

Capítulo XIV

Libre circulación de personas y prestaciones en metálico no contributivas³⁹⁹

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

I. Ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004

De conformidad con el artículo 3.2 del Reglamento 883/2004, el mismo se aplica a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos⁴⁰⁰, excepto disposición en contrario en el Anexo XI⁴⁰¹.

El artículo 3.3 del Reglamento 883/2004 dispone que el citado Reglamento también se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no

³⁹⁹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D SEJ 2007-60684.

⁴⁰⁰ Con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1408/71, el Tribunal de Justicia 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, (Hoeckx) Rec.; p.973.

⁴⁰¹ En dicho Anexo, España ha incluido disposiciones específicas relativas al régimen especial de funcionarios públicos y al cómputo de períodos ficticios de cotizaciones.

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

contributivas previstas en el artículo 70⁴⁰². De la lectura de este último precepto se infiere que el término “prestación especial no contributiva”⁴⁰³ se reserva para las prestaciones que los Estados notifiquen en el Anexo X.

Por el contrario, su artículo 3.5⁴⁰⁴ consagra la exclusión de las prestaciones de Asistencia Social del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004.

Aunque 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”, 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 comunitario⁴⁰⁵.

II. 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 que se manifiesta en el

402 Cfr. epígrafe III. “La nueva regulación de las prestaciones especiales no contributivas en metálico en el artículo 70 del Reglamento 883/2004”.

403 Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; “La Radical Evolución de la Jjurisprudencia Comunitaria sobre Exportación de Prestaciones No Contributivas”. Noticias de la Unión Europea n° 300/2010.

404 El Reglamento 988/2009 de 16.9.2009 dio nueva redacción al artículo 3.5 del Reglamento 883/2004: “El presente Reglamento no se aplicará: a) a la asistencia social y sanitaria, ni a las prestaciones respecto a las cuales un Estado miembro asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación, tales como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado miembro en el ejercicio de sus funciones, o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen”.

405 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.

principio de supresión de cláusulas de residencia (artículo 7 del Reglamento 883/2004), el mismo nunca ha sido aplicable a las prestaciones especiales no contributivas que hubieran sido notificadas por los Estados miembros en determinados anexos (Anexo II bis en el Reglamento 1408/71 y Anexo X en el Reglamento 883/2004).

Esta situación no se ha visto alterada con la entrada en vigor del Reglamento 883/2004, cuyo artículo 70.3 expresamente excluye la aplicación del citado artículo 7 a las prestaciones especiales en metálico no contributivas.

Su artículo 70.4 añade que dichas prestaciones “serán facilitadas en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación. Esas prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia”.

A. Totalización sin prorrateo

Puesto que, por el contrario, el artículo 6 del Reglamento 883/2004 que consagra el principio de totalización de períodos sí es aplicable a las prestaciones especiales no contributivas, el Estado que las reconozca habrá de totalizar, en caso necesario, los períodos cubiertos en otros Estados miembros o en los que se aplique el Derecho Comunitario (Espacio Económico Europeo y Suiza).

III. Las prestaciones especiales en metálico no contributiva 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”.

La coordinación de los Sistemas de Seguridad 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.

A. Prestaciones españolas incluidas en el Anexo X

España ha notificado en el Anexo X las siguientes prestaciones:

- Subsidio de garantía de ingresos mínimos (Ley 13/82 de 7.4.1982)
- Prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo (RD nº 2620/81, de 24.7.1981).
- Pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva, incluidas en el artículo 38.1 TRLGSS.

Capítulo XIV. Libre circulación de personas y prestaciones en metálico...

- Las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas.
- Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte (Ley nº 13/82 de 7.4.1982).

1. Coordinación de las prestaciones asistenciales de las CC.AA.

Si confrontamos el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 con el Anexo X del Reglamento 883/2004, la única novedad -aunque sobresaliente- por lo que a España se refiere, radica en la inclusión en el Anexo X de las prestaciones asistenciales instauradas por las Comunidades Autónomas para complementar a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social estatales⁴⁰⁶.

Las CC.AA. en base al 148.1.20 CE han venido promulgando programas para combatir la exclusión socio-laboral y luchar contra la pobreza en los que, entre otras medidas, se prevén prestaciones económicas para personas 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.

⁴⁰⁶ Las prestaciones no contributivas de Seguridad Social fueron instauradas por la Ley 26/1009, desarrollada por el Real Decreto 357/1991, a su vez modificado por la Orden PRE/3113/2009, de 13 de noviembre.

Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Jurídico Español. Laborum. Murcia. 1998.

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

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 recursos, y configuración como derechos subjetivos perfectos⁴⁰⁷.

En todo caso, de la lectura del Anexo X se infiere que la voluntad del legislador español ha sido la de coordinar única y exclusivamente aquellas prestaciones asistenciales creadas por las CCAA y que complementen a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social reguladas por el legislador estatal “en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas”. Prestaciones no contributivas de Asistencia Social que han generado gran litigiosidad a nivel de Derecho interno hasta el punto de tener que pronunciarse el Tribunal Constitucional sobre su naturaleza (STC 239/2002, de 11 de diciembre⁴⁰⁸).

