71, entre ellas, precisamente, los actuales artículo 1, letra f), inciso i), artículo 68, apartado 2, y artículos 73 y 74, que tratan de evitar que un Estado miembro pueda denegar prestaciones de seguridad social a un trabajador migrante por el solo hecho de que los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto del que es competente para la concesión de dichas prestaciones. De hecho, como observa el Gobierno español, que interviene en el presente asunto, dicha denegación constituiría un obstáculo a la libre circulación, puesto que el problema de la residencia de los familiares fuera del Estado miembro responsable del pago de determinadas prestaciones sociales se plantea normalmente en relación con los trabajadores migrantes¹² y, por ello, la solución contraria podría disuadir al trabajador de ejercer dicha libertad.¹³

19. Una vez reconstruidos de esta forma el sentido y el alcance de la normativa comunitaria aplicable, no me parece difícil valorar la compatibilidad con dicha normativa de la legislación belga controvertida, en concreto, del artículo 110, apartado 1, del Real Decreto, en la medida en que prevé, con el fin de calcular la prestación por desempleo correspondiente a los trabajadores residentes efectivamente en Bélgica, que la cuantía privilegiada para los «cabezas de familia» se conceda sólo cuando el cónyuge u otros miembros de la familia a cargo del trabajador convivan con este último. En efecto, me parece que dicho requisito se encuentra en abierto conflicto tanto con los principios generales de la materia que se han recordado anteriormente como con las disposiciones del Reglamento n° 1408/71, que plasman estos principios, porque el requisito de que se trata, si bien es aplicable indistintamente, esconde en realidad una discriminación en perjuicio de los trabajadores migrantes, puesto que, como he recordado antes, la situación que excluye el cumplimiento del requisito, esto es, la residencia de los familiares en otro Estado miembro, se producirá sobre todo en relación con estos trabajadores.

11 — Entre la reiterada jurisprudencia que proclama estos principios véanse, además de las ya citadas, las sentencias de 12 de febrero de 1974, *Sorgiu* (152/73, Rec. p. 153), apartado 11; de 15 de enero de 1986, *Pinna I* (41/84, Rec. p. 1), apartado 23; de 27 de septiembre de 1988, *Lenoir* (313/86, Rec. p. 5391), apartado 14; de 21 de noviembre de 1991, *Le Manoir* (C-27/91, Rec. p. I-5531), apartado 10, y más recientemente las sentencias de 23 de febrero de 1994, *Scholz* (C-419/92, Rec. p. I-505), apartado 7, en la que figuran más remisiones, y de 12 de junio de 1997, *Merino García* (C-266/95, Rec. p. I-3279), apartado 33.

12 — En este sentido, véanse las sentencias *Pinna I*, antes citada, apartado 24; de 30 de enero de 1997, *Stöber y Piosa Pereira* (asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95, Rec. p. I-511), apartado 38; *Merino García*, antes citada, apartado 35, y *Zurstrassen*, antes citada, apartado 19).

13 — Véanse las sentencias de 22 de febrero de 1990, *Bronzino* (228/88, Rec. p. 531), apartado 12, y de 10 de octubre de 1996, *Hoever y Zachow* (asuntos acumulados C-245/94 y C-312/94, Rec. p. I-4895), apartado 34, en la que figuran más remisiones, ambas relativas al artículo 73, y la sentencia de 22 de febrero de 1990, *Gatto* (C-12/89, Rec. p. I-557, publicación sumaria), en relación con el artículo 74.

20. El Gobierno belga y la ONEM oponen, sin embargo, a esta conclusión una nutrida serie de objeciones que paso a examinar ahora, distinguiendo entre aquellas que conciernen exclusivamente al artículo 68, apartado 2, del Reglamento n° 1408/71 y aquellas que inciden, además, en la especificidad de la legislación belga controvertida.

