

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GEORGES COSMAS presentadas el 9 de diciembre de 1997 *

Indice

I. Introducción	I - 846
II. La dependencia en tanto que riesgo asegurable	I - 847
III. Las disposiciones nacionales	I - 848
IV. Hechos	I - 851
V. La cuestión prejudicial	I - 852
VI. Sobre el objeto de la resolución de remisión	I - 852
VII. Marco jurídico comunitario	I - 853
VIII. Sobre el fondo	I - 855
A. Calificación del seguro controvertido	I - 855
a) Prestación de Seguridad Social	I - 857
b) Reglamento n° 1408/71	I - 859
c) Prestación en especie o prestación en metálico	I - 863
B. Exportabilidad	I - 865
C. Afiliación al seguro y sus consecuencias	I - 870
a) Afiliación al seguro	I - 870
b) La percepción de prestaciones en tanto que compensación de la afiliación al seguro	I - 873
D. Reglamento n° 1612/68	I - 876
IX. Conclusión	I - 879

I. Introducción

1. Mediante la cuestión prejudicial que somete al Tribunal de Justicia, el Sozialge-

richt Karlsruhe (Alemania) solicita la interpretación, en particular, del artículo 6 y del apartado 2 del artículo 48 del Tratado CE.

2. El litigio principal consiste en que un matrimonio de trabajadores, compuesto por

* Lengua original: griego.

un neerlandés y una alemana, que residen en Francia y trabajan en Alemania, están afiliados y cotizan obligatoriamente al régimen alemán del seguro contra el riesgo de dependencia, si bien no pueden disfrutar de las correspondientes prestaciones mientras residen en el extranjero.

II. La dependencia en tanto que riesgo asegurable

3. No cabe duda que el riesgo de *dependencia*, como realidad social, ha existido siempre, y, sin embargo, es relativamente reciente en tanto que objeto de la Seguridad Social. Por tanto, es oportuno, a mi entender, antes de exponer las disposiciones nacionales pertinentes, señalar determinadas características básicas de dicho riesgo, tal como se desprenden de un breve repaso de la doctrina y la práctica en la materia.¹

4. Por *dependencia* se entiende, con carácter general, la falta de autonomía de la persona y

la consiguiente necesidad de ayuda de un tercero para la realización de las actividades de la vida cotidiana.

La situación de dependencia suele ser consecuencia de la edad, si bien puede también deberse a una enfermedad, invalidez, accidente, etc.

Las prestaciones para las personas dependientes en el sentido indicado han existido desde hace mucho tiempo y continúan existiendo, bien en el marco de ramas especiales de la Seguridad Social, como el Seguro de Vejez, el Seguro de Invalidez, etc., o bien en el marco de la asistencia social. Sin embargo, se observa una tendencia hacia la concentración de las prestaciones dispersas y la creación de una rama autónoma integrada por el seguro social de dependencia.²

1 — La información a este respecto ha sido obtenida de las observaciones escritas de las partes en el presente asunto y en el asunto pendiente Jordy (C-40/97); del Acta de la 6.ª Conferencia de Ministros europeos responsables de la Seguridad Social, celebrada en Lisboa del 29 al 31 de mayo de 1995 (Consejo de Europa, Estrasburgo, 1995; en lo sucesivo, «Acta»), y del artículo del catedrático Igl, G.: «Coordination et nouvelles formes de protection sociale», en el volumen conmemorativo del 25.º aniversario de la adopción del Reglamento (CEE) n.º 1408/71, que aún no ha sido publicado. Estos últimos datos fueron invocados y aportados por el Gobierno alemán y por la Comisión.

2 — En lo que respecta a los Estados miembros de la Unión Europea, la situación que existía en 1995 puede resumirse del siguiente modo:

a) Un primer grupo de países otorga prioridad a las prestaciones autónomas en favor de las personas dependientes (Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Suecia).
b) En otros países, las prestaciones de dependencia están vinculadas a otras prestaciones, tales como las pensiones de vejez o invalidez (Bélgica, España).
c) En un tercer grupo de países, las prestaciones para personas dependientes se conceden principalmente a través de regímenes de asistencia social, sea en la esfera municipal o en la regional (Francia, Grecia, Italia).
d) En otros lugares, por último, existen determinadas prestaciones que, sin embargo, no se destinan específicamente a las personas dependientes, aunque cubren parcialmente sus necesidades (Países Bajos); véase el Acta, p. 61.
Procede señalar, en todo caso, que desde entonces se han producido bastantes cambios, como la aprobación de una nueva Ley en Francia, por la que se crea una prestación especial de dependencia en favor de las personas de edad avanzada (Ley n.º 97-60, de 24 de enero de 1997, *Journal officiel de la République française* de 25 de febrero de 1997, p. 1280), señal de la rápida evolución en el ámbito del Seguro de Dependencia.

5. Las prestaciones se sirven en especie o en metálico, o de ambas formas. En determinadas legislaciones, corresponde al interesado elegir la modalidad de prestación adecuada. Las prestaciones *en especie* comprenden la asistencia a domicilio o, en los casos más graves, en un establecimiento especializado, así como la puesta a disposición del interesado de los medicamentos o aparatos eventualmente necesarios. Dicha asistencia se presta bien de forma «extraoficial», es decir, por el cónyuge u otro familiar próximo o pariente,³ bien por parte de voluntarios o bien por profesionales vinculados a las instituciones de Seguridad Social competentes. Las prestaciones *en metálico* consisten en prestaciones periódicas concedidas en lugar de las prestaciones en especie o conjuntamente con éstas, a elección del interesado o no. Su cuantía depende, fundamentalmente, del grado de dependencia, y eventualmente también de la situación económica de la persona dependiente (en especial cuando la dependencia está comprendida en la asistencia social).

En lo que respecta a la concesión de las prestaciones, existen dos prioridades: a) prioridad de la permanencia en el hogar y, en general, en un entorno familiar, en lugar del ingreso en un determinado establecimiento, que constituye la excepción; ello obedece a razones relacionadas con el respeto de la dignidad y la autodeterminación de la persona, y b) prioridad de la reincorporación a la vida activa, frente a la mera concesión de prestaciones.

6. Se establecen, asimismo, medidas de asistencia en favor del tercero que se encarga de cuidar a la persona dependiente, en especial cuando lo hace a título profesional. Así, en determinados países, la persona que presta la asistencia cuenta con un seguro, obligatorio o voluntario, a través de la persona dependiente, y tiene, asimismo, derecho a un cierto número de días libres (retribuidos) y a vacaciones. No obstante, existen propuestas encaminadas a hacer extensivas estas ventajas a las personas dedicadas a la prestación de esta asistencia a título no profesional (tal como los familiares).⁴

III. Las disposiciones nacionales

7. En Alemania, la prestación de ayuda a domicilio en favor de las personas que la necesiten se estableció por vez primera en 1988, en el marco del Seguro de Enfermedad, y fue incluida en el Libro V del Sozialgesetzbuch (Código de la Seguridad Social; en lo sucesivo, «SGB»). La finalidad de dichas prestaciones era conseguir, en la medida de lo posible, la permanencia del interesado en su hogar, evitando su ingreso en un establecimiento.

