

Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO *

1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL REGLAMENTO 883/2004

El Reglamento 883/2004¹, cuya aplicación, sin embargo, se demorará presumiblemente aún², está llamado a reformar profundamente la coordinación comunitaria de las prestaciones de Seguridad Social³.

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación material, de conformidad con su artículo 3.2, el Reglamento 883/2004 se aplica a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contribu-

tivos⁴, excepto disposición en contrario en el Anexo XI.

Y si bien el Anexo XI lleva por rúbrica «Disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los Estados miembros», lo cierto es que en el mismo sólo se lee que «el contenido de este anexo será determinado cuanto antes por el Parlamento Europeo y por el Consejo de conformidad con el Tratado, y a más tardar antes de la fecha de aplicación del presente Reglamento mencionada en el artículo 91»⁵.

Por su parte, el artículo 3.3 del Reglamento 883/2004 dispone que el citado Reglamento también se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en el artículo 70⁶. De la lectura de este último

* Universidad de Sevilla.

¹ Diario Oficial de la Unión Europea de 30-4-2004.

² Dispone el artículo 91 del Reglamento 883/2004 que «el presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Será aplicable a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento de aplicación. El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro».

Del párrafo anteriormente transcrito se infiere, consecuentemente, que mientras no se apruebe el Reglamento de aplicación, el Reglamento 1408/71 permanecerá en vigor.

³ MARTA VIVES CABALLERO, «La Propuesta de Reglamento de Simplificación y Modernización». Noticias de la Unión Europea nº 222/2003; pp. 87-102.

⁴ Con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1408/71, el TJCE ya había considerado que, según los términos de su precedente (el Reglamento 3/58), los regímenes de Seguridad Social generales y especiales contributivos y no contributivos se incluían dentro de su ámbito de aplicación material, siendo irrelevante la calificación de una prestación como Asistencial o de Seguridad Social por parte del legislador nacional. Cfr. SSTJCE de 16-11-1972,-16/72, (Allgemeine Ortskrankenkasse) Rec.; p.1141; de 25-3-1985,-122/84, (Scrivner) Rec.; p.1027; y de 27-3-1985, -249/83, (Hoecx) Rec.; p. 973.

⁵ Ver nota nº 2.

⁶ Cfr. epígrafe 2. La nueva regulación de las prestaciones especiales no contributivas en el artículo 70 del Reglamento 883/2004.

precepto se infiere que el término «prestación especial no contributiva» se reserva para las prestaciones que los Estados notifiquen en el Anexo X, que aún no ha sido dotado de contenido.

Por el contrario, conforme establece su artículo 3.5, las prestaciones de Asistencia Social quedan excluidas del Reglamento 883/2004.

Consecuentemente, las primeras conclusiones que cabe alcanzar es que el Reglamento 883/2004, al igual que ocurría con el Reglamento 1408/71 se aplica:

- A las prestaciones no contributivas.
- A las prestaciones especiales no contributivas.
- Por el contrario, las prestaciones no contributivas de Asistencia Social siguen excluidas de la coordinación comunitaria de los regímenes de Seguridad Social.

Pero ni el Reglamento 883/2004, ni sus precedentes los Reglamentos 1408/71 y 3/58, contienen una definición de Seguridad Social o de Asistencia Social, como tampoco de prestación «contributiva» y «no contributiva».

Todo lo cual obliga a plantearse, con carácter preliminar, el significado que a estos términos haya de atribuirse en Derecho comunitario.

1.1. El concepto comunitario de Seguridad Social y Asistencia Social

El deslinde conceptual entre Asistencia Social y Seguridad Social, tanto a nivel nacional como comunitario, puede resultar extremadamente complicado como consecuencia de la extensión del ámbito de la Seguridad Social y de la gran evolución sufrida por la Asistencia Social.

En efecto, ésta última ha experimentado una profunda transformación con respecto al siglo pasado en el que era concebida como una garantía discrecional a favor de personas en situación de necesidad. En la actualidad, por el contrario, se puede afirmar, hablando en términos generales, que la Asistencia Social ha perdido su carácter «graciable», pasando a configurarse como un derecho subjetivo. Y ello ha motivado que la principal diferencia que existía entre Seguridad Social y Asistencia Social se difumine.

Por otro lado, la exigencia de una aplicación uniforme del Derecho comunitario implica que los términos empleados por el Reglamento no pueden ser alterados ni por las peculiaridades propias de los Derechos nacionales, ni por las interpretaciones internas sobre términos empleados por el Derecho comunitario⁷.

A la vista de las consideraciones anteriores, y de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, para poder responder a la cuestión de si una prestación se encuentra incluida entre las prestaciones de Seguridad Social coordinadas por el Derecho comunitario y, por tanto, ser calificada como prestación de Seguridad Social, conviene inspirarse en el objetivo fundamental del artículo 42 del Tratado –antiguo artículo 51–, consistente en implantar las condiciones más favorables para llevar a cabo la libertad de circulación y empleo de los trabajadores comunitarios en el territorio de cada uno de los Estados miembros⁸.

⁷ La necesidad de interpretación uniforme del Derecho comunitario viene exigida, entre otras, por la STJCE 10-1-1980, -69/79, (Jordens-Vosters) Rec.; p. 75.

⁸ STJCE de 16-11-1972, -15/72, (Land Niedersachsen) Rec.; p. 1127: «una disposición que establezca un vínculo directo entre la cualidad de afiliado a un régimen de seguro de pensión y la adquisición de un derecho a las prestaciones que incumban a los organismos del seguro de pensión a favor de los asegurados y de sus derechohabientes, con vistas particularmente a garantizar su curación, debe considerarse como comprendida en una legislación de Seguridad Social».

Por aplicación de tal criterio, el TJCE ha defendido un concepto amplio del concepto comunitario de Seguridad Social y, correlativamente, ha interpretado muy restrictivamente la exclusión de la Asistencia Social del ámbito de la coordinación comunitaria⁹. Y, así, a título ilustrativo, en su sentencia *Levantino*¹⁰ el TJCE atribuyó, a los efectos del Derecho comunitario, el carácter de prestación de vejez de Seguridad Social a los ingresos garantizados a las personas de edad avanzada sometidos a test de ingresos.

A modo de síntesis, y siguiendo una jurisprudencia comunitaria reiterada, «una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a

En idéntico sentido, las SSTJCE de 16-11-1972,-14/72, (Heinze) Rec.; p. 1105; y de 16-11-1972, -16/71, (Allgemeine Ortskrankenkasse) Rec.; p. 1141.

⁹ BERND SCHULTE; «Einführung in die Entwicklung des Europäischen Sozialrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in Luxemburg» en: Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Gesellschaft Trier (Coord.), *Tätigkeitsbericht*. Trier. 1993; p.26: la distinción en cuanto al ámbito de aplicación material del Reglamento 1408/71 ha sido tan extensivamente interpretado por el TJCE que, en varios países, prestaciones correspondientes a la Asistencia Social han sido calificadas como de Seguridad Social a efectos del Derecho comunitario y, subsiguientemente, han sido consideradas exportables.

¹⁰ STJCE de 28-1-1993,-65/92, (Levatino) Rec.; p.2027: «el objetivo de una prestación como los ingresos garantizados a las personas de edad avanzada es compensar la insuficiencia de los recursos económicos del interesado de modo que pueda alcanzar el nivel mínimo de ingresos garantizado por la Ley, cuando, por lo menos, resida en el territorio del Estado que concede la prestación. Esta prestación se concede sin que se exija ningún período mínimo de seguro o para determinados beneficiarios sin que se exija un período mínimo de residencia. Su cuantía es independiente de cualquier duración de seguro o de residencia».

alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento 1408/71»¹¹.