D. Argumentos basados en el artículo 68, apartado 2, del Reglamento n° 1408/71

1. Ámbito de aplicación de la disposición

21. En primer lugar, la ONEM sostiene que el artículo 68, apartado 2, del Reglamento n° 1408/71 no es aplicable en el presente asunto porque dicho artículo se preocupa sólo de evitar que se penalice al trabajador migrante cuyos familiares no han podido desplazarse con él y se han visto, por tanto, obligados a *permanecer* en su país de origen; en el caso del Sr. Stallone, en cambio, nos encontramos ante un supuesto distinto en el que, después de haberse trasladado el trabajador con toda su familia a otro Estado miembro, sus familiares *regresan* a su país de origen. Pero, según la ONEM, en este supuesto no habría ninguna restricción a la libertad de circulación, porque los que se desplazan dentro de la Comunidad son los miembros de la familia y no el trabajador.

22. Como puede verse, la objeción recuerda en parte a la que se acaba de examinar y descartar a propósito de la aplicabilidad del Reglamento n° 1408/71. Pero, aparte de esto y de que, como veremos, contradice otros argumentos desarrollados en defensa de la legislación belga controvertida, debo confesar que no acierto a comprender en qué elementos se apoya la distinción trazada por la ONEM. En efecto, dado que no hay rastro alguno de dicha distinción en el texto del artículo 68, apartado 2, considero que nace de una interpretación arbitraria de la disposición, tanto más discutible por cuanto se inspira en criterios exactamente opuestos a aquellos que, según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia,

deben presidir la interpretación de las disposiciones dirigidas a favorecer la libertad de circulación en la Comunidad. De hecho, está claro que la tesis que se está examinando conduce a restringir de modo totalmente injustificado el alcance de una disposición que, en cambio, como reconoce la propia ONEM, tiende precisamente a garantizar dicha libertad, reduciendo los efectos negativos de su ejercicio en los supuestos, que no son precisamente infrecuentes, en los que dicho ejercicio conduzca a la separación de los miembros de una familia. Desde este punto de vista, evidentemente, carece de importancia el momento (contemporáneo o posterior al traslado del trabajador) de la separación, así como el sentido del desplazamiento (hacia el Estado de origen o hacia otro Estado) o su motivo (familiar, de estudios, de salud, etc.).¹⁴

2. La dificultad de los controles exigidos por la disposición

23. También para justificar la inaplicabilidad del artículo 68, apartado 2, al caso del Sr. Stallone, la ONEM invoca las dificultades de tipo administrativo a las que estaría expuesta si a los trabajadores migrantes que se encuentran en la situación del Sr. Stallone les fuera concedida, en virtud de dicha disposición, la prestación por desem-

14 — Por ejemplo, en relación con la prohibición de discriminación en materia de prestaciones sociales establecida en el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO 257, p. 2; EE 05/01, p. 77), el Tribunal de Justicia ha reconocido que se aplica también a las ayudas a la instrucción destinadas a los hijos de los trabajadores migrantes que hayan vuelto a su propio país de origen por motivos de estudios (véase la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Di Leo, C-308/89, Rec. p. I-4185, apartado 4; véase también la sentencia de 26 de febrero de 1992, Bernini, C-390, Rec. p. F-1071, apartados 3 y 4).

pleo en la cuantía prevista para los «cabezas de familia», puesto que dicho organismo no dispone de medios adecuados para comprobar si los miembros de la familia del interesado que han regresado a su país de origen están, efectivamente, a su cargo.