Sin embargo, el interesado podía optar por percibir, en lugar de la ayuda a domicilio, una asignación mensual por importe de

3 — Se trata del supuesto más habitual. Son éstos los oscuros héroes que rodean a las personas dependientes, en especial cuando éstas permanecen en sus hogares. No obstante, parece que está adquiriéndose conciencia de la necesidad de adoptar también medidas de protección dirigidas a estas personas, en razón de los diversos riesgos que corren (psicológicos, de aislamiento social, etc.) debido a su permanente ocupación con las personas dependientes.

4 — Acta, p. 52.

400 DM, si estaba en condiciones de conseguir por sí solo los cuidados adecuados de un tercero.

Dependencia ha sido encomendada a las instituciones del Seguro de Enfermedad.

8. Dichas prestaciones fueron sustituidas y mejoradas a partir del 1 de enero de 1995, mediante la *Pflegeversicherungsgesetz* (Ley relativa al Seguro Social de Dependencia), que fue incluida en el Libro XI del SGB y se aplica al caso de autos.

11. El seguro se financia mediante cotizaciones de los trabajadores y de los empresarios. La cuantía de la cotización asciende, para cada uno de ellos, al 0,85 % del salario bruto.

9. El riesgo de *dependencia* consiste, también aquí, en la incapacidad para cuidar de uno mismo. Es decir, afecta a las personas que, con carácter provisional o permanente, tienen necesidad de un tercero para la realización de parte o de la totalidad de las actividades de la vida cotidiana, tales como la higiene corporal, la alimentación, los desplazamientos, las labores domésticas, etc. Las personas dependientes no participan en la vida activa (en el sentido, manifiestamente, de que se encuentran en situación de incapacidad laboral transitoria o permanente), y no cabe esperar una mejora de su salud.⁵

12. En lo que respecta a las prestaciones, los asegurados tienen derecho, una vez cumplido un determinado período de seguro (que actualmente es de un año y aumentará gradualmente hasta alcanzar cinco años en el año 2000), en primer lugar, a *asistencia a domicilio*, consistente en prestaciones en especie, una asignación mensual, o una combinación de ambas modalidades.

10. Están afiliadas al Seguro de Dependencia, con carácter obligatorio, entre otras, todas las personas aseguradas, con carácter obligatorio o voluntario, contra la contingencia de enfermedad. La gestión del Seguro de

Las prestaciones *en especie* (artículo 36) consisten, básicamente, en la puesta a disposición de personal especializado, contratado por las instituciones de Seguridad Social, para la prestación de ayuda a domicilio. El límite máximo de las prestaciones mensuales está en función del grado de dependencia.⁶

5 — Véanse las observaciones del Gobierno alemán en el asunto Jordy (C-40/91). Según el Gobierno alemán, dicho riesgo afecta en la actualidad a aproximadamente 1,65 millones de personas en Alemania.

6 — Categoría I: hasta 750 DM; II: hasta 1.800 DM; III: hasta 2.800 DM. En casos especiales, el límite máximo mensual correspondiente a la categoría III puede ascender a 3.750 DM.

La persona dependiente tiene derecho a solicitar, en lugar de las prestaciones en especie, una *asignación mensual* (en lo sucesivo, «asignación por dependencia»), que le permita obtener la modalidad adecuada de asistencia proporcionada por otra persona (artículo 37).⁷ En este caso, la institución competente visita cada seis meses (categorías I y II) o cada tres meses (categoría III) a la persona dependiente, con el fin de controlar su situación.

En todo caso, el interesado tiene la posibilidad de obtener una combinación de ambos tipos de prestaciones (artículo 38).

Asimismo, se contempla la puesta a disposición del asegurado de la infraestructura material y técnica necesaria para la mejora de su situación, consistente, por ejemplo, en el arrendamiento o compra e instalación de aparatos especiales, la ejecución de obras de reforma de su vivienda o, incluso, el reembolso de los gastos de sustitución, durante los permisos, de la persona que habitualmente se encarga del cuidado del asegurado (artículo 40).

13. En segundo lugar, los asegurados tienen derecho a *asistencia en un establecimiento* cuando la asistencia a domicilio se revela

insuficiente o inadecuada. La asistencia en un establecimiento puede ser parcial o total. La institución de Seguridad Social se hace cargo, dentro de un límite máximo, de los gastos de la asistencia parcial en establecimiento (artículo 41).⁸

14. Por último, se prevén *prestaciones en favor de la persona que presta la asistencia*, tal como el abono de las cotizaciones a sus Seguros de Enfermedad y de Accidentes de Trabajo (artículo 44), así como la organización de *seminarios* especiales para la familia de la persona dependiente y quienes prestan asistencia voluntaria (artículo 45).

15. De conformidad con el apartado 1 del artículo 34 del Libro XI del SGB, el derecho a prestaciones queda en suspenso, entre otros supuestos, mientras el asegurado resida en el extranjero, aun cuando su necesidad de asistencia haya surgido durante una estancia provisional en el extranjero.⁹

7 — La cuantía de la asignación mensual es fija y equivale, aproximadamente, a la mitad del límite máximo de la asignación en especie, es decir, a 400 DM, 800 DM y 1.300 DM, para las categorías I, II y III, respectivamente.

8 — 750 DM, 1.500 DM y 2.100 DM para las categorías I, II y III, respectivamente.

9 — Se permite, sin embargo, la permanencia en el extranjero de la persona dependiente y de su asistente hasta seis semanas al año, sin pérdida de las prestaciones en metálico, principalmente con fines de vacaciones (véase la respuesta del Gobierno alemán a la correspondiente pregunta formulada por el Tribunal de Justicia).

IV. Hechos

16. Los Sres. Molenaar, demandantes en el procedimiento principal, de nacionalidad neerlandesa él y alemana ella, residen en Francia y trabajan en Alemania.

17. En diciembre de 1994 y enero de 1995, el AOK Baden-Württemberg, parte demandada en el procedimiento principal, les notificó que a partir del 1 de enero de 1995 estarían afiliados, obligatoriamente, al Seguro de Dependencia, debiendo ingresar las correspondientes cotizaciones, si bien, de conformidad con la disposición del artículo 34 del SGB, antes citada, su derecho a las prestaciones de dicho seguro quedaría en suspenso mientras tuvieran su residencia en el extranjero.

18. En contra de dicho acto, los Sres. Molenaar interpusieron un recurso ante el Sozialgericht Karlsruhe, en el que solicitaban:

a) con carácter principal, que se declarase que tienen derecho a las prestaciones del Seguro de Dependencia, en caso de que se cumplan los restantes requisitos legales, aun cuando su domicilio se encuentre en el extranjero;

b) con carácter subsidiario, que se declarase que, si se cumplen dichos requisitos, tienen derecho al reembolso de los gastos de asistencia que hayan soportado;

c) con carácter subsidiario de segundo grado, que se declarase que no están obligados a afiliarse al Seguro de Dependencia;

d) con carácter subsidiario de tercer grado, que se condenase a la parte demandada a dispensar a los demandantes de la obligación de afiliación y a restituirles las cotizaciones ingresadas.