1.2. Las prestaciones no contributivas en la jurisprudencia del TJCE anterior al Reglamento 1242/92

1.2.1. Primera etapa

La jurisprudencia comunitaria sobre prestaciones no contributivas se inicia con la sentencia *Frilli*¹², en la que se debatió si la renta mínima garantizada a las personas de edad avanzada regulada por la legislación belga, constituía una pensión de vejez no contributiva o una prestación de Asistencia Social a los efectos del Derecho comunitario. El TJCE concluyó que semejante legislación cumplía en realidad una doble función: de un lado, garantizar unos medios de vida mínimos a aquellas personas excluidas completamente del Sistema de Seguridad Social y, por otro, garantizar unos ingresos complementarios a los beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social que resulten insuficientes. Y, en este último supuesto, la prestación se ha de calificar a los efectos del Derecho comunitario como prestación de Seguridad Social.

De la sentencia *Frilli* se infiere la conclusión de que uno de los primeros criterios empleados por el TJCE para deslindar entre prestaciones de Asistencia Social y Seguridad Social fue atender a la posición jurídica del

¹¹ STJCE de 8-3-2001,-215/99, (Jauch) Rec.; p. I-1933, con cita de las sentencias *Hoeckx*, *Newton*, *Hughes*, y *Molenaar*.

¹² STJCE de 22-6-1972,-1/72, (Frilli) Rec.; p. 457: «constituyen características propias de la Asistencia Social la apreciación de la situación personal del solicitante, así como la remisión al estado de necesidad como criterio esencial de aplicación, haciendo abstracción de cualquier exigencia relativa a períodos de actividad profesional, de afiliación o de cotización y siendo su objetivo la garantía de un mínimo de medios de existencia».

beneficiario. Es decir, que cuando una legislación otorga a los beneficiarios una posición legalmente definida fuera de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades o de las situaciones personales, en principio ha de calificarse como de Seguridad Social.

Este mismo criterio fue igualmente seguido por las sentencias Biason¹³, Costa¹⁴, Fossi¹⁵, y Vigier¹⁶.

De la exégesis de estos pronunciamientos judiciales se concluye la preferencia del TJCE por la calificación de Seguridad Social, de manera que la Asistencia Social se configura como subsidiaria y sólo operaría en relación a prestaciones que pueden requerir la «aprecia-

ción de la situación personal y de la indigencia del interesado».

No obstante, el propio TJCE reconoció «que no puede excluirse la posibilidad de que, debido al campo de aplicación personal, a sus objetivos y a sus modalidades de aplicación, algunas legislaciones se vinculan a las dos categorías y escapan a cualquier clasificación global»¹⁷.

1.2.2. Segunda etapa

Ante las críticas que suscitó entre la doctrina el criterio jurisprudencial de determinar la adscripción de una prestación al ámbito de la Seguridad Social en función de que se reconociese al beneficiario un derecho subjetivo, puesto que ello implicaba, de facto, incluir dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 a la práctica totalidad de las prestaciones de Asistencia Social de los Estados miembros, el TJCE hubo de depurar su propia doctrina.

Y así, a la hora de determinar prestaciones sociales que se incluyen dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios sobre coordinación de regímenes de Seguridad Social, optó, en una segunda etapa, por atender esencialmente a los elementos constitutivos de cada prestación, especialmente sus finalidades y sus condiciones de concesión.

¹³ STJCE de 9-10-1974,-24/74, (Biason) Rec.; p. 999: «una prestación que atribuya a los beneficiarios una posición legalmente definida es una prestación de Seguridad Social en el sentido de los Reglamentos comunitarios y, por tanto, exportable cuando el beneficiario traslade su residencia a un tercer Estado miembro. El hecho de que la misma ley también se refiera a los beneficiarios de prestaciones que entren en el ámbito de la Asistencia Social, no podría alterar, teniendo en cuenta los Reglamentos comunitarios, el carácter intrínseco de Seguridad Social de una prestación de invalidez de la que, de pleno derecho, constituye un accesorio».

¹⁴ STJCE de 13-11-1974,-39/74, (Costa) Rec.; p. 1251: «una legislación nacional que conceda un derecho, legalmente protegido, a un subsidio para minusválidos, está sometida en relación con las personas a que se refiere el Reglamento 3/58 al ámbito de la Seguridad Social, en el sentido del artículo 51 del Tratado y de la reglamentación comunitaria adoptada en aplicación de esta disposición».

¹⁵ STJCE de 31-3-1977,-79/76, (Fossi) Rec.; p. 667: «una legislación que otorga a los beneficiarios una posición legalmente definida, fuera de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades o de las situaciones personales entra, en principio, dentro de la Seguridad Social en el sentido del artículo 51 del Tratado y de los Reglamentos 3/58 y 1408/71».

¹⁶ STJCE de 27-1-1981,-70/80, (Vigier) Rec.; p. 229: «una legislación que... forma parte de las disposiciones normativas de un Estado miembro referentes al seguro social de los trabajadores, y que no prevé ninguna apreciación discrecional de la situación personal y de indigencia del interesado, se incluye en el campo de aplicación del Reglamento».

¹⁷ En el mismo sentido las SSTJCE de 28-5-1974,-187/73, (Callemeyn) Rec.; p. 553; y de 13-11-1974,-39/74, (Costa) Rec.; p.1251.

La expresión «doble función» se sustituye por «naturaleza mixta» de una legislación de protección social, en las SSTJCE de 25-3-1985,-122/84, (Scrivner) Rec.; p.1022; y de 27-3-1985, -249/83, (Hoeckx) Rec.; p.973.

Referencias al «doble carácter» de diversas prestaciones se encuentran también en las SSTJCE de 28-5-1974,-187/73, (Callemeyn) Rec.; p.553; de 9-10-1974,-24/74, (Biason) Rec.; p.999; y de 13-11-1972,-39/74, (Costa) Rec.; p.1251.

Estos criterios aparecen consolidados en la sentencia Piscitello¹⁸, y se reiteran en los asuntos Gillard¹⁹ y Even²⁰.

Otra indicación valiosa, pero no decisiva, es el carácter suplementario o subsidiario en relación con las contingencias enumeradas en el artículo 4.1 del Reglamento 1408/71. Lo que Rabanser²¹ califica como el criterio de la «referencia», esto es, la prestación suplementaria tiene relación con algún riesgo incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71.

Para el citado autor, al objeto de determinar si una prestación con «doble carácter» pertenece a la Seguridad Social, resulta necesario atender a la finalidad que persigue y su conexión con alguna prestación básica dentro del ámbito del Reglamento 1408/71, respecto a la cual la prestación suplementaria pretende aumentar el importe de la prestación básica.

Este último criterio se encuentra presente en las sentencias Scriver²², Hoeckx²³, Giletti²⁴,

¹⁸ STJCE de 5-5-1983,-139/82, (Piscitello) Rec.; p. 1427: «una asignación como la prevista en el artículo 26 de la Ley italiana citada, se concede en las condiciones y sobre la base de criterios objetivos definidos por esta ley a ciudadanos de edad, con el fin de garantizarles un mínimo de medios de existencia».

¹⁹ STJCE de 6-7-1978,-9/78, (Gillard) Rec.;1978, p.1661.

²⁰ STJCE de 31-5-1979,-207/78, (Even) Rec.; p.2019.

²¹ WOLFGANG RABANSER; «Das Neue Pflegegeld im Recht der Sozialen Sicherheit der Europäischen Union». Soziale Sicherheit, nº 4/1994; p. 243.

²² STJCE de 25-3-1985,-122/84, (Scriver) Rec.; p. 1027.

²³ STJCE de 27-3-1985,-243/83, (Hoeckx) Rec.; p. 973.

²⁴ STJCE de 24-2-1987, asuntos acumulados -379/84 a 381/85 y 93/86, (Giletti) Rec.; 995: es necesario que satisfaga, entre otras, «la condición de estar relacionada con uno de los riesgos enumerados expresamente en el apartado 1 del artículo 4 de dicho Reglamento. Esta enumeración tiene carácter exhaustivo con la consecuencia de que una rama de Seguridad Social que allí no se mencione queda fuera de esta calificación

y Acciaradi²⁵.