24. Procede recordar al respecto, primero de todo, que, como ha subrayado en la vista el representante del Sr. Stallone, el artículo 84 del Reglamento n° 1408/71, titulado «Cooperación entre las autoridades competentes», dispone que, a los efectos de la aplicación del Reglamento, dichas autoridades deben prestarse apoyo recíproco como si se tratara de la aplicación de su propia legislación. La ONEM tiene, por tanto, la posibilidad de solicitar la colaboración del organismo competente italiano para comprobar si los miembros de la familia del Sr. Stallone están, efectivamente, a su cargo. No obstante, debo también observar que las dificultades invocadas por la ONEM en el caso de los familiares de un trabajador comunitario que han regresado a su país de origen en nada se diferencian de las que podrían surgir en caso de que, desde el principio, dichos familiares no hubieran querido o no hubieran podido seguir al trabajador migrante, supuesto que, como acabo de recordar, la propia ONEM considera cubierto por el artículo 68, apartado 2. Por último, se podría también señalar que las dificultades invocadas son muy probablemente menores que aquellas a las que debe enfrentarse la ONEM para controlar el requisito, requerido, como veremos enseguida, por la legislación belga, de que los miembros de la familia vivan bajo el mismo techo, ya que las comprobaciones correspondientes pueden resultar más complejas que las necesarias para comprobar la

subsistencia real de la dependencia económica, que únicamente exige la realización de indagaciones dirigidas a comprobar si los familiares disponen o no de ingresos propios. En todo caso, aunque estos controles supusieran las dificultades que señala la ONEM, dicha circunstancia no podría justificar por sí sola una discriminación prohibida por el Derecho comunitario; en efecto, como es sabido, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas o situaciones de su propio ordenamiento jurídico para justificar el incumplimiento de las obligaciones prescritas por la normativa comunitaria.¹⁵

E. Argumentos basados en la especificidad de la legislación belga controvertida

1. La relevancia del caso Acciardi

25. Para responder a la cuestión formulada por el órgano jurisdiccional belga, ha sido invocado precisamente por este último, pero también por otras partes en el presente procedimiento, un pronunciamiento anterior del Tribunal de Justicia, que parece confirmar plenamente la tesis del carácter discriminatorio de la legislación belga controvertida. Aludo, como es obvio, a la sentencia Acciardi,¹⁶ en la cual el Tribunal

15 — Con específica referencia al supuesto de aplicación de un reglamento comunitario, véase, en último lugar, la sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia (C-333/99, Rec. p. I-1025), apartado 44, en la que figuran más remisiones.

16 — Sentencia de 2 de agosto de 1993 (C-66/92, Rec. p. I-4567).

de Justicia declaró que «la primera frase del apartado 2 del artículo 68 del Reglamento n° 1408/71 se opone, sin perjuicio de lo dispuesto en la segunda frase del mismo apartado, a una disposición [...] con arreglo a la cual las prestaciones concedidas a un nacional de otro Estado miembro se calculan sin tener en cuenta a su cónyuge que reside en otro Estado miembro» (apartado 27). Sin embargo, según el Gobierno belga y la ONEM, el asunto Acciardi presenta, con respecto al que ahora se examina, dos importantes diferencias que llevan a excluir su relevancia a los efectos del presente asunto. Dado que las citadas diferencias conciernen a aspectos en los que se ha insistido mucho por parte belga, conviene dedicarles una particular atención.

a) La cuestión del número de los miembros de la familia a cargo del trabajador

26. En primer lugar, la ONEM sostiene que la legislación neerlandesa sobre la que se discutía en el asunto Acciardi hacía depender la cuantía de las prestaciones del número de miembros de la familia a cargo del beneficiario; entraba, por tanto, plenamente en el supuesto previsto en el artículo 68, apartado 2, del Reglamento n° 1408/71, que contempla, precisamente, el caso de aquellas legislaciones en las que «la cuantía de las prestaciones ha de variar con el número de los miembros de la familia» y, por este motivo, exige expresamente que se tomen en consideración también aquellos miembros residentes en el extranjero. En cambio, siempre según la ONEM, conforme al artículo 110, apartado 1, del Real Decreto, la cuantía de la prestación por desempleo para los «cabezas de familia», una vez concedida, no varía en