19. El Sozialgericht estimó que, con arreglo al Derecho alemán, procedía declarar la inadmisibilidad de las dos primeras pretensiones, básicamente por no estar relacionadas con una situación de hecho concreta acreedora a protección.¹⁰

20. Por el contrario, consideró que las otras dos pretensiones y, en especial, la tercera plantean la cuestión relativa a si el artículo 6 y el apartado 2 del artículo 48 del Tratado permiten que una legislación nacional exija el pago de cotizaciones en el marco de un régimen obligatorio de seguro contra un riesgo

10 — Quiere decirse, manifiestamente, que por no haberse materializado la contingencia asegurada, no cabe discutir la concesión de una prestación ni la devolución de un gasto concreto.

como el que es objeto del litigio principal, desde el momento en que las correspondientes prestaciones del seguro no se adeudan debido a que el beneficiario tiene su domicilio en otro Estado miembro. Por consiguiente, el Juez nacional planteó al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, la siguiente cuestión.

V. La cuestión prejudicial

«¿Deben interpretarse el artículo 6 y el apartado 2 del artículo 48 del Tratado CE en el sentido de que limitan la facultad de un Estado miembro de crear, en el marco del seguro obligatorio, un régimen de Seguridad Social que cubra el riesgo de la necesidad de asistencia y en el que se obligue a cotizar a personas que residan en otro Estado miembro aunque su lugar de residencia produzca simultáneamente el efecto de excluir o suspender el derecho a percibir las prestaciones de dicho régimen?»

VI. Sobre el objeto de la resolución de remisión

21. Según reiterada jurisprudencia, el artículo 6 del Tratado, que establece el principio general que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad, está destinado a aplicarse de manera independiente sólo en

situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación.

En el ámbito de la libre circulación de los trabajadores, el principio de no discriminación ha sido concretado por los artículos 48 y 51 del Tratado, así como por los actos de las Instituciones comunitarias adoptados en virtud de estos artículos y, en particular, por los Reglamentos n^{os} 1408/71 y 1612/68.

Por consiguiente, si un caso como el contemplado en el litigio principal está incluido en el ámbito de aplicación de estos artículos del Tratado y de los Reglamentos comunitarios basados en dichos artículos, no es necesario pronunciarse sobre la interpretación del artículo 6 del Tratado.¹¹

22. La formulación de la cuestión prejudicial indica que el órgano jurisdiccional remitente no alberga dudas sobre la compatibilidad de la cláusula de residencia establecida en el artículo 34 del SGB con el Derecho comunitario, sino que se interroga acerca de las repercusiones de dicha cláusula en la obligación de afiliación y cotización al seguro. Asimismo, es verdad que el órgano jurisdiccional nacional no plantea directamente la cuestión de la calificación jurídica del seguro controvertido a la luz del Derecho comunitario. Sin embargo, de la mención que hace

11 — Véase, entre otras, la sentencia de 25 de junio de 1997, *Mora Romero* (C-131/96, Rec. p. I-3659), apartados 10 a 12.

de los artículos 19 y 22 del Reglamento n° 1408/71 se infiere, indirectamente, que lo considera comprendido en el ámbito de aplicación material del referido Reglamento y, en particular, en el Capítulo 1 del Título III, relativo a la enfermedad y a la maternidad. Por otra parte, también las alegaciones de las partes que presentaron observaciones se refieren en gran medida a la cuestión de la sujeción de las prestaciones controvertidas al Reglamento n° 1408/71 y, eventualmente, también al Reglamento n° 1612/68.

24. A este respecto, me limito a recordar que, según reiterada jurisprudencia, con el fin de proporcionar la respuesta más completa posible al órgano jurisdiccional nacional, nada impide al Tribunal de Justicia examinar las cuestiones que objetivamente suscita la resolución de remisión a la luz de las normas pertinentes del Derecho comunitario.¹²

VII. Marco jurídico comunitario

23. Desde mi punto de vista, dichas cuestiones están interrelacionadas y deben ser objeto de un examen específico. La cuestión primordial es la calificación jurídica de las prestaciones controvertidas a la luz del Derecho comunitario. Dado que dichas prestaciones revisten, manifiestamente, carácter comunitario, cabe concebir dos soluciones: bien constituyen prestaciones de Seguridad Social a efectos del artículo 51 del Tratado y del Reglamento n° 1408/71, en cuyo caso debe, asimismo, dilucidarse en qué categoría más concreta del apartado 1 del artículo 4 de dicho Reglamento están comprendidas; o bien constituyen ventajas sociales a efectos del artículo 7 del Reglamento n° 1612/68, comprendidas, eventualmente, en el ámbito de la asistencia social. La respuesta a esta cuestión influye en la respuesta a las cuestiones relativas a la posibilidad de exportar las prestaciones de que se trata, a la obligación de afiliación y cotización al seguro, así como a la posibilidad de reembolso de las cotizaciones ingresadas. Por tanto, las cuestiones suscitadas han de examinarse, en primer lugar, a la luz de los artículos 48 y 51 del Tratado y, más concretamente, de los Reglamentos n°s 1408/71 y 1612/68.

25. Habida cuenta de lo que antecede, las disposiciones comunitarias que tienen incidencia en el presente caso son las siguientes:

i) Tratado CE

Párrafo primero del artículo 6: «En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.»

12 — Véanse las sentencias de 23 de mayo de 1996, O'Flynn (C-237/94, Rec. p. I-2617), apartados 24 y 25, y de 13 de marzo de 1997, Huijbrechts (C-131/95, Rec. p. I-1409), apartado 11, y otras.

Apartado 2 del artículo 48: «La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.»

2 *bis*. El presente Reglamento se aplicará a las prestaciones especiales de carácter no contributivo sujetas a una legislación 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:

ii) Reglamento n° 1408/71 ¹³

Artículo 4: «1. El presente Reglamento se aplicará a todas las legislaciones relativas a las ramas de seguridad social relacionadas con:

a) las prestaciones de enfermedad y de maternidad;

b) las prestaciones de invalidez, comprendidas las destinadas a mantener o a mejorar la capacidad de ganancia;

c) las prestaciones de vejez;

a) bien a cubrir, con carácter supletorio, complementario o accesorio, las contingencias 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.»

Artículo 10: «1. A menos que el presente Reglamento disponga otra cosa, las prestaciones en metálico de invalidez, de vejez o de supervivencia, las rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción adquiridos en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros, no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora [...]»

[...]

13 — Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), modificado y actualizado por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1).

Artículo 10 *bis*: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo 10 y en el Título III, las personas a las que se aplica el presente Reglamento

se beneficiarán de las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo mencionadas en el apartado 2 *bis* del artículo 4 exclusivamente en el territorio del Estado miembro en el que residan y con arreglo a la legislación de dicho Estado, siempre que estas prestaciones se mencionen en el Anexo II *bis*. Las prestaciones serán satisfechas por la institución del lugar de residencia y a su cargo.»

iii) Reglamento n° 1612/68 ¹⁴

Artículo 7: «1. En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.

Artículo 19: «1. El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que resida en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente y que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta, en su caso, las disposiciones del artículo 18, disfrutará en el Estado de su residencia:

2. Se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.»

VIII. Sobre el fondo

a) de las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente por la institución del lugar de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique y como si estuviera afiliado a la misma;

A. Calificación del seguro controvertido

26. La calificación jurídica de la legislación controvertida presenta, de entrada, una dificultad práctica, debido a que, como señalé anteriormente, en el presente caso no se ha

b) de las prestaciones en metálico servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique [...]»