Pero, aunque desde el punto de vista del Derecho interno no cabe duda de que, conforme al artículo 148.1.20 CE las prestaciones dispensadas por las CC.AA. se han de calificar de Asistencia Social, la solución a nivel comunitario ha cambiado radicalmente tras la entrada en vigor del Reglamento 883/2004 puesto que tras su inclusión en su Anexo X han pasado a ser calificadas como prestaciones especiales no contributivas de Seguridad Social.

Es decir, a efectos comunitarios, el régimen jurídico aplicable a las prestaciones españolas de Seguridad Social no contributivas es idén-

407 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”.

408 Eva Sáenz Royo; “Prestaciones No Contributivas y Comunidades Autónomas. Un comentario Crítico a la STC 239/2002, de 11 de diciembre”. *Revista Estudios Políticos* nº 124/2004; pp.265-276.

tico al aplicable a las prestaciones de Asistencia Social de las CC.AA que complementan a las anteriores.

Y, consecuentemente, la aplicación del Reglamento 883/2004 a las prestaciones asistenciales de las CC.AA supone que les son de aplicación el principio de igualdad de trato (artículo 4 Reglamento 883/2004). Por tanto, no podrán ser denegadas a los ciudadanos comunitarios o nacionales de un Estado miembro o donde el Derecho comunitario resulte aplicable (Espacio Económico Europeo y Suiza) por el mero hecho de no ostentar la nacionalidad española. Asimismo, puesto que, como ya se ha indicado, el Reglamento 883/2004 consagra que para el reconocimiento de las prestaciones especiales no contributivas rige el principio de totalización sin prorrateo, cuando las CC.AA. supediten el reconocimiento de la prestación asistencial al cumplimiento de períodos previos de residencia, los períodos de residencia acreditados en cualquier otro Estado miembro o en el que el Derecho comunitario resulte aplicable se habrá de computar como cumplido en el territorio de la CC.AA.

Y todo ello sin perjuicio de que, al margen de las prestaciones asistenciales notificadas en el Anexo X, pudiera defenderse que, en general, las prestaciones asistenciales de las CC.AA. –complementen o no prestaciones estatales- han de calificarse como prestaciones especiales en metálico no contributivas al amparo del artículo 70 del Reglamento 883/2004 y, en tanto que no notificadas en el Anexo X, exportables.

B. Crítica a la nueva regulación comunitaria de las prestaciones especiales no contributivas

1. Una ¿nueva? definición

Las diferencias entre la redacción del artículo 4.2 bis del Reglamento 1408/71 -en su redacción dada por el Reglamento 647/2005⁴⁰⁹-

⁴⁰⁹ La STJCE de 18.10.2007, -299/05, (Comisión de las Comunidades Europeas contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea), declaró no ajustada a Derecho la calificación de prestación especial no contributiva de determinadas prestaciones notificadas como tal por Finlandia Suecia y Reino Unido. Esta sentencia es

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

y el nuevo artículo 70 del Reglamento 883/2004 son prácticamente inexistentes.

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 afirma⁴¹⁰, 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.

En todo caso, hay algo que no ha cambiado en absoluto y es que para que las prestaciones especiales merezcan tal calificativo y por tanto, no sean exportables, es imprescindible que sean notificadas en un específico Anexo (en el Reglamento 1408/71 era el Anexo II bis y ahora en el Reglamento 883/2004 es el Anexo X).

Consecuentemente, lo relevante no es tanto 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.

2. Las vías de financiación

Resulta controvertido que la “piedra angular” para calificar a las prestaciones especiales en metálico como no contributivas sea el he-

de gran interés por cuanto que analiza la última redacción dada al artículo 4.2 bis del derogado Reglamento 1408/71 que es sustancialmente idéntica a la vigente en el artículo 70 del Reglamento 883/2004. Cfr. C.Sánchez-Rodas Navarro; “Novedades en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el Reglamento 1408/71” en: VV.AA.; El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas Cuestiones. Viejos Problemas. Laborum. Murcia. 2008; pp.45-48.

⁴¹⁰ Rose Langer; “The Proposal for Simplified Co-ordination of Social Security in the EU” en: Rose Langer y Maija Sakslin; Co-Ordinating Work-Based and Residence-Based Social Security. Publications of the Faculty of Law. University of Helsinki. 2004; p.226.

cho de que se financien mediante “la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general”.

Es cierto que tradicionalmente se ha pretendido definir a las prestaciones no contributivas por contraposición a las prestaciones contributivas⁴¹¹ 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 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”⁴¹².

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 Constitucional⁴¹³; si bien existen discrepancias respecto a la concreta categoría en la que la cotización se incluya.

3. 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 contri-

⁴¹¹ 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.

⁴¹² 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.

⁴¹³ 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”.

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

butivas 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 Contributivas⁴¹⁴, “las pensiones no contributivas 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.

4. ¿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

⁴¹⁴ 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.

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.