función del «número de los miembros de la familia» que convivan con el trabajador y, a efectos de su concesión, basta con que este último conviva con una sola de las personas indicadas en la citada disposición, personas que, además, pueden ser ajenas al núcleo familiar (como se ha visto, el artículo 110, apartado 1, contempla incluso, bajo ciertas condiciones, la hipótesis de que el trabajador viva solo). Así pues, el hecho de que se trate de una o varias personas y de que sean o no miembros de la familia es irrelevante para la concesión y para la fijación de la cuantía de la prestación social en cuestión, porque lo que cuenta es el hecho de que el trabajador no conviva con una persona que percibe ingresos profesionales o ingresos sustitutorios. Por este motivo, el artículo 110, apartado 1, del Real Decreto no entra en absoluto en el ámbito de aplicación del artículo 68, apartado 2, del Reglamento n° 1408/71, ya que este último se refiere, repito, sólo a aquellas legislaciones en las que «la cuantía de las prestaciones ha de variar con el número de miembros de la familia».

27. Realmente, mi impresión es que la legislación neerlandesa examinada en el asunto Acciardi no es, en sustancia, muy diversa de la belga. Pero no me parece necesario detenerme en este punto, porque considero que, de todas formas, la tesis que acabo de resumir parte de una interpretación muy forzada del texto del artículo 68, apartado 2, del Reglamento n° 1408/71, interpretación que, por ser profunda e injustificadamente limitativa, se opone por completo a las finalidades anteriormente indicadas de la normativa comunitaria e invierte totalmente los criterios interpretativos que el Tribunal de Justicia ha impuesto, desde hace tiempo y unívocamente, en relación con las disposiciones dirigidas a favorecer la libertad de

circulación. En efecto, según esta tesis, la disposición impone a las legislaciones nacionales que relacionan la cuantía de una prestación social con el tamaño de la familia la obligación de tener en cuenta a todos los miembros de la familia a cargo del beneficiario, prescindiendo de su lugar de residencia; en cambio, no debe tomarse en consideración a dichos miembros de la familia cuando se trata de evitar que su residencia en otro Estado miembro pueda impedir el propio reconocimiento de la citada prestación social. Así pues, una disposición dirigida, como la propia ONEM reconoce, a tutelar a los trabajadores migrantes y que, por ello, excluye cualquier limitación al incremento de la cuantía de la prestación motivada por el lugar de residencia de los miembros de la familia autorizaría, en cambio, la denegación, por este mismo motivo, de la cuantía privilegiada. De modo que si, por casualidad, la legislación belga hubiera previsto una cuantía de la prestación para los «cabezas de familia» variable en función del número de miembros de la familia, para su cálculo deberían tenerse en cuenta también los familiares a cargo del beneficiario residentes en el extranjero; en cambio, puesto que la cuantía no es variable, se puede, incluso, denegar su concesión. Me parece que este resultado es lo suficientemente paradójico como para que se pueda prescindir de cualquier otro argumento que pudiera ser expuesto para subrayar que la tesis examinada traiciona por completo el sentido y el alcance de la disposición y, más en general, de la normativa comunitaria sobre la libertad de circulación. En efecto, si la lógica del sistema y las indicaciones normativas [el propio artículo 68, apartado 2, del Reglamento n° 1408/71, pero también la definición del concepto de miembro de la familia contenido en el artículo 1, letra f), inciso i), antes citado] se pronuncian unívocamente en el sentido de que el trabajador no debe ser penalizado por la residencia de sus propios familiares

en otro Estado miembro, una interpretación que quiera ser coherente con dicha indicación y no limitarse a jugar con las palabras no puede sino dar por descontado que en el «más» de la variación en función de la cuantía de las prestaciones debe estar necesariamente incluido el «menos» de su concesión.