En su sentencia Comisión/Francia²⁶, el TJCE entendió que la normativa debatida «en la medida que establece un derecho a prestaciones complementarias destinadas a aumentar el importe de las pensiones de la Seguridad Social al margen de cualquier apreciación sobre las necesidades y situaciones individuales, elemento característico de la asistencia, está comprendida en el régimen de la Seguridad Social a los efectos del Reglamento 1408/71».

Con la sentencia Newton²⁷, el TJCE parece volver a retomar postulados muy próximos a los defendidos en el asunto Frilli²⁸.

En el asunto Paletta²⁹ el TJCE estimó que para determinar si una prestación social está coordinada por la normativa comunitaria es preciso atender esencialmente a los elementos constitutivos de dicha prestación y en particular de su finalidad y de los requisitos para su concesión, y no del hecho de que una prestación sea o no calificada por una legislación nacional como prestación de Seguridad Social. En el mismo sentido se pronunció en el asunto Comisión/Gran Ducado de Luxemburgo³⁰.

aunque otorgue a los beneficiarios una posición legalmente definida que da derecho a una prestación.

²⁵ STJCE de 2-8-1993,-66/92, (Acciaradi) Rec.; p. I-4507.

²⁶ STJCE de 11-6-1991, -307/89, (Comisión/Francia) Rec.; p. 2910.

²⁷ STJCE de 20-6-1991,-36/89, (Newton) Rec.; p. I-3017: «en relación con trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hubieran estado sometidos a la legislación de un Estado miembro, una asignación prevista por la legislación de dicho Estado miembro que se concede en función de criterios objetivos a las personas aquejadas de una dolencia física que afecte a su capacidad para desplazarse, y a cuya concesión tengan los interesados un derecho legalmente protegido, debe asimilarse a una prestación de invalidez a efectos del Reglamento 1408/71».

²⁸ STJCE de 22-6-1972, -1/72, (Frilli) Rec., p. 457.

²⁹ STJCE de 3-6-1992,-45/90, (Paletta) Rec.; p.I-3423.

³⁰ STJCE de 10-3-1993,-111/91, (Comisión/Gran Ducado de Luxemburgo) Rec.; p. 840.

En el asunto Hughes³¹ el TJCE interpretó que una prestación no contributiva y sometida a test de recursos, como es el caso del *family credit*, que se concede a las familias que responden a ciertos criterios objetivos, relativos en particular al número de sus miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, debe quedar asimilada a una prestación de Seguridad Social a los efectos del Reglamento 1408/71.

A pesar de todo lo expuesto, el TJCE reconocía la existencia de una ancha zona gris³².

1.3. La reacción de los Estados miembros frente a la extensiva interpretación jurisprudencial del concepto comunitario de prestación no contributiva: la creación de la nueva categoría de prestaciones especiales no contributivas

La extensa interpretación que del término prestación de Seguridad Social realizó el

³¹ STJCE de 16-7-1992,-78/91, (Hughes) Rec.; p. 4859: «el TJCE ha declarado reiteradamente que la distinción entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 y prestaciones incluidas en él se basa esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional. Reiterada jurisprudencia del TJCE precisa que una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, la prestación se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento 1408/71».

³² BERND SCHULTE, «Praktizierte Formen der Mindestsicherung im Alter -ein Rechtsvergleichender Überblick», en: Winfried Schmalhl (Coord.); *Mindestsicherung im Alter: Erfahrungen, Herausforderungen, Strategien*. Campus. Frankfurt/Main, 1993; p. 26.

TJCE provocó que los Estados miembros se vieran obligados a reconocer prestaciones a personas que, según su Derecho interno, no podían reclamarlas. E, incluso, prestaciones calificables por el Derecho nacional como de Asistencia Social fueron declaradas por el TJCE exportables a terceros Estados miembros³³.

Pero, como acertadamente afirma Pennings³⁴, cuando el TJCE toma una orientación en materia de Seguridad Social de los migrantes cuyos efectos no son aceptables para los Estados miembros, puede asegurarse que los Reglamentos comunitarios serán revisados en un breve período de tiempo.

Lo que sucedió, efectivamente, con la promulgación del Reglamento 1247/92³⁵, que introdujo entre otras reformas, un nuevo artículo 4.2 bis en el Reglamento 1408/71 que define a las prestaciones especiales no contributivas³⁶ como aquellas «sujetas a una legis-

³³ BERND SCHULTE, «Einführung in die Entwicklung des Europäischen Sozialrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in Luxemburg» en: *Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Gesellschaft Trier (Coord.); Tätigkeitsbericht, op. cit.*, p. 26.

³⁴ FRANS PENNING (Ed.); *Introduction to European Social Security Law*. Kluwer Sovac Series on Social Security. Kluwer Law and Taxation Publishers. Deventer. The Netherlands, 1994; p. 234.

³⁵ STJCE de 11-6-1998, 297/96, (Partridge) Rec.; p. I-3467: «de los considerando tercero, cuarto, quinto y sexto del Reglamento 1247/92 se desprende que la intención del legislador era establecer un sistema de coordinación concreto que tuviera en cuenta las características específicas de determinadas prestaciones que pueden pertenecer simultáneamente a la Asistencia Social y a la Seguridad Social y que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se consideraban como prestaciones de Seguridad Social respecto a aquellos trabajadores que ya se hallaban sometidos al Sistema de Seguridad Social del Estado cuya legislación se invoca».

³⁶ La terminología escogida para designar a las nuevas prestaciones no es tan novedosa en el ámbito internacional como a simple vista pudiera parecer, ya en el artículo 9.4.a) del Convenio nº 157 de la OIT se prevé la posibilidad de excluir de las fórmulas de coordinación

lación o a un régimen distinto de los mencionados en el apartado 1 o que están excluidos en virtud del apartado 4, cuando dichas prestaciones vayan destinadas:

a) bien a cubrir, con carácter supletorio, complementario o accesorio, las posibilidades correspondientes a las ramas contempladas en las letras a) a h) del apartado 1;

b) bien a asegurar únicamente la protección específica de los minusválidos»³⁷.

Como destaca el TJCE³⁸, «una prestación por el hecho de figurar en el Anexo II bis se rige exclusivamente por las normas de coordinación del artículo 10 bis»³⁹, de lo que resultan las siguientes «especialidades»:

– El término prestación especial no contributiva se predica exclusivamente de pres-

internacional de la Seguridad Social «a las prestaciones especiales de carácter no contributivo concedidas a título de socorro o para auxiliar a personas en situación de necesidad».

³⁷ Esta expresa referencia a los minusválidos resulta redundante pues, aunque es cierto que con anterioridad a ser modificado por el Reglamento 1247/92, el Reglamento 1408/71 no mencionaba específicamente entre las ramas de la Seguridad Social a las que resulta aplicable, a las prestaciones destinadas a proteger a los minusválidos, la jurisprudencia comunitaria reiteradamente había interpretado «que las asignaciones para minusválidos están comprendidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1408/71, en virtud de la letra b) del artículo 4.1. que se refiere expresamente a las prestaciones de invalidez». Cfr. SSTJCE de 20-6-1991,-356/89, (Newton) Rec.; p. I-3017; de 27-5-1993,-310/91, (Schmid) Rec.; p. I-3011; de 20-4-1994,-58/93, (Yousfi) Rec.; p. 1353.

³⁸ SSTJCE de 25-2-1999,-90/97, (Swaddling) Rec.; p. I-1075; de 4-11-1997,-20/96, (Snares) Rec.; p. I-6057; y de 11-6-1998,-297/96, (Partridge) Rec.; p. I-3467.