IV. Las prestaciones especiales no contributivas como ventajas sociales

La noción de ventaja social no está consagrada en el Reglamento 883/2004 sino en el artículo 7 del Reglamento 1612/68.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyos perfiles han sido definidos por la jurisprudencia comunitaria que ha invocado esta noción en las más diversas situaciones incluyendo bajo esa rúbrica todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo se reconocen generalmente a los trabajadores nacionales por razón, principalmente, de su condición de trabajadores o por el mero hecho de que tienen su residencia habitual en territorio nacional, por lo que su extensión a los trabajadores migrantes permite facilitar su derecho a la libre circulación.

Por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta factible que una prestación que no puede ser abonada en el extranjero por haber sido calificada a nivel comunitario como prestación especial no contributiva sea, no obstante, “exportada” como ventaja social para el trabajador incluido en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1612/68.

Tal ocurrió en las dos sentencias *Frascogna*⁴¹⁵ en las que respecto a una ciudadana italiana que residía en Francia con su hijo -tam-

⁴¹⁵ STJCE de 6.6.1985, -157/84, (*Frascogna*) Rec.; p.1739; y de 9.7.1987, - 256/86, (*Frascogna*) Rec.; p.3431. Ambas versan sobre el subsidio de vejez regulado por Ley francesa n° 52-799 de 10.7.1952 (JORF de 11.7.1952, p.6939).

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

bién italiano el cual ejercía su actividad como trabajador por cuenta ajena en Francia- se calificó la concesión de un subsidio especial de vejez previsto por la legislación francesa como “ventaja social” a los efectos del artículo 7.2 del Reglamento 1612/68. Subsidio que fue notificado por Francia como prestación especial no contributiva a los efectos del Anexo II bis del Reglamento 1408/71.

A similar conclusión llega la STJCE de 11.9.2007, - 287/05, (Hendrix) Rec.; p. I-6909 en la que por un lado el Tribunal califica como prestación especial no contributiva a la prestación holandesa reclamada -destinada a proteger a jóvenes discapacitados⁴¹⁶- y, por tato, no exportable. Pero, por otro lado, el Tribunal reconoce el derecho a cobrarla en Bélgica donde el trabajador ha trasladado su residencia conceptuándola como ventaja social al amparo del Reglamento 1612/68⁴¹⁷.

V. El derecho originario como fundamento para la exportación de prestaciones no contributivas

Con la STJCE de 26.10.2006, -192/05 (Tas-Hagen y R.A. Tas) Rec.; p.I-5763 se ha iniciado una revulsiva línea jurisprudencial que puede arrojar sorprendentes resultados respecto a la exportación de prestaciones no contributivas.

Este litigio se suscitó como consecuencia de la negativa de las autoridades holandesas a abonar a los recurrentes una prestación destinada a las víctimas civiles de guerra en base a que no residían en dicho Estado. Estos no invocan el Reglamento 1408/71, puesto que expresamente su artículo 4.4 excluye de su ámbito de aplicación material a las prestaciones a favor de las víctimas de guerra. Tampoco

⁴¹⁶ Sobre el carácter de prestación especial no contributiva de dicha prestación el TJCE ya se pronunció en su sentencia de 6.7.2006, -154/05, (Kersbergen-Lap y Dams-Schipper) Rec. p. I-624.

⁴¹⁷ Un comentario a dicha sentencia en: C.Sánchez-Rodas Navarro; “Novedades en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el Reglamento 1408/71”. Op. cit.; pp.48-53.

el Reglamento 1612/68, ya que no consta que los litigantes hubieran ejercido actividad por cuenta ajena alguna en otro Estado miembro.

Los recurrentes fundan su pretensión exclusivamente en el artículo 18. 1 del Tratado de la CE –actual artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE- que reconoce a todo ciudadano de la UE el derecho a circular y residir libremente en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél cuya nacionalidad se ostenta, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

Argumento que hace suyo el Tribunal de Justicia que afirma que una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 18.1 del Tratado CE reconoce todo ciudadano de la Unión. No considerando el TJCE que el requisito de exigir la residencia en el territorio que reconoce la prestación sea proporcional ni que se base en consideraciones objetivas de interés general.

Análogos razonamientos jurídicos se repiten en asunto *Nerkowska*⁴¹⁸. A la recurrente, de nacionalidad polaca, le fue denegada una pensión de invalidez concedida a las víctimas civiles de la guerra o de la represión por no residir en Polonia.

Ante el Tribunal de Justicia no se invocan ni el Reglamento 1408/71 ni el Reglamento 1612/68, puesto que no son de aplicación al caso, sino el artículo 18.1 del Tratado de la CE –actual artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE-.

Y, nuevamente, el Tribunal vuelve a interpretar que una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 18.1 reconoce a todo ciudadano de la UE.

A la luz de estas sentencias parece plausible invocar directamente el artículo 21.1. del Tratado de Funcionamiento de la UE para recla-

418 STJCE de 22.5.2008, -499/06, (*Nekowska*) Rec.; p. I-3993.

La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

mar la exportación de una prestación no contributiva al margen de la farragosa y restrictiva regulación al respecto contenida en los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social.