b) El requisito de la convivencia

28. La otra diferencia que, según el Gobierno belga y la ONEM, presenta el caso Acciardi respecto al supuesto que se está examinando consiste en que, mientras en aquel caso se hacía referencia a una norma nacional que expresamente hacía depender el importe de la prestación de la *residencia* de los familiares en el Estado miembro concedente, la normativa belga discutida en el presente procedimiento exige, en cambio, la *convivencia* de los miembros de la familia con el trabajador desempleado en el Estado miembro competente. Se trata, pues, de un requisito distinto y, por tanto, no coincidente con el de la residencia, ya que puede no cumplirse aunque todos los interesados residan en el mismo Estado. Por este motivo, no implica discriminación alguna entre trabajadores migrantes y no migrantes, dado que se aplica del mismo modo a todos los trabajadores residentes en Bélgica, cualquiera que sea su nacionalidad e independientemente de que el familiar que no convive con el trabajador resida en Bélgica o en otro lugar.

29. La primera objeción que debe oponerse a esta tesis, como hace la propia resolución de remisión, es que se contradice con el

artículo 1, letra f), inciso i), del Reglamento n° 1408/71, disposición, evidentemente, de alcance general en esta materia y que obliga a las legislaciones que «consideran miembro de la familia o componente del núcleo familiar solamente a la persona que convive» con el trabajador a considerar satisfecho dicho requisito por el solo hecho de que la persona esté a cargo de este último. Por consiguiente, exigir la convivencia, como hace la legislación belga controvertida, significaría hacer caso omiso de dicha prescripción.

30. Se responde por parte belga que, en realidad, el artículo 1, letra f), inciso i), del Reglamento n° 1408/71 no encuentra en absoluto aplicación en el supuesto examinado, ya que se refiere a las legislaciones que «consideran miembro de la familia o componente del núcleo familiar solamente a la persona que convive» con el trabajador, mientras que la legislación belga autoriza la concesión de la prestación para los «cabezas de familia» también en casos en los que no hay convivencia, en particular, en las hipótesis enumeradas por el ya citado artículo 59, apartado 2, del Decreto ministerial, esto es, cuando se trata de personas llamadas a filas o que cumplen un servicio como objetores de conciencia, encarceladas o en situación análoga o que se encuentran temporalmente en el extranjero por motivos profesionales.

31. Aparte de que, planteado en estos términos, el argumento entra en contradicción con aquel, del que me ocuparé después, que hace hincapié, en cambio, en la rigurosa exigencia de la convivencia para justificar la concesión de la prestación social de que se trata, debo observar que olvida una consideración, en mi opinión,

decisiva, a saber, que, en realidad, también en los casos que se acaban de indicar hay «convivencia», sólo que la hay por ley y no de hecho. En otras palabras, el artículo 59, párrafo segundo, del Decreto ministerial establece una *presunción legal* de convivencia, que implica la asimilación de las personas que en él se enumeran a un «conviviente», y dado que se trata precisamente de una presunción legal, prescinde de cualquier comprobación de hecho. Es más, en estos casos, seguramente no hay convivencia de hecho; sin embargo, gracias a la previsión legislativa, se «finge» que la hay. No obstante, esto quiere decir que los casos indicados constituyen no ya una excepción, sino una confirmación de la regla de la convivencia, ya que, para remediar las consecuencias de determinadas situaciones y para salvar al mismo tiempo dicha regla, la ley recurre a la citada presunción. Así pues, el artículo 1, letra f), inciso i), del Reglamento n° 1408/71 es plenamente aplicable también respecto a la legislación nacional controvertida.

32. El Gobierno belga y la ONEM objetan, no obstante, que, mientras la disposición comunitaria citada en último lugar se limita a exigir que el miembro de la familia *viva con* el trabajador, la legislación belga habla de *convivencia*, exigiendo, por tanto, un requisito ulterior y distinto, que califica el establecido en la normativa comunitaria, ya que, de manera mucho más clara y directa que aquél, pone el acento en la idea de «comunidad» familiar, esto es, como precisa el citado artículo 59 del Decreto ministerial, en la idea de un núcleo de personas que no sólo viven bajo el mismo techo, sino que afrontan y resuelven en común las cuestiones familiares. Creo, sin embargo, que tampoco esta precisión, en la que se ha insistido mucho en el curso del

procedimiento, consigue salvar la compatibilidad de la legislación belga con el Derecho comunitario.