³⁹ «La Decisión nº 151 de 22-4-1993 de la Comisión Administrativa aprueba los formularios E-601 y E-602 relativos a la aplicación del artículo 10 bis del Reglamento 1408/71 y del artículo 2 del Reglamento 1247/92, como instrumentos de homogeneización de la relación administrativa de los distintos organismos de enlace de los Estados miembros».

taciones económicas, no de las prestaciones en especie.

Se les aplica el principio de totalización sin prorrateo, por lo que será el Estado de residencia del beneficiario quien asuma íntegramente el abono de la misma, aunque para su reconocimiento haya tenido que totalizar períodos de empleo, de actividad profesional o de residencia acreditados en otros Estados en los que el Reglamento 1408/71 resulte aplicable.

– No se exige un período mínimo de residencia en el Estado competente para que éste quede obligado a totalizar los períodos necesarios para acceder a su concesión.

– Las prestaciones especiales no contributivas no son exportables, pero sólo en tanto y en cuanto que hayan sido notificadas por los Estados en el Anexo II bis.

En otro orden de ideas, conforme al artículo 4.2. ter, también resulta factible que los Estados miembros excluyan del ámbito material del Reglamento 1408/71 aquellas prestaciones especiales no contributivas cuya aplicación se limite a una parte del territorio. Para la consecución de tal efecto basta con que los Estados notifiquen las prestaciones que deseen excluir en la sección III del Anexo II (en el epígrafe correspondiente a España en la citada sección, ninguna prestación aparece mencionada).

1.3.1. La jurisprudencia del TJCE sobre el artículo 10 bis y el Anexo II bis del Reglamento 1408/71

Sobre si la inclusión de concretas prestaciones notificadas en el Anexo II bis se ajustaba, o no, a Derecho comunitario, se ha pronunciado el TJCE en diversas ocasiones: unas en sentido afirmativo: Snares, Partridge y Skalka, y otras en sentido negativo: Swaddling, Leclère y Jauch.

En la sentencia Snares⁴⁰, el TJCE afirmó que «el examen del Reglamento 1247/92 no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar su validez, en la medida que excluye, tratándose del *disability living allowance*, la aplicación del principio de la supresión de las cláusulas de residencia previsto en el artículo 10 del Reglamento 1408/71».

En el asunto Partridge⁴¹, el TJCE falló que «la situación de una persona como la demandante en el litigio principal, que, con posterioridad al 1 de junio de 1992, fecha de entrada en vigor del Reglamento 1247/92, cumple los requisitos de concesión de esta prestación, se rige exclusivamente por el sistema de coordinación establecido por el citado artículo 10 bis».

En la sentencia Skalka⁴², respecto al suplemento compensatorio austríaco destinado a completar una pensión de vejez e invalidez, el TJCE declaró que el mismo constituye una prestación especial de carácter no contributivo conforme al artículo 4.2. bis.

Por el contrario, en la sentencia Swadling⁴³ el TJCE afirmó, en relación con el artículo 10 bis del Reglamento 1408/71, que «se opone a que, en el caso de que una persona haya ejercido su derecho a la libre circulación para establecerse en otro Estado miembro en el que haya trabajado y fijado su residencia habitual y haya regresado al Estado miembro de origen en el que reside su familia

para buscar trabajo, éste último Estado imponga, para conceder una de las prestaciones a que se refiere el artículo 10 bis del Reglamento 1408/71, un requisito de residencia habitual en él que, además de la intención de residir en su territorio, implique la existencia de un período considerable de residencia».

Aún más progresista se ha mostrado el TJCE en otras sentencias, en las que ha rechazado que determinadas prestaciones notificadas bajo el Anexo II bis por los Estados cumplieran los requisitos comunitarios exigidos para ser calificadas como prestaciones especiales no contributivas por lo que, consiguientemente, no podían ser excluidas de las reglas de supresión de las cláusulas de residencia:

Tal ocurrió en la sentencia Jauch⁴⁴, en la que respecto a la «asignación de asistencia» austríaca, el TJCE estimó que «ya sea de carácter contributivo o no contributivo, esta asignación debe considerarse, una ‘prestación de enfermedad’ en metálico en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento 1408/71 y, en consecuencia, no está incluida en el apartado 2 bis del mismo artículo por lo que no puede supeditarse su reconocimiento a que el beneficiario tenga su residencia habitual en Austria».

A mayor abundamiento, en la sentencia Leclère⁴⁵ el TJCE tuvo que entrar a conocer si

⁴⁰ STJCE de 4-11-1997,-20/96, (Snares) Rec.; p. I-6057.

⁴¹ STJCE de 11-6-1998,-297/96, (Partridge) Rec.; p. I-3467.

⁴² STJCE de 29-4-2004,-160/02, (Skalka): «el suplemento compensatorio pertenece a la Asistencia Social por cuanto pretende garantizar medios mínimos de subsistencia a su beneficiario, en los casos en que la pensión sea insuficiente... las cotizaciones de los asegurados no intervienen en modo alguno en su financiación por lo que debe considerarse que tiene carácter no contributivo».

⁴³ STJCE de 25-2-1999,-90/97, (Swadling) Rec.; p. 1075.

⁴⁴ STJCE de 8-3-2001,-215/99, (Jauch) Rec.; p. I-1933: «la asignación de asistencia no reúne los requisitos del artículo 10 bis del Reglamento 1408/71, que reserva el beneficio de las prestaciones especiales de carácter no contributivo, contempladas en el artículo 4, apartado 2 bis, del mismo Reglamento, a las personas residentes en el Estado miembro en el que se pagan. De ello resulta que la asignación de asistencia que se analiza como una prestación de enfermedad en metálico debe pagarse sea cual fuere el Estado miembro en el que reside la persona necesitada de asistencia que reúna los demás requisitos para obtenerlo».

⁴⁵ STJCE de 31-5-2001,-43/99, (Leclère) Rec.; p. I-4265: «el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 es invá-

el subsidio de maternidad⁴⁶ notificado en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 por el gobierno luxemburgués y, por tanto, no abonado a los trabajadores que residieran en otro Estado miembro, podía ser calificado como prestación especial no contributiva en el sentido del artículo 4.2 bis del mismo Reglamento. El TJCE falló que «habida cuenta de las características del subsidio luxemburgués de maternidad no puede considerarse que dicho subsidio tenga la naturaleza de un subsidio especial con respecto a las prestaciones contempladas en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento 1408/71. Al no constituir una prestación especial de carácter no contributivo, a dicho subsidio no le es por tanto aplicable el régimen excepcional que establece el artículo 10 bis del Reglamento 1408/71».

En todo caso, y a modo de conclusión provisional, lo único que resulta del todo evidente es que, al margen de que una prestación pueda ser calificada como «especial no contributiva», si no ha sido notificada en el Anexo II bis, no se le aplican las restricciones derivadas del artículo 10 bis, tal y como ilustra perfectamente la sentencia Päivikki Maaheimo⁴⁷.

lido en la medida en que incluye, en su parte I (Luxemburgo), letra b), el subsidio de maternidad luxemburgués».

⁴⁶ El subsidio de maternidad luxemburgués fue establecido por la Ley de 30 de abril de 1980 y se abona a toda mujer embarazada y a toda mujer que haya dado a luz, sin otro requisito que el de que ésta tuviera su domicilio legal en Luxemburgo en el momento en que nació el derecho.

⁴⁷ STJCE de 7-11-2002,-333/00, (Päivikki Maaheimo) Rec.; p. I-10102: «dado que el subsidio finlandés por guarda a domicilio no se menciona en este anexo, el artículo 10 bis no es aplicable. Por lo tanto, una persona que se encuentre en una situación como la de la demandante en el asunto principal puede alegar lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento 1408/71».

2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES ESPECIALES NO CONTRIBUTIVAS EN EL ARTÍCULO 70 DEL REGLAMENTO 883/2004

El artículo 70 del Reglamento 883/2004 establece que el mismo «se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en la legislación que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de Seguridad Social a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 como de Asistencia Social».