¹⁴ — Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77).

materializado la contingencia asegurada. En efecto, los demandantes no se han encontrado en situación de dependencia a efectos de la legislación alemana y, por tanto, nunca les ha sido concedida ni retirada una prestación de dependencia concreta sobre la cual albergue dudas el órgano jurisdiccional remitente.¹⁵ Ello facilitaría sin duda alguna las cosas, dado que el seguro controvertido comprende una serie de prestaciones que presentan singularidades y cuya concentración en una única figura es bastante original. Sin embargo, dado que las observaciones de las partes giran principalmente en torno a las prestaciones en especie y a la asignación por dependencia, acto seguido tendré en cuenta dichas prestaciones, sin, no obstante, perder de vista el marco en que se insertan.

prescindirse de su examen a la luz del otro,¹⁶ mientras que en otras se admite lo contrario.¹⁷

El problema de fondo estriba en si a una misma prestación puede serle aplicado exclusivamente un Reglamento (en cuyo caso se excluye la aplicación del otro), o es posible la aplicación cumulativa de ambos Reglamentos. La importancia de esta cuestión es evidente, dado que los regímenes de ambos cuerpos legales no son idénticos. No obstante, también en este punto se advierten variaciones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.¹⁸

27. En relación con dicha calificación surge, en segundo lugar, un problema de método, tras el cual subyace otro problema de fondo.

El primero versa sobre si el examen debe comenzar por el Reglamento n° 1408/71 o por el Reglamento n° 1612/68. Sobre este extremo, unas sentencias conceden prioridad a un Reglamento, considerando habitualmente que dado que la prestación está comprendida en el primer Reglamento, puede

28. Si bien, como expondré en el lugar indicado, no se excluye que dicha prestación constituya, por su naturaleza, tanto una prestación de Seguridad Social como una ventaja social, lo más correcto es examinar, en primer lugar, si las prestaciones objeto del litigio constituyen prestaciones de Seguridad Social. Y ello porque, en todo caso, tanto las disposiciones del artículo 51 del Tratado como las del Reglamento n° 1408/71 que lo precisan son normas especiales en relación con las disposiciones del artículo 48 del Tratado y el Reglamento n° 1612/68, adoptado en este último.

15 — Desde esta perspectiva, la situación es más clara que en el asunto pendiente Jordy (C-40/97). En dicho asunto, un asegurado alemán que percibía una pensión de invalidez y asignación por dependencia trasladó su residencia a España, con la consecuencia de que la institución alemana competente puso fin al abono de la asignación. El órgano jurisdiccional remitente, por entender que dicha asignación constituye una prestación de enfermedad con arreglo al Reglamento n° 1408/71, pregunta al Tribunal de Justicia si constituye una prestación en especie o en metálico.

16 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de julio de 1992, Hughes (C-78/91, Rec. p. I-4839), apartado 29.

17 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 12 de julio de 1984, Castelli (261/83, Rec. p. 3199), y de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo (C-111/91, Rec. p. I-817), apartado 6.

18 — Véanse los puntos 96 y ss. *infra*.

a) Prestación de Seguridad Social

29. En la jurisprudencia, suele procederse a la calificación de una prestación como «prestación de Seguridad Social» con referencia al Reglamento n° 1408/71 atribuyendo especial importancia, entre otros factores, a la circunstancia de si está o no comprendida en la lista de ramas de Seguridad Social del apartado 1 del artículo 4 del referido Reglamento. En efecto, el carácter de la prestación en tanto que prestación de Seguridad Social se pone de relieve por contraposición a las prestaciones de asistencia social, que están expresamente exceptuadas del ámbito de aplicación del Reglamento con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 de su artículo 4, especialmente en relación con determinadas prestaciones mixtas o híbridas, que participen simultáneamente de una y otra categoría.

30. Así, se ha declarado de forma reiterada que la distinción entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento n° 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.¹⁹

31. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha precisado en varias ocasiones que una prestación

puede considerarse prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales (que constituye una característica de la asistencia social), 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 n° 1408/71.²⁰

32. No obstante, no debe confundirse el concepto de Seguridad Social con las ramas concretas de Seguridad Social que se enumeran taxativamente²¹ en las letras a) a h) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento. En realidad, el concepto de Seguridad Social tiene un contenido más amplio, autónomo y comunitario,²² que se deriva del artículo 51 del Tratado, es decir, de una norma de rango formal superior al del Reglamento n° 1408/71. Es éste el concepto, en tanto que concepto genérico, al que ha de admitirse que se refiere el legislador comunitario en la primera frase del citado apartado 1 del artículo 4 del Reglamento, para seguidamente enumerar, en tanto que especies, determinadas contingencias aseguradas para las cuales optó por adoptar normas de coordinación.

33. Por este motivo, en la jurisprudencia, en especial en relación con las prestaciones mixtas y, en general, con las prestaciones de diffi-

20 — Véanse las sentencias Hughes, citada en la nota 16 *supra*, apartado 15, y Hoever y Zachow, citada en la nota 19 *supra*, apartado 18.

21 — Véase el punto 40 *infra*.

22 — Así lo señaló ya el Abogado General Sr. Mayras en sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Heinze, de 16 de noviembre de 1972 (14/72, Rec. pp. 1105 y ss., especialmente p. 1120), en las que se refirió a un «concepto comunitario de la Seguridad Social».

19 — Sentencias de 27 de marzo de 1985, Hoeckx (249/83, Rec. p. 973), apartado 11; de 10 de octubre de 1996, Hoever y Zachow (asuntos acumulados C-245/94 y C-312/94, Rec. p. I-4899), apartado 17, y otras. Véase, también, la sentencia Hughes, citada en la nota 16 *supra*, apartado 14.

cil clasificación, tras concluirse que la prestación controvertida en cada caso se aproxima más a una prestación de Seguridad Social que a una prestación de asistencia social, a menudo se declara que la prestación «está comprendida, en lo que respecta a las personas contempladas en el Reglamento n° 3, en el ámbito de la Seguridad Social, a efectos del artículo 51 del Tratado y de la normativa comunitaria adoptada con arreglo a dicha disposición»;²³ que «está comprendida, con respecto a las personas contempladas en el Reglamento n° 1408/71, en el ámbito de la Seguridad Social a efectos del artículo 51 del Tratado»,²⁴ o que «está comprendida, en principio, en el ámbito de la Seguridad Social a efectos del artículo 51 del Tratado y no está excluida del Reglamento n° 1408/71, en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 de su artículo 4».²⁵ Una prestación se califica como comprendida en dicho concepto habida cuenta de su «carácter intrínseco de Seguridad Social»,²⁶ es decir, habida cuenta de las características singulares que la convierten en prestación de Seguridad Social y no de otra clase.

conceptos jurídicos indeterminados que fluyen y evolucionan continuamente. Dichos conceptos adquieren un contenido concreto en el momento de su aplicación por el legislador comunitario y, en última instancia, por el Tribunal de Justicia, a la luz del objetivo del artículo 51, que consiste en garantizar la libre circulación de los trabajadores y habida cuenta de la realidad jurídica y social existente en el momento de dicha aplicación. Así sucede también con el concepto de Seguridad Social. Por tanto, el Reglamento n° 3 del Consejo, de 25 de septiembre de 1958, sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes (DO 1958, 30 p. 561), y su sucesor, el Reglamento n° 1408/71, que, al menos inicialmente, se limitaban a la mera coordinación de los regímenes nacionales de Seguridad Social,²⁷ prescindiendo de la definición del referido concepto, procedieron a enumerar las ramas de Seguridad Social más habituales y, quizás, de mayor importancia en su época, absteniéndose de regular los casos de contingencias asegurables especiales o, sencillamente, todavía desconocidas.²⁸