33. En primer lugar, debo observar que, aunque el hecho de vivir físicamente con alguien no es por sí mismo sinónimo de «convivencia», como la propia legislación belga reconoce, a su vez, el hecho de no hacerlo no implica necesariamente la falta de comunidad familiar. Así pues, no se puede en absoluto excluir que los componentes de un núcleo familiar residentes en Estados miembros distintos constituyan, de todas formas, una «comunidad», afrontando y atendiendo —de manera ciertamente menos sencilla por la distancia, pero siempre posible, especialmente hoy en día— los principales problemas del núcleo familiar. En suma, lo que me parece realmente decisivo a estos efectos no es tanto el hecho de vivir juntos, que, por sí solo, puede como mucho dar pie a una presunción, sino el *animus*, la voluntad de salvaguardar la unidad y la cohesión de la familia. Es más, en este sentido, no se puede tampoco excluir el que una familia obligada a vivir separada por exigencias legítimas, pero que, a pesar de ello, quiera mantener y preservar la comunidad familiar, pueda obtener dicho resultado tal vez incluso mejor que aquellas que viven o se presume que viven bajo el mismo techo. Ciertamente, tendrá más posibilidades de conseguirlo que las que podría tener —por poner un ejemplo extraído del propio artículo 59 del Decreto ministerial y varias veces invocado en la vista— una familia que incluya entre sus miembros a una persona encarcelada o internada, quizás precisamente por un hecho o un delito contra la (propia) familia, y que, sin embargo, la legislación belga considera, por definición, «conviviente». Pero sin

recurrir a hipótesis tan extremas, aunque no imaginarias, puede añadirse que los mismos ejemplos extraídos del artículo 59 del Decreto ministerial prueban que el hecho de vivir físicamente juntos no siempre es indispensable para que se pueda hablar de convivencia, y que si la ley ha considerado necesario recurrir a tal presunción para hacer frente a exigencias legítimas, con mayor razón se debería actuar de la misma manera en los casos de separaciones provocadas por el ejercicio de la libertad de circulación, adaptando así la legislación nacional a la normativa comunitaria. En definitiva, trato de decir que, a la luz de los principios y de las disposiciones vigentes en esta materia, la legislación belga controvertida debería ser interpretada en el sentido de que el requisito de la convivencia, al igual que ocurre en los casos indicados en el artículo 59 del Decreto ministerial y en la línea de lo dispuesto en el artículo 1, letra f), inciso i), del Reglamento n° 1408/71 a propósito de la convivencia, debe presumirse también respecto a los miembros de la familia de un trabajador migrante que han regresado a su Estado de origen.

34. En caso contrario, aun comprendiendo las decisiones de política legislativa del Estado belga, sólo puedo confirmar la opinión que ya he expresado anteriormente, esto es, que el requisito de la convivencia debe ser considerado contrario a la normativa comunitaria. Dicho requisito, en efecto, equivale, como han puesto de relieve las demás partes del presente procedimiento y el propio órgano jurisdiccional remitente, a imponer de hecho también a los miembros de la familia del trabajador migrante un requisito similar (y en ciertos aspectos, incluso más rígido) al de la residencia en el Estado competente y a

imponer, por tanto, una restricción rigurosamente prohibida por el Derecho comunitario para la adquisición de una prestación social por parte del trabajador. Valen, pues, con respecto a dicho requisito, las mismas razones que conducen a prohibir el requisito de la residencia, ya que, pese a las pretensiones contrarias de la parte belga, la exigencia de la convivencia no incide de la misma manera en los trabajadores migrantes y en aquellos que no lo son, y, por tanto, produce también una discriminación encubierta por razón de residencia.