Se entenderá por «prestaciones especiales en metálico no contributivas» aquellas que:

- a) tienen por objeto proporcionar:
 - i) cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate;
 - o
 - ii) únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate,

y

b) cuando la financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo,

y

c) figuren en el anexo X.

De la lectura del citado precepto se deduce que los requisitos que mencionan tienen carácter acumulativo.

Por lo que se refiere al Anexo X, que lleva por rúbrica «prestaciones especiales en metálico no contributivas», en el mismo se lee «el contenido de este Anexo será determinado cuanto antes por el Parlamento Europeo y por el Consejo de conformidad con el Tratado, y a más tardar antes de la fecha de aplicación del presente Reglamento mencionada en el artículo 91»⁴⁸.

2.1. Reflexiones críticas

Ni con anterioridad ni con posterioridad a las reformas introducidas en el ámbito de aplicación material de los Reglamentos comunitarios sobre coordinación de regímenes de Seguridad Social el TJCE se ha pronunciado sobre las prestaciones españolas no contributivas de Seguridad Social.

Sin duda a ello ha contribuido –y en no poca medida– la hasta ahora tradicional reticencia de los órganos jurisdiccionales nacionales⁴⁹, sobre todo por parte del Tribunal Supremo, por plantear cuestiones prejudiciales ante el TJCE.

Por ello, ante la ausencia de jurisprudencia comunitaria específica sobre las prestaciones no contributivas de Seguridad Social españolas, cabe aventurar hipótesis contrarias a su calificación como prestaciones especiales no contributivas.

⁴⁸ Ver nota nº 2.

⁴⁹ STS de 10-2-1995 (RJ.900): «para que pueda plantearse una cuestión prejudicial, es necesario que el Tribunal tenga duda objetivamente fundada sobre cuál sea la norma jurídica aplicable... este Tribunal no tiene duda sobre la aplicación de la Ley española en el caso que nos ocupa».

2.1.1. Una ¿nueva? definición

Aunque, a simple vista, parece haberse producido una sustancial reforma entre la definición de prestación especial no contributiva contenida en el artículo 70 del Reglamento 883/2004 y la del artículo 4.2 bis del Reglamento 1408/71, en el fondo las diferencias son más aparentes que reales.

Al margen de las definiciones, hay algo que no ha cambiado en absoluto y es que sigue subsistiendo el mismo requisito inexcusable para no aplicar la supresión de cláusulas de residencia: las prestaciones especiales no contributivas para no ser exportables, obligatoriamente han de ser notificadas en un anexo específico, en el caso del Reglamento 883/2004, el Anexo X.

Consecuentemente, lo relevante no es la definición en sí, sino la inclusión de la prestación en el Anexo, puesto que aunque una prestación pudiera ser calificada como prestación especial en metálico no contributiva conforme a la nueva definición contenida en el artículo 70 del Reglamento 883/2004, si no figura en el Anexo X, será exportable a otros Estados donde sea aplicable el citado Reglamento.

En la misma línea argumental también podría sostenerse que ninguna aportación novedosa realiza el artículo 70 cuando predica como nota característica de las prestaciones especiales en metálico no contributivas el hecho de que «presenten características tanto de legislación de Seguridad Social como de Asistencia Social». Y es que, como Langer afirma⁵⁰, ya de las prestaciones incluidas en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 se había destacado que combinaban elementos de Seguridad Social y Asistencia Social.

⁵⁰ ROSE LANGER, «The Proposal for Simplified Coordination of Social Security in the EU» en: Rose Langer y Maija Saklin; *Co-Ordinating Work-Based and Residence-Based Social Security*. Publications of the Faculty of Law, University of Helsinki, 2004; p. 226.

2.1.2. *La calificación como prestaciones especiales en metálico no contributivas*

Si bien las previsiones contenidas en los artículos 4.2 bis, 10 bis y el Anexo II bis, todos ellos del Reglamento 1408/71 sólo resultaban aplicables a las prestaciones especiales en metálico no contributivas, y no a las prestaciones en especie, lo cierto es que el término «en metálico» no aparecía en el texto del Reglamento 1408/71. Por eso, su expresa inclusión en el artículo 70, aunque hasta cierto punto redundante, ha de ser valorada positivamente por cuanto que resulta clarificadora.

2.1.3. *Las vías de financiación*

Es criticable que la «piedra angular» para calificar a las prestaciones especiales en metálico como no contributivas sea el hecho de que se financien mediante «la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general».

Tradicionalmente, es cierto que se ha pretendido definir a las prestaciones no contributivas por contraposición a las prestaciones contributivas⁵¹ atendiendo, primordialmente, a su forma de financiación. Así, se ha venido considerando que prestaciones contributivas «serían aquellas que se nutren y a las que se accede en función de cotizaciones directas o indirectas (de sus empresarios) de los beneficiarios o asegurados, mientras que las no

⁵¹ Una definición «negativa» es la que contiene el Convenio 157 de la OIT (1982) ratificado por España, en cuyo artículo 1. letra n) se establece que «la expresión de carácter no contributivo se aplica a las prestaciones cuya concesión no depende ni de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empleador, ni del cumplimiento de un período de actividad profesional, así como a los regímenes que conceden exclusivamente tales prestaciones». Pero en rigor, lo extenso de la definición hace que resulte de escasa utilidad a la hora de deslindar las prestaciones no contributivas de Seguridad Social frente a las de Asistencia Social.

contributivas se caracterizarían por financiarse mediante recursos procedentes de los presupuestos públicos y su obtención no se condiciona a exigencias previas de afiliación y cotización»⁵².

Pero, se ha de resaltar cómo la doctrina es coincidente a la hora de reconocer a la cotización naturaleza tributaria, tesis de la que se hace eco el Tribunal Constitucional⁵³; si bien existen discrepancias respecto a la concreta categoría en la que la cotización se incluya.

Así, Borrajo Dacruz⁵⁴ destaca cómo para unos autores la cotización tiene el carácter de impuesto especial, mientras que otros defienden que se trata de una tasa, «pues el trabajador es, a la vez que contribuyente, un beneficiario del servicio financiado con tales cuotas»⁵⁵. Para el citado autor, sin embargo, la cotización se configuraría como una exacción parafiscal⁵⁶ exceptuada de la legislación común.

⁵² SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA, «Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social» en: ANTONIO OJEDA AVILÉS (Coord.); *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Trotta, Madrid, 1992; p. 200.

⁵³ STC 39/1992, de 30 de marzo: «es innegable que el sistema de protección social se ha ido separando progresivamente del esquema contributivo y acercándose de forma cada vez más próxima al concepto de tributación».

⁵⁴ EFRÉN BORRAJO DACRUZ, *Estudios Jurídicos de Previsión Social*. Aguilar, Madrid, 1962; pp. 73-101. La definición que propone el autor es que la cuota es «un tributo con un régimen jurídico peculiar y especial».

⁵⁵ Pero, es evidente que la tasa es un tributo distinto del impuesto, como destaca FERNANDO SAINZ DE BUJANDA, *Lecciones de Derecho Financiero*. 5ª ed. Universidad Complutense, Madrid, 1987; p. 159.

⁵⁶ Tributos parafiscales son aquellos que se encuentran afectados por unas finalidades concretas y que se regulan por un régimen jurídico específico y singular. La Ley de Tasas y Precios Públicos excluye de su ámbito de aplicación material, entre otros tributos parafiscales, a las cotizaciones al Sistema de la Seguridad Social, cuya gestión corresponde al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Tampoco faltan los que abogan por una solución ecléctica, según la cual la cotización participa, simultáneamente, de los rasgos de los impuestos especiales o afectados —en atención a la estructura del hecho imponible— pero también, atendiendo «al régimen jurídico al que se atienen las cotizaciones», éstas pueden calificarse como exacciones parafiscales con un régimen jurídico particular⁵⁷.