34. El hecho de que los textos citados no contengan una definición del concepto de Seguridad Social (es decir, una delimitación rigurosa del concepto, técnica esta que rara vez se emplea en el Derecho comunitario) no ha de extrañar. El legislador evita «fijar» los

35. En consecuencia, la cuestión de la naturaleza de una prestación en tanto que prestación de Seguridad Social es, en parte, independiente de la relativa a cuál sea la rama particular de la Seguridad Social, de las enumeradas en el Reglamento, a la que pertenece dicha prestación, además de ser previa a esta

23 — Sentencia de 13 de noviembre de 1974, Costa (39/74, Rec. p. 1251), apartado 11.

24 — Sentencias de 9 de octubre de 1974, BIASON (24/74, Rec. p. 999), apartado 15, y de 16 de diciembre de 1976, INZIRILLO (63/76, Rec. p. 2057), apartado 9. Procede señalar que en esta última sentencia se examina, acto seguido, si el interesado está comprendido en el ámbito de aplicación personal del Reglamento (apartado 10).

25 — Sentencia de 5 de mayo de 1983, PISCITELLO (139/82, Rec. p. 1427), apartado 13.

26 — Véanse las sentencias BIASON, citada en la nota 24 *supra*, apartado 12, y de 24 de febrero de 1987, GILETTI (asuntos acumulados 379/85, 380/85, 381/85 y 93/86, Rec. p. 955), apartado 11. Véase, también, la sentencia de 12 de julio de 1990, Comisión/Francia (C-236/88, Rec. p. I-3163), apartado 10 (el subrayado es mío).

27 — A mi entender, es patente que el Reglamento se transforma, con el paso del tiempo, en un instrumento de armonización, al menos parcial, de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social.

28 — Tal como señaló el entonces Abogado General Sr. Mancini, el artículo 4 del Reglamento n° 1408/71 enumera los nueve sectores clásicos mencionados en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) «relativo a la norma mínima de la Seguridad Social» (n° 102, de 28 de junio de 1952), aunque, con muy pocas excepciones (prestaciones familiares, subsidios por defunción, etc.), no determina las distintas prestaciones (véanse sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Valentini, de 5 de julio de 1983, 171/82, Rec. pp. 2157 y ss., especialmente p. 2177).

última. Por tanto, es perfectamente concebible que una prestación constituya una prestación de Seguridad Social en el sentido que dichos términos tienen en el artículo 51 del Tratado y en el Reglamento aunque no esté incluida *también*²⁹ entre las prestaciones (previstas en las legislaciones) a las que se refiere el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento, con la consecuencia de crearse una laguna jurídica.

36. La cuestión que se plantea en relación con los casos que se sitúan en esa laguna entre el artículo 51 del Tratado y la relación contenida en el Reglamento n° 1408/71 consiste en si, a falta de coordinación, dichos casos pueden regularse basándose en las disposiciones del Tratado y en los principios generales del Derecho comunitario. Soy partidario de responder afirmativamente. También aquí se aplica el principio que rige en el ámbito de la adopción de normas sobre la afiliación al seguro y reguladoras de los derechos y obligaciones de los asegurados, que en principio pertenece a la competencia de los Estados miembros. Tal como ha declarado este Tribunal, «corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar las condiciones del derecho o la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social o a una u otra rama de dicho régimen *siempre y cuando a este respecto no se discrimine entre los nacionales del Estado miembro de que se trate y los de los restantes Estados miembros*». ³⁰ Del mismo modo, en el ámbito de la Seguridad Social en general, que interesa al Derecho comunitario en la medida en que afecta a los trabajadores migrantes, los Estados miembros deben respetar los principios

generales del Derecho comunitario, tales como los principios de igualdad de trato, de prohibición de la discriminación y de proporcionalidad.³¹ No obstante, la utilización de normas tan generales constituye, en cierto modo, un *ultimum refugium*, justificado cuando el caso concreto no está regulado en normas jurídicas más específicas.³² Sin embargo, no sucede así en el presente caso.

b) Reglamento n° 1408/71

37. Examinemos, en primer lugar, las prestaciones controvertidas, desde la perspectiva de los demandantes en el procedimiento principal, en relación con el Reglamento n° 1408/71.

38. Debe observarse de entrada que los demandantes están comprendidos dentro del ámbito de aplicación personal del Reglamento n° 1408/71, en la medida en que están sometidos a un régimen de Seguridad Social contra la contingencia de enfermedad en Alemania.³³

29 — Véase la sentencia de 11 de julio de 1996, Otte (C-25/95, Rec. p. I-3745), en la que el Tribunal de Justicia juzgó que la prestación alemana por reconversión de empresas se aproxima a las prestaciones de prejubilación, «aún no reguladas por el Reglamento n° 1408/71» (apartado 33).

30 — Sentencia de 24 de abril de 1980, Coonan (110/79, Rec. p. 1445), apartado 12.

31 — Con este espíritu, el Tribunal de Justicia, en los casos que plantean cuestiones de extranjería, declara de forma reiterada que los Estados miembros deben respetar los principios fundamentales del Tratado, incluso cuando adoptan medidas en ámbitos de su competencia, como la regulación de la propiedad (sentencia de 6 de noviembre de 1984, Fearon, 182/83, Rec. p. 3677, apartado 7) o de la propiedad intelectual (sentencia de 20 de octubre de 1993, Phil Collins y otros, asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145, apartado 22), el sector de los impuestos indirectos (sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93, Rec. p. I-225, apartado 21), etc.

32 — Véase la sentencia Mora Romero, citada en la nota 11 *supra*.

33 — Véase la sentencia de 4 de noviembre de 1997, Snares (C-20/96, Rec. p. I-6057), apartado 28.

39. Acto seguido, aplicando los criterios que han sido elaborados en la jurisprudencia en relación con las prestaciones comprendidas y excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento, debo señalar que éstas constituyen, sin género de dudas, prestaciones de Seguridad Social. En efecto, al margen de que en Alemania se concedían ya en el pasado prestaciones equivalentes a las controvertidas en el marco del Seguro de Enfermedad,³⁴ para estar afiliado al Seguro de Dependencia se requiere la calidad de asegurado contra el riesgo de enfermedad; la situación del asegurado está legalmente definida; el seguro es obligatorio y lleva aparejado el pago de cotizaciones, mientras que la concesión de las prestaciones no es una facultad discrecional de la Administración, no depende de la apreciación de necesidades personales (salvo dentro del marco determinado en la Ley) ni tiene en cuenta, en tanto que criterio único o principal, la concurrencia de una situación de indigencia o de necesidad. Si bien es cierto que la presencia de uno cualquiera de dichos requisitos, por sí solo, quizás no sea decisiva, la concurrencia de todos ellos, sin embargo, puede conferir a las prestaciones controvertidas el carácter de prestaciones de Seguridad Social.