35. Como ya he recordado, la ONEM cuestiona la existencia de dicha discriminación e, incluso, da la vuelta a la objeción. En su opinión, lo que conduciría a resultados discriminatorios sería precisamente la tesis que pretende extender la aplicación del artículo 68, apartado 2, del Reglamento n° 1408/71 a los trabajadores que se encuentran en la situación del Sr. Stallone. Dicha extensión implica, en efecto, una discriminación en perjuicio de los trabajadores belgas que tienen familiares a su cargo que no conviven con ellos, pero que residen igualmente en Bélgica; a diferencia de los migrantes, estos trabajadores no tendrían derecho a la prestación por desempleo en la cuantía prevista para los «cabezas de familia». En cambio, supeditando la concesión de dicha cuantía a los mismos requisitos para todos los trabajadores, la normativa belga evitaría una discriminación de este tipo.

36. Considero, sin embargo, que este razonamiento olvida una vez más que las dos situaciones invocadas no son idénticas y

que, precisamente por este motivo, según los conocidos principios, no pueden ser tratadas del mismo modo. En particular, olvida que en un caso, pero no en el otro, se ha producido una emigración de un Estado miembro a otro. Además, precisamente por este motivo, una conocidísima y reiterada jurisprudencia comunitaria ha aclarado que los artículos 48 y 51 del Tratado, así como el Reglamento n° 1408/71, no se aplican a aquellos supuestos en los que todos sus elementos se sitúan en el interior de un solo Estado miembro¹⁷ y que «en consecuencia, la normativa comunitaria en materia de libre circulación de los trabajadores no puede ser aplicada a la situación de trabajadores que no han ejercitado nunca el derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad». ¹⁸ Dicha normativa no se opone, pues, al hecho de que un trabajador no migrante no pueda pretender obtener una prestación social a la que, sin embargo, tiene derecho, en el mismo Estado miembro, el trabajador de otro Estado, precisamente por el hecho de ser migrante. ¹⁹

37. En definitiva, a la luz de cuanto se ha observado hasta aquí, creo poder llegar a la conclusión de que las disposiciones nacionales objeto de la cuestión prejudicial producen una discriminación prohibida por el Derecho comunitario.

17 — Véanse las sentencias de 22 de septiembre de 1992, *Petit* (C-153/91, Rec. p. I-4973), apartados 8 y 10, en la que figuran más remisiones, y de 16 de diciembre de 1992, *Koua Poirrez* (C-206/91, Rec. p. I-6685), apartados 10 y ss., en la que figuran más remisiones.

18 — Sentencia *Koua Poirrez*, antes citada, apartado 12.

19 — Sentencia *Koua Poirrez*, antes citada, apartado 15 y fallo; en el mismo sentido, véase la sentencia de 5 de junio de 1997, *Uecker y Jaquet* (asuntos acumulados C-64/96 y C-65/96, Rec. p. I-3171), apartados 16 a 21.

V. Conclusión

38. En virtud de las consideraciones que preceden, propongo, por tanto, al Tribunal que declare:

«La normativa comunitaria, en particular el artículo 1, letra f), y el artículo 68, 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, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia que se desplazan dentro de la Comunidad, tanto en su versión original como en la resultante de las modificaciones y actualizaciones introducidas por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, debe ser interpretada en el sentido de que se opone, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 68, apartado 2, segunda frase, a la legislación de un Estado miembro, como el artículo 110, apartado 1, números 1 y 2, del Real Decreto belga de 25 de noviembre 1991, de regulación del desempleo, que supedita la concesión de la prestación por desempleo en una cuantía privilegiada a un trabajador desempleado que tiene familia a su cargo al requisito de la convivencia con algunos de los miembros de la familia en el territorio del Estado miembro competente.»