Dado lo aparentemente ficticio que resulta ser la dicotomía cotización-tributo, cabría preguntarse porqué el legislador no hace gala de una técnica legislativa más depurada y sustituye una nomenclatura por otra. Entre los posibles motivos que desaconsejarían iniciativas de tal índole el factor sociológico no es el menos importante, dado el generalizado rechazo de la población hacia el sistema impositivo.

En este sentido nadie se ha expresado con mayor rotundidad que Schulte⁵⁸ cuando afirma que la utilización del vocablo cotización en vez de tributo obedece «a que se espera que las cotizaciones sean aceptadas más fácilmente por los ciudadanos, ya que la gente tiene la sensación de que obtiene algo a cambio de sus pagos»⁵⁹.

A lo expuesto hay que añadir que también las denominadas prestaciones «contributi-

vas» participan de rasgos «no contributivos» puesto que el Estado interviene, a través de sus presupuestos, en la financiación de los gastos de la Seguridad Social⁶⁰, lo que es del todo patente respecto a la prestación por desempleo en España, pese a que legalmente se la define como prestación contributiva. Más concretamente, no reúnen ningún elemento contributivo, pese a calificarse como tales, los subsidios asistenciales regulados en el artículo 215, apartado primero, letras c) y d) TRLGSS⁶¹. Igual crítica podría predicarse de la denominada prestación familiar contributiva (artículo 180 TRLGSS)⁶². En ninguno de los ejemplos mencionados el reconocimiento de la prestación contributiva está subordinado a la acreditación de período alguno de carencia.

Muestra de que el criterio de la financiación carece de validez generalizada en el marco de la Unión Europea, lo constituye el hecho de que haya Estados, como los Países Bajos, en donde determinadas pensiones (vejez) se financian por vía fiscal, y sin que ello sea suficiente para calificarlas de prestaciones no contributivas en opinión de Gonzalo González⁶³. Este mismo autor ha destacado⁶⁴ cómo el criterio de la cotización previa como requisito para causar derecho a una prestación, es «meramente aproximativo pero no concluyen-

⁵⁷ JOSÉ J. FERREIRO LAPATZA, FRANCISCO CLAVIJO HERNÁNDEZ, JUAN MARTÍN QUERALT y FERNANDO PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Tributario*. Marcial Pons, Madrid, 1998; p. 906.

⁵⁸ BERND SCHULTE, «La Financiación de los Sistemas de Protección Social en la Europa Comunitaria» en: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; *Los Sistemas de Seguridad Social y las Nuevas Realidades Sociales*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992; p. 52.

⁵⁹ JOSÉ MARÍA ORDEIG FOS, «Mutualidades de Previsión Social y Planes y Fondos de Pensiones: Órdenes Jurisdiccionales Competentes». *Actualidad Laboral 1993-3*; mag. 683: «el Tribunal Constitucional destaca y subraya una concepción puramente pública del Sistema de Seguridad Social, llegando a desgajar la prestación de la cotización, mero tributo».

⁶⁰ STC 134/1987, de 21 de julio: «la relación entre cotización y prestación que se da en una relación contractual no puede trasladarse de forma automática al régimen legal de la Seguridad Social».

⁶¹ Cfr. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «Crítica a la Nueva Regulación del Subsidio para Emigrantes Retornados» en: VV.AA.; *Desempleo*. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo, Madrid, 2004; pp. 1239 y 1240.

⁶² CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Las Prestaciones Familiares de Seguridad Social en el Ordenamiento Jurídico Español y Comunitario*. Laborum, Murcia, 2005; p. 31.

⁶³ BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ, «Las Pensiones No Contributivas en Europa». *Documentación Laboral* n.º 27 y 28. IV (1988) -I (1989); p. 21.

⁶⁴ BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ, «Las Pensiones No Contributivas en Europa». *Op. cit.*, p. 24.

te». Debiéndose, además, tener en cuenta que en determinados países (entre ellos España), al exigirse acreditar para el reconocimiento de una pensión no contributiva la residencia en territorio nacional durante un determinado número de años, e incluso negarse las mismas a quienes fijen su residencia en el extranjero, se podría concluir que sí existe también un vínculo entre el pago de impuestos y las pensiones, entre el número de años de residencia legal exigidos y el nacimiento del derecho a la pensión.

2.1.4. *La «cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social»*

A tenor del artículo 70 del Reglamento 883/2004 otro de los rasgos configuradores de las prestaciones especiales en metálico no contributivas es que han de tener por objeto proporcionar «cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social mencionadas en el apartado 1 del artículo».

Tampoco esto constituye novedad resaltable, puesto que ya el artículo 4.2 bis, párrafo a) del Reglamento 1408/71 aludía a la necesaria vinculación entre la prestación especial no contributiva y las contingencias enumeradas en su artículo 4.1.

En todo caso, y por lo que respecta a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social españolas, cuya naturaleza jurídica es, indubitadamente, la de prestaciones de Seguridad Social, es más que dudoso que se pueda afirmar que su objetivo sea el de dar «cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar».

Y ello porque, como se afirmaba en la Memoria del Proyecto de Ley de Pensiones No Contributivas⁶⁵, «las pensiones no contri-

butivas se configuran, no tanto como unas pensiones distintas de las de naturaleza contributiva, ya existentes en el ámbito de la Seguridad Social, cuando de una modalidad –la no contributiva– de una única pensión; del mismo modo a como ahora se conciben en la Ley como únicas las pensiones contributivas de jubilación... pero después se diversifican (en sus cuantías, requisitos, caracteres...), según cual sea el colectivo profesional que accede a ellas».

Consecuentemente, las pensiones contributivas y no contributivas españolas son «dos caras de una misma moneda», por lo que se complementan recíprocamente.

2.1.5. *¿Simplificación?*

Por lo que respecta a las prestaciones no contributivas en general, y a las prestaciones especiales no contributivas en particular, el Reglamento 883/2004 no parece haber respondido a las expectativas en cuanto a la pretendida «simplificación» de la normativa comunitaria sobre coordinación de regímenes de Seguridad Social.

Y ello porque en su articulado subsisten referencias a las prestaciones no contributivas, especiales en metálico no contributivas y de Asistencia Social, sin que aparezcan nítidamente trazadas las fronteras entre las mismas cuando, por el contrario, los efectos jurídicos de su calificación a efectos comunitarios varían sustancialmente de una modalidad a otra.

Por otra parte, salvo error u omisión, no se ha podido encontrar en el Reglamento 883/2004 un precepto que, como hace el artículo 4.2. ter del Reglamento 1408/71, resuel-

⁶⁵ Secretaría General del Congreso de los Diputados; *Prestaciones No Contributivas*. Documentación

preparada para la tramitación del Proyecto de Ley por la que se establecen en la Seguridad Social Prestaciones No Contributivas. BOCG Congreso. Serie A nº 1 de 22-12-1989. Documentación Española nº 79. Enero 1990.

va el régimen jurídico aplicable «a las disposiciones de la legislación de un Estado miembro en lo que se refiere a las prestaciones no contributivas cuya aplicación se limite a una parte de su territorio». Lo que en el futuro, probablemente, pueda ser fuente de nuevos conflictos interpretativos ante el TJCE.

2.2. Inexportabilidad de las prestaciones especiales en metálico no contributivas

A pesar de que la exportación de prestaciones sociales es un principio básico del Derecho social comunitario, el mismo no resulta aplicable a las prestaciones especiales no contributivas cuando hayan sido incluidas por Estados miembros en los concretos anexos (Anexo II bis en el Reglamento 1408/71 y Anexo X en el Reglamento 883/2004).

En palabras del Considerando nº 37 del Reglamento 883/2004, «las disposiciones que suponen una excepción al principio de la exportabilidad de las prestaciones de Seguridad Social han de interpretarse en sentido estricto. Esto significa que sólo pueden aplicarse a las prestaciones que reúnen las condiciones especificadas. Por consiguiente, el Capítulo 9 del Título III del presente Reglamento únicamente puede aplicarse a las prestaciones que sean a la vez especiales y no contributivas y que se enumeren en el Anexo X del presente Reglamento».