40. Ciertamente, ello no significa que las prestaciones controvertidas estén sometidas, *ipso facto*, al Reglamento n° 1408/71. Como se ha declarado, la enumeración de los riesgos asegurados que figura en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento es taxativa y sólo las legislaciones nacionales de Seguridad Social relativas a dichos riesgos están comprendidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento.³⁵

34 — Véase el punto 7 *supra*.

35 — Sentencias Hoeckx, citada en la nota 19 *supra*, apartado 12, y de 27 de marzo de 1985, Scrivner (122/84, Rec. p. 1027), apartado 16, etc.

41. El examen encaminado a dilucidar si la legislación alemana objeto del litigio está comprendida en uno de estos casos da un resultado negativo, dado que el riesgo de dependencia ciertamente guarda relación con la vejez, la enfermedad y la invalidez, pero no coincide en particular con ninguna de estas contingencias. No obstante, el hecho de que una legislación no encaje directamente en uno de los supuestos referidos no significa que quede excluida, sin más, del ámbito de aplicación del Reglamento. En efecto, este Tribunal ha extendido el ámbito de aplicación material del Reglamento a las legislaciones que presentan una *relación suficiente* con aquellas a las que se aplica expresamente el Reglamento,³⁶ con el resultado de *asimilarlas* a estas últimas.³⁷

42. A primera vista, las prestaciones controvertidas podrían constituir bien prestaciones de enfermedad, bien prestaciones de vejez o bien prestaciones de invalidez.

43. Como ha declarado este Tribunal, «las prestaciones de vejez a que se [refiere] la letra c) del apartado 1 del artículo 4 y el artículo 46 del Reglamento n° 1408/71 se caracterizan, esencialmente, por estar destinadas a asegurar medios de subsistencia a las personas que, una vez alcanzada una determinada edad, abandonan su empleo y no están ya obligadas a ponerse a disposición del servicio de empleo»,³⁸ Dado que las prestaciones controvertidas no están destinadas a alcanzar dicho fin, opino que no presentan una relación tan estrecha con las prestaciones de

36 — Véase la sentencia Otte, citada en la nota 29 *supra*, apartado 23.

37 — Véanse la sentencia Hughes, citada en la nota 19 *supra*, apartado 22, y la sentencia de 20 de junio de 1991, Newton (C-356/89, Rec. p. I-3017), apartados 22 y otros.

38 — Véase la sentencia Valentini, citada en la nota 28 *supra*, apartado 14.

vejez como para poder asimilarlas a éstas. Tampoco reviste importancia decisiva el hecho de que, eventualmente, las prestaciones de dependencia interesen principalmente, desde el punto de vista estadístico, a las personas de edad avanzada, puesto que dicha característica es accidental y no necesaria y, por tanto, no puede calificarse como elemento constitutivo de la prestación.

44. Por razones análogas, soy del parecer de que las prestaciones controvertidas no presentan el grado exigido, en el presente caso, de relación con las prestaciones de invalidez para asimilarlas a éstas.

45. Resta por examinar las prestaciones controvertidas en relación con las prestaciones de enfermedad.

46. Para empezar, debe señalarse que el concepto de «prestaciones de enfermedad» tiene contenido comunitario y ha de interpretarse de manera uniforme.³⁹ No obstante, la delimitación de dicho concepto, que no se define en el Reglamento n° 1408/71, no puede realizarse con criterios médicos estrictos, sino

que ha de hacerse sobre la base de criterios jurídicos y de la experiencia común. Desde esta perspectiva, reviste importancia, por un lado, la circunstancia de que el artículo 18 del Reglamento (CEE) n° 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n° 1408/71 (DO L 74, p. 1; EE 05/01, p. 156), vincula las prestaciones de enfermedad en metálico a la incapacidad laboral y, por otro, el hecho de que los casos especiales de enfermedad se regulan por separado en el Capítulo 4 del Título III del Reglamento n° 1408/71 (Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales).⁴⁰ De ello se infiere que el concepto de enfermedad del Capítulo 2 del Título II, que constituye el *ius commune* en materia de enfermedad, ha de ser interpretado de forma amplia, de tal modo que englobe todo debilitamiento del organismo que implique la incapacidad para el trabajo, siempre que no esté regulado en un capítulo específico del Reglamento. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha interpretado de forma amplia el concepto de prestaciones de enfermedad, en el sentido de que comprenden también las prestaciones cuya finalidad consiste, por ejemplo, en la prevención y la reincorporación de la persona afectada a la vida activa. Así, a la hora de calificar una legislación que tenía por objeto la curación y la protección del entorno de los tuberculosos, en la sentencia Heinze⁴¹ el Tribunal de Justicia subrayó, en primer lugar, que el concepto de Seguridad Social incluía un fin de protección profiláctica, que no puede asimilarse a una mera medida de asistencia

40 — Sentencia de 12 de marzo de 1987, Rindone (22/86, Rec. p. 1339).

41 — Citada en la nota 22 *supra*. Debe señalarse, en especial, que la legislación alemana controvertida en aquel asunto contemplaba distintas prestaciones análogas a las que son objeto de litigio en el presente asunto, tales como el tratamiento médico a domicilio u hospitalario; prestaciones en especie, como la asignación de subsistencia, la ayuda a la integración o reintegración en la vida activa, así como prestaciones especiales, tales como una ayuda para la contratación de una persona que prestase asistencia al interesado o un sustituto de esta persona (véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Mayras, Rec. 1972, p. 1119).

39 — Sentencia de 10 de enero de 1980, Jordens-Vosters (69/79, Rec. p. 75), apartado 7.

(apartado 4). Acto seguido, el Tribunal declaró que «una disposición que establece un vínculo directo entre la condición de afiliado a un régimen de Seguro de Pensión y la adquisición de un derecho a las prestaciones a cargo de las instituciones del Seguro de Pensión en favor de los asegurados y sus derechohabientes, por haber contraído la tuberculosis, y ello con la finalidad, en particular, de asegurar su curación, debe considerarse comprendida en una legislación de Seguridad Social» (apartado 5), y que «las prestaciones de Seguridad Social que, sin guardar relación con la “capacidad de ganancia” del asegurado, se conceden igualmente a los miembros de su familia y tienden, principalmente, a la curación del enfermo y la protección de su entorno, deben considerarse prestaciones de enfermedad» (apartado 2 del fallo).

47. Teniendo en cuenta lo que antecede y las características, antes expuestas, de la legislación objeto de litigio,⁴² en especial el hecho de que la afiliación al Seguro de Dependencia es consecuencia obligatoria y automática de la afiliación al Seguro de Enfermedad, me inclino a considerar que la legislación controvertida se refiere a la dependencia en tanto que debilitamiento, es decir, disminución de las fuerzas corporales asimilada, en sentido amplio, a la enfermedad.⁴³ Su finalidad es completar y ampliar el Seguro de Enfermedad, bien a través de las prestaciones de enfermedad anteriormente existentes, que se

mantienen tal cual o se enriquecen con nuevos elementos, o bien a través de nuevas prestaciones que, en todo caso, sirven al mismo fin. Habida cuenta de ello, este seguro, en su totalidad, en tanto que sistema de prestaciones, parece a primera vista una «nueva rama» de la Seguridad Social, que plantea determinadas dificultades para su clasificación en las categorías tradicionales del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento n° 1408/71. No obstante, en mi opinión, mediante la adecuada interpretación extensiva de los términos «Seguridad Social» y «enfermedad», por un lado, y habida cuenta de las características del seguro controvertido, por otro, este último se asimila a un Seguro de Enfermedad. En consecuencia, también las prestaciones objeto de litigio deberían asimilarse a prestaciones de enfermedad en sentido amplio. En este punto, por lo demás, parecen coincidir las posturas de casi todas las partes que presentaron observaciones escritas (partes demandantes y Gobiernos alemán, austriaco y sueco), salvo la Comisión, que vacila a la hora de relacionar la dependencia con una contingencia concreta y alega la necesidad de adoptar normas de coordinación.

48. Debe señalarse que, desde un punto de vista práctico, la dependencia en el sentido antes expuesto se asocia sin dificultad a las restantes contingencias previstas en el Reglamento n° 1408/71, de las que es, en realidad, consecuencia. Ello facilita también el funcionamiento de las prestaciones de dependencia en tanto que prestaciones de enfermedad, dado que estas últimas, al comprender diversas prestaciones en especie y en metálico, se asocian más fácilmente a las prestaciones

42 — Véanse los puntos 7 y ss., y 39 *supra*.

43 — No puedo eludir señalar que en la lengua griega, de la cual, al igual que de la latina, procede principalmente el vocabulario médico internacional, la palabra «ασθενεια» se deriva, etimológicamente, del prefijo de negación «α» y el término «σθένος» (fuerza, vigor), y significa tanto la «enfermedad» como la «falta de fortaleza, vigor, fuerza». Precisamente dicha carencia caracteriza la situación de dependencia. Debe señalarse que la referida palabra «ασθενεια» (francés: *asthénie*; inglés: *asthenia*; italiano y español: *astenia*; alemán: *Asthenie*), en la terminología médica internacional, significa un debilitamiento patológico de las facultades corporales.

relativas a los otros riesgos asegurables, que, por regla general, sólo comprenden prestaciones en metálico.⁴⁴

c) Prestación en especie o prestación en metálico

49. Una última observación para concluir mi exposición relativa a la calificación jurídica de las prestaciones. Poco antes señalaba el, a mi juicio, débil vínculo existente entre las prestaciones de dependencia y las prestaciones de vejez e invalidez. Dicho débil vínculo no permite, a mi entender, considerar que entre los riesgos de vejez o invalidez y el de dependencia, así como entre las respectivas prestaciones, exista una relación de «principal» a «accesorio». Es cierto que en las sentencias Biason, Giletti, y Comisión/Francia⁴⁵ se declaró que un subsidio suplementario destinado a complementar pensiones de vejez, invalidez y supervivencia formaba parte del régimen de Seguridad Social del Reglamento, en la medida en que constituía, de pleno derecho, un elemento accesorio de prestaciones ya comprendidas en el Reglamento. Sin embargo, soy del parecer de que dicha jurisprudencia no puede aplicarse al caso presente, al menos en lo que respecta a las prestaciones de dependencia en especie entendidas en sentido estricto, básicamente por dos razones. En primer lugar, en aquellos asuntos se trataba de prestaciones de la misma naturaleza (pensión y complemento de pensión, es decir, prestaciones en metálico), lo que no sucede necesariamente en el presente asunto. En segundo lugar, dicho complemento constituye «de pleno derecho» un elemento accesorio de la pensión básica, mientras que en el presente asunto la concesión de prestaciones de dependencia constituye, meramente, una eventual consecuencia de la materialización de otras contingencias.

50. Si se considera que las prestaciones controvertidas constituyen prestaciones de enfermedad, deberá examinarse ya la cuestión relativa a si constituyen prestaciones en especie o en metálico. Dicha cuestión se suscita exclusivamente en lo que respecta a la asignación por dependencia, dado que no se plantea duda alguna en relación con las restantes prestaciones. La cuestión reviste importancia principalmente a propósito de la posibilidad de exportación de la asignación por dependencia, posibilidad que será examinada a continuación.

51. El Gobierno alemán, invocando la sentencia Vaassen-Göbbels,⁴⁶ sostiene que la asignación por dependencia constituye un sucedáneo de prestaciones en especie. Y ello porque, básicamente, se concede en lugar de las restantes prestaciones de dependencia que contempla el SGB. El Gobierno alemán añade que el asegurado, pese a que no está obligado a aportar pruebas de la realización de gastos concretos debidos a su situación de dependencia, se somete no obstante a controles periódicos destinados a comprobar hasta qué punto la asignación se destina a cubrir las necesidades derivadas de la dependencia, pudiendo ponerse fin al abono de la asignación si el resultado de dichos controles es negativo.

44 — Véase la sentencia Jordens-Vosters, citada en la nota 39 *supra*, apartado 7.

45 — Citadas en la nota 26 *supra*.

46 — Sentencia de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Rec. p. 377).

52. Por el contrario, los demandantes, los Gobiernos austriaco y sueco, y la Comisión consideran que la referida asignación constituye una prestación en metálico. A este respecto, señalan que la asignación mensual por dependencia es de importe fijo, no se abona en atención a la realización de gastos concretos y no existe un control organizado sobre la forma en que se utiliza.

53. Según la jurisprudencia, el concepto de «prestaciones en especie» no excluye que la prestación consista en el abono de una suma de dinero por parte de la institución deudora, por ejemplo, en forma de reembolso de gastos médico-farmacéuticos efectuados por el asegurado, y es indiferente que dichas sumas se abonen al propio trabajador o a terceros.⁴⁷ Por otro lado, las prestaciones en metálico están esencialmente destinadas a compensar la pérdida de salario del trabajador enfermo y, por tanto, pretenden sufragar sus gastos de subsistencia, a los que, de otro modo, no podría hacer frente.⁴⁸

54. En este caso concreto, no puede pasarse por alto la circunstancia de que la asignación por dependencia controvertida se abona con el fin de que el asegurado consiga, él mismo, la asistencia adecuada, bajo la supervisión periódica de la institución competente. Desde esta perspectiva, la asignación por dependencia se asimila a una prestación en especie, tal como sostiene el Gobierno alemán.

55. Por otro lado, sin embargo, dicha asignación no reviste el carácter de un reembolso de gastos concretos de asistencia, como sucedía en el asunto Vaassen-Göbbels. Por el contrario, como correctamente subrayan las restantes partes que presentaron observaciones, la cuantía de la asignación mensual es fija en función del grado de dependencia y asciende, como antes se señaló,⁴⁹ a la mitad del límite máximo mensual de las prestaciones en especie para la categoría I y a un importe inferior a la mitad para las categorías II y III. Asimismo, mientras que en los casos graves de la categoría III se contempla la posibilidad de incrementar las prestaciones en especie, que yo sepa no se contempla tal posibilidad en lo que respecta a la asignación correspondiente a dicha categoría. Desde este punto de vista, la asignación por dependencia no parece constituir un «sucedáneo» de prestaciones en especie. Si bien no se excluye que una institución aseguradora cubra tan sólo una parte de los gastos efectuados por el asegurado, también en estos casos suele reembolsarse un *porcentaje* de los gastos, circunstancia que no concurre en el caso de autos.