Como señala Langer⁶⁶, una cuestión aun no zanjada es si, y en qué medida, el derecho a prestaciones no contributivas por parte de nacionales de otros Estados miembros puede afectar a su derecho a residir en ese país, en tanto y en cuanto que las Directivas 90/364 y

90/365 exigen que los pensionistas y las personas no activas dispongan de medios suficientes de vida propios para ejercer su derecho a la libre circulación.

3. LA REFORMA DE LAS PRESTACIONES ESPECIALES NO CONTRIBUTIVAS POR EL REGLAMENTO 647/2005: LA «ANTICIPADA» ENTRADA EN VIGOR DE LAS PREVISIONES DEL REGLAMENTO 883/2004

El 4-5-2005 se publicó en el DOUE el Reglamento 647/2005 por el que se han introducido reformas en el ámbito de la coordinación de las prestaciones especiales no contributivas.

Como expresamente se indica en los considerandos del citado Reglamento, la reforma ha sido auspiciada por la jurisprudencia comunitaria recaída en los asuntos Jauch y Leclère que «requieren, por razones de seguridad jurídica, que se precisen los dos criterios acumulativos que hay que tener en cuenta para que dichas prestaciones puedan figurar en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71».

Sin embargo, lo que los Estados realmente parecen pretender con esta reforma es «poner coto», una vez más, a una línea jurisprudencial contraria a sus intereses de incluir en el Anexo II bis todas aquellas prestaciones no contributivas que no desean exportar.

De conformidad con la nueva redacción dada al artículo 4.2 bis del Reglamento 1408/71, el mismo se aplicará «a las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo previstas en la legislación que, por su alcance personal, objetivos y/o condiciones para su concesión presenten características tanto de legislación de Seguridad Social a que se refiere el apartado 1 como de Asistencia Social». Las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo son aquellas:

⁶⁶ ROSE LANGER, «The Proposal for Simplified Coordination of Social Security in the EU» en: ROSE LANGER y MAIJA SAKSLIN, *Co-Ordinating Work-Based and Residence-Based Social Security*. Op. cit.; p. 227.

- a) que tienen por objeto proporcionar:
- i) cobertura complementaria, supletoria o accesoria de los riesgos cubiertos por las ramas de la Seguridad Social mencionadas en el apartado 1, que garantice a las personas interesadas unos ingresos mínimos de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate,
 - o
 - ii) únicamente una protección específica a las personas discapacitadas, estrechamente vinculada al entorno social de cada persona concreta en el Estado miembro de que se trate,

y

b) cuya financiación procede exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y cuyas condiciones de concesión y de cálculo de las prestaciones no dependen de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para complementar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo,

y

- c) que figuran en el Anexo II bis.

Es del todo evidente que el contenido de este nuevo artículo 4.2 bis del Reglamento 1408/71 viene a coincidir literalmente con la definición de prestación especial no contributiva del Reglamento 883/2004⁶⁷.

La conclusión que cabe alcanzar es que los Estados no han querido esperar a que el Reglamento 883/2004 sea aplicable para proceder a la introducción de la reforma en materia de prestaciones especiales no contributivas.

⁶⁷ Cfr. epígrafe 2.

3.1. La reforma del artículo 10 bis del Reglamento 1408/71 por el Reglamento 647/2005

El Reglamento 647/2005 también ha dado nueva redacción al artículo 10 bis, apartado primero, del Reglamento 1408/71 que, actualmente, establece que «lo dispuesto en el artículo 10 y en el Título III no es aplicable a las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo mencionadas en el apartado 2 bis del artículo 4. Las personas a las que se aplica el presente Reglamento se beneficiarán de dichas prestaciones exclusivamente en el territorio del Estado miembro en el que residan y con arreglo a la legislación de dicho Estado, siempre que esas prestaciones se mencionen en el Anexo II bis. Las prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia y a su cargo».

Sigue rigiendo, pues, el principio de totalización sin prorrateo y no exportación de las prestaciones no contributivas, pero sólo si han sido incluidas en el Anexo II bis.

En caso contrario, no se les aplicará la excepción al principio general de supresión de cláusulas de residencia.

3.2. Novedades introducidas en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 por lo que a España se refiere

Si en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 el epígrafe dedicado a España tenía tres apartados, tras la reforma introducida por el Reglamento 647/2005 son cuatro:

- a) Subsidio de garantía de ingresos mínimos (Ley 13/82 de 7 de abril de 1982)⁶⁸, [En su versión primigenia, la letra a) del Anexo II

⁶⁸ La Disposición Adicional 9ª y la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 26/1990 de 20 de diciembre, suprimieron el subsidio de ingresos mínimos.

bis incluía a las «prestaciones económicas» de la Ley de Integración Social de los Minusválidos].

b) Prestaciones en metálico de asistencia a personas de edad avanzada e inválidos incapacitados para el trabajo⁶⁹ (Real Decreto nº 2620/81, de 24 de julio de 1981). La redacción de este apartado no ha sufrido modificación.

c) Pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva, incluidas en el artículo 38, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio de 1994. [Este epígrafe c) incluyendo a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social españolas en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 fue introducido por el Reglamento 1249/92].

Es en este epígrafe donde se produce la novedad más remarcable: frente a la anterior redacción que incluía a las prestaciones familiares por hijo a cargo en su modalidad no contributiva, ahora las mismas han sido suprimidas del Anexo II bis, por lo que ya no pueden ser calificadas a efectos comunitarios

⁶⁹ Con respecto a las prestaciones en metálico de asistencia a personas de edad avanzada e inválidos incapacitados para el trabajo, su carácter discrecional se encontraba reconocido expresamente en el propio Real Decreto citado por lo que a las ayudas asistenciales de inválidos y enfermos para el trabajo se refiere. Este rasgo sin embargo no se deducía tan claramente respecto a la pensión por ancianidad. Pero desde el momento en que no cabe hablar de un auténtico derecho subjetivo a la protección, ello unido a la escasa intensidad de la protección dispensada, explican la escasa controversia doctrinal que su calificación como prestaciones de Asistencia Social ha despertado.

Como ORDEIG FOS resalta, tanto las pensiones para ancianos, enfermos o incapacitados reguladas por la Ley de 21-7-1960 y el Real Decreto 2.620/81 de 24 de julio, fueron suprimidas por el Decreto-ley 5/1992 de 21 de julio, y por la Ley 28/1992 de 24 de noviembre de medidas Presupuestarias Urgentes. Cfr. JOSÉ MARÍA ORDEIG FOS, *El Sistema Español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)*. Edersa, Madrid, 1993; p. 418.

como «prestaciones especiales no contributivas».

d) Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte, (Ley 13/1982, de 7 de abril de 1982). (Este epígrafe ha sido introducido por el Reglamento 647/2005).

3.2.1. *La exclusión de las prestaciones familiares no contributivas del Anexo II bis*

Muy positivamente se ha de valorar que, finalmente, se hayan eliminado las prestaciones familiares no contributivas españolas del citado Anexo II bis del Reglamento 1408/71 puesto que si estas prestaciones nunca han sido exportables, su inclusión en el Anexo II bis carecía de fundamento⁷⁰.

En palabras de Nebot Lozano⁷¹, «puede causar sorpresa, en una primera lectura del Reglamento, que su artículo 10 (que establece la supresión de las cláusulas de residencia) no incluya entre las prestaciones exportables, explícitamente, a las prestaciones familiares»; pero es que «no se trata tanto de exportabilidad, dado que el trabajador o el desempleado se encuentran en el territorio del Estado competente, como de equiparación de residencia de los miembros de la familia».

En todo caso, con anterioridad a la reforma del Anexo II bis se producía una situación ciertamente paradójica con respecto a las prestaciones familiares españolas no contributivas: de la redacción del artículo 10 bis del Reglamento 1408/71 se infería que el Título III del citado Reglamento no resultaba apli-

⁷⁰ Cfr. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Las Prestaciones Familiares de Seguridad Social en el Ordenamiento Jurídico Español y Comunitario*. Laborum, Murcia, 2005; pp. 109-124.

⁷¹ M^a LIDÓN NEBOT LOZANO, «La Nueva Regulación de las Prestaciones Familiares en el Reglamento 1408/71. Los asuntos Pinna y Yañez Campoy». Noticias de la Unión Europea nº 157; p. 80.

cable a aquellas prestaciones especiales no contributivas incluidas en el Anexo II bis. Pero, precisamente, los Capítulos VII y VIII que regulan la coordinación comunitaria de las prestaciones y subsidios familiares se encuentran contenidos en dicho Título III.

Dicho con otras palabras, la inclusión de las prestaciones familiares españolas no contributivas en el Anexo II bis hacía que resultaran inaplicables a las mismas las previsiones contenidas en los artículos 72 a 79 del Reglamento 1408/71 sobre el reconocimiento de prestaciones familiares a los trabajadores migrantes; a pesar de lo cual, la Administración española venía aplicando dichos preceptos.

Hoy en día, excluidas las prestaciones familiares no contributivas españolas del Anexo II bis del Reglamento 1408/71, no hay duda de que a las mismas le son aplicables las específicas previsiones sobre coordinación comunitaria que para esta categoría de prestaciones regula el Reglamento 1408/71 en su Título III.

4. LA COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE ASISTENCIA SOCIAL INSTAURADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Las CC.AA. en base al art. 148.1.20 CE vienen promulgando programas para combatir la exclusión socio-laboral⁷² y luchar contra la pobreza en los que, entre otras medidas, se prevén prestaciones económicas para perso-

⁷² La exclusión social puede definirse «como la imposibilidad, incapacidad o dificultad extrema de ejercer los derechos sociales, fundamentalmente el derecho al trabajo». Al respecto, JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ y CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, «Un Nuevo Derecho Social de Ciudadanía: Modelos Normativos de Rentas Mínimas de Inserción en España y en Europa». Revista Trabajo y Seguridad Social nº187/98; p. 78.

nas en situación de necesidad conocidas bajo muy diversas denominaciones, tales como salarios sociales, rentas mínimas de inserción, ingreso mínimo de inserción...

Común denominador de dichas prestaciones es que, generalmente, su concesión se subordina a la prueba de carencia de recursos suficientes y a la acreditación de períodos de residencia previos en la Comunidad Autónoma que la dispensa, el importe se modula atendiendo a la composición de la unidad familiar, y es causa de extinción del derecho el traslado de la residencia fuera de la Comunidad Autónoma que la abona.

Además, las prestaciones instauradas por las CC.AA. comparten elementos comunes con las prestaciones no contributivas de Seguridad Social: vinculación a los típicos riesgos de Seguridad Social (vejez, desempleo...), financiación a través de recursos públicos, prueba de insuficiencia de recursos⁷³, y configuración como derechos subjetivos perfectos⁷⁴.

Aunque desde el punto de vista del Derecho interno no cabe duda de que, conforme al artículo 148.1.20 de la Constitución las prestaciones dispensadas por las CC.AA. se han de calificar de Asistencia Social, la solución a nivel comunitario pudiera ser distinta.

⁷³ En relación con las dificultades que tanto en el plano nacional como internacional plantea la distinción entre Seguridad Social y Asistencia Social, cfr. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: *La Aplicación del Derecho Comunitario a las Prestaciones Especiales No Contributivas*. Comares, Granada, 1997; pp. 104-119 y 237-246.

⁷⁴ JOSÉ MARÍA ALONSO SECO y BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ, *La Asistencia Social y los Servicios Sociales en España*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000; p. 119.

En el mismo sentido, LUIS HURTADO GONZÁLEZ; «Asistencia Social y Seguridad Social: Sus Fronteras Actuales». *Actualidad Laboral* 1993-2; mag. 461: «las nuevas prestaciones de Asistencia Social –que son los salarios sociales instaurados por determinadas CC.AA.– se configuran como Derechos subjetivos perfectos».

Y es que el Reglamento 883/2004 no contiene un precepto similar al artículo 4.2.ter del Reglamento 1408/71, en virtud del cual los Estados miembros podían excluir de la coordinación comunitaria aquellas prestaciones especiales no contributivas «cuya aplicación se limite a una parte de su territorio»⁷⁵.

Por eso, nos enfrentamos a dos posibilidades:

1) Que las prestaciones asistenciales reconocidas por las CC.AA. no sean incluidas por España en el nuevo Anexo X, en cuyo caso pasarían a ser calificadas como prestaciones

no contributivas coordinadas por el Reglamento 883/2004, con todo lo que ello implica, (igualdad de trato con los nacionales de los Estados en los que el Reglamento resulte aplicable y totalización de períodos cuando el reconocimiento de la prestación se subordine a la acreditación de períodos de residencia previos).

2) Que se incluyan en el Anexo X con lo cual, a efectos comunitarios, las prestaciones de Asistencia Social de las CC.AA. se calificarían y tendrían el mismo régimen jurídico que las prestaciones no contributivas españolas de Seguridad Social.

⁷⁵ A diferencia de otros países, España no hizo uso de este artículo para excluir a las prestaciones asistenciales reguladas por las CC.AA.

RESUMEN La coordinación comunitaria de los regímenes de Seguridad Social está llamada a experimentar sustanciales cambios una vez que el ya publicado Reglamento 883/2004 entre en vigor, algo que no ocurrirá mientras no se apruebe su Reglamento de aplicación. Y mientras tal evento no se produzca, esta materia seguirá regulándose conforme a las previsiones contenidas en el Reglamento 1408/71.

Por lo que al ámbito de aplicación material de dichos Reglamentos se refiere, no se aprecian cambios sustanciales entre el Reglamento 883/2004 y el Reglamento 1408/71, ya que ambos se aplican tanto a las prestaciones contributivas como no contributivas y a las prestaciones especiales no contributivas. Por el contrario, las prestaciones no contributivas de Asistencia Social nunca han sido objeto de coordinación comunitaria.

Pero ni el Reglamento 883/2004, ni los Reglamentos que lo han precedido contienen una definición de Seguridad Social o de Asistencia Social, como tampoco de prestación contributiva y no contributiva. Por ello resulta obligado el análisis del concepto comunitario que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha atribuido a estos términos a lo largo de las últimas décadas.

En todo caso, y por lo que a las prestaciones especiales no contributivas se refiere, la principal novedad que presenta el Reglamento 883/2004 consiste en la sustancial reforma de la definición de prestación especial no contributiva contenida en su artículo 70, frente a la del artículo 4.2 bis del Reglamento 1408/71.

En el fondo, sin embargo, las diferencias son más aparentes que reales y es que hay algo que se mantiene inalterable: las prestaciones especiales no contributivas para no ser exportables, obligatoriamente han de ser notificadas en un anexo específico, que en el caso del Reglamento 883/2004 es el Anexo X.

Consecuentemente, lo relevante no es la definición en sí, sino la inclusión de la prestación en el Anexo, puesto que aunque una prestación pudiera ser calificada como prestación especial en metálico no contributiva conforme a la nueva definición contenida en el artículo 70 del Reglamento 883/2004, si no figura en el Anexo X, será exportable a otros Estados donde sea aplicable el citado Reglamento.

Por último destacar que aunque el Reglamento 883/2004 aún no ha entrado en vigor, si lo ha hecho la nueva definición que el mismo contiene respecto a las prestaciones especiales no contributivas, al haber sido incorporada al texto del Reglamento 1408/71 a través de la reforma de su artículo 4.2 bis por obra del Reglamento 647/2005.