56. Por otra parte, en el presente caso reviste singular importancia la misma posibilidad que ofrece la legislación alemana al asegurado de elegir él mismo la forma adecuada de asistencia, normalmente a través de un familiar y, en general, de una persona de su confianza. La Ley contempla dicha posibilidad también en los casos graves de la categoría III, y no parece que existan normas estrictas ni limitaciones con respecto a la libertad de que dispone el asegurado para solicitar el abono de sumas de dinero en lugar de prestaciones en especie. Esa libertad de elección no aconseja en modo alguno calificar la asignación controvertida como prestación de enfermedad en especie o sucedáneo

47 — Sentencia Vaassen-Göbbels, citada en la nota 46 *supra*.

48 — Sentencias de 2 de mayo de 1996, Paletta (C-206/94, Rec. p. I-2357), apartado 20; de 6 de abril de 1995, Del Grosso (C-325/93, Rec. p. I-939), apartado 25, y Vaassen-Göbbels, citada en la nota 46 *supra*.

49 — Véase la nota 7 *supra*.

de ésta. En efecto, en relación con las prestaciones de enfermedad en especie y, sobre todo, en los casos graves, el asegurado está obligado, por regla general, a someterse a la terapia o al tratamiento determinados por el médico y no puede definirlos a su antojo, y mucho menos hacerse él mismo cargo de dicha terapia o tratamiento a cambio de una suma de dinero a tanto alzado.

los controles administrativos y médicos que realiza la institución del lugar de residencia (o los controles médicos que puede realizar la institución competente): a saber, comprobar si concurre (o sigue concurriendo) la incapacidad para el trabajo, con objeto de que el trabajador perciba (o continúe percibiendo) prestaciones de enfermedad en metálico en su lugar de residencia.

57. Por último, el hecho de que el asegurado se someta a controles periódicos y la circunstancia de que el abono de la asignación pueda interrumpirse bajo determinadas condiciones que, lo confieso, no he acabado de comprender, no es a mi entender decisivo. Y ello porque dichas condiciones parecen destinarse a comprobar que continúan cumpliéndose los requisitos establecidos en la Ley para la concesión de la asignación (es decir, si el asegurado continúa encontrándose en situación de dependencia o se ha restablecido, en cuyo caso, lógicamente, debe ponerse fin al abono de la asignación, así como si el grado de dependencia sigue siendo el mismo o su situación ha mejorado o se ha agravado, en cuyo caso ha de estudiarse su inclusión en otra categoría y, por tanto, el abono de la asignación correspondiente a esa nueva categoría), más que a controlar la forma de utilización de dicha asignación en la práctica.

Por otra parte, la realización de dichos controles no tiene nada de particular. De conformidad con el artículo 18 del Reglamento n° 574/72, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento n° 1408/71, esa es la finalidad a la que sirven

58. Habida cuenta de estas últimas características de la asignación controvertida, que son las predominantes, soy del parecer de que constituye una prestación de enfermedad en metálico, destinada a compensar la pérdida del salario o, en su caso, de la pensión, que sufriría el asegurado en razón del incremento de gastos que ocasiona su estado de salud debilitado.⁵⁰

B. Exportabilidad

59. Pasemos ya a examinar la cuestión de la posibilidad de exportar las prestaciones objeto de litigio y, en particular, la asignación por dependencia. A este respecto, el Gobierno alemán sostiene que la asignación por dependencia, en tanto que «sucedáneo» de prestaciones de enfermedad en especie, no puede en principio exportarse siempre que el Estado de residencia no conceda prestaciones

50 — Bien sea debido a la compra de bienes materiales, bien debido al pago de un salario a un tercero que le presta servicios, o bien debido a los gastos consistentes en atenciones para con el familiar o voluntario, a quien no resulta apropiado satisfacer un «salario».

similares [letra a) del apartado 1 del artículo 19 del Reglamento n° 1408/71]. Por el contrario, las restantes partes que presentaron observaciones opinan que la controvertida asignación por dependencia, en tanto que prestación en metálico, es exportable bien con arreglo al apartado 1 del artículo 19 del Reglamento n° 1408/71 (demandantes y Gobierno austriaco) o bien de conformidad con el artículo 7 y el apartado 2 del artículo 48 del Tratado (Gobierno sueco y Comisión).

se llega en virtud de las propias disposiciones comunitarias citadas, sin que sea necesario acudir al apartado 2 del artículo 48 del Tratado ni al apartado 1 del artículo 3 del Reglamento n° 1408/71, que establecen el principio de prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad.⁵²

60. Antes de referirme a las disposiciones del Tratado, examinaré la cuestión de la exportabilidad en el marco del Reglamento.

62. Pasemos, no obstante, a examinar si la conclusión sería la misma si se tratara estrictamente de prestaciones de enfermedad en especie.

61. Si se acoge mi tesis, antes expuesta, según la cual la asignación controvertida constituye una prestación de enfermedad en metálico, las cosas se simplifican. Según la letra b) del apartado 1 del artículo 19 del Reglamento n° 1408/71, disposición en la que se concreta el mandato enunciado en la letra b) del artículo 51 del Tratado, no se permite suprimir dicha prestación por el mero hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora.⁵¹ Por consiguiente, toda cláusula de residencia incluida en una legislación nacional cuyo resultado consista en obstaculizar la exportación de una prestación de enfermedad en metálico es contraria a esas disposiciones y el Juez nacional debe dejarla inaplicada. A este resultado

63. Debo decir de entrada, que no comparto el punto de vista del Gobierno alemán según el cual unas prestaciones como las controvertidas, aun suponiendo que constituyan ambas prestaciones de enfermedad en especie, no pueden exportarse siempre y cuando no existan, en otros Estados miembros, prestaciones de dependencia análogas a las alemanas.

64. A mi juicio, la letra a) del apartado 1 del artículo 19 del Reglamento n° 1408/71⁵³ no significa que las prestaciones de enfermedad sean servidas por la institución del Estado de residencia únicamente cuando este último

51 — Véase la sentencia Newton, citada en la nota 37 *supra*, apartado 24, en relación con una prestación de invalidez comprendida en el artículo 10 del Reglamento n° 1408/71.

52 — Véase la sentencia de 7 de noviembre de 1973, Smieja (51/73, Rec. p. 1213), apartados 10 y ss.

53 — Me refiero a este artículo debido, sencillamente, a que versa sobre los trabajadores por cuenta ajena en activo, como son los demandantes, y a que lo han invocado las partes. En todo caso, lo que tiene validez en relación con dicho artículo la tiene también en relación con los restantes artículos del Capítulo I del Título III del Reglamento, que están formulados en los mismos términos (véase el punto 70 *infra*).

dispone de un «régimen» o «rama» de enfermedad equivalente al del Estado de empleo, sino también cuando la institución tiene, objetivamente, la posibilidad de satisfacer la prestación solicitada, con independencia de la concreta denominación del régimen de Seguridad Social en que se incluya la prestación de que se trata.

65. En efecto, en la sentencia Jordens-Vosters⁵⁴ se declaró que por «prestación de enfermedad» debe entenderse toda prestación servida en caso de enfermedad, incluida, por ejemplo, la asistencia sanitaria, cualquiera que sea el tipo de legislación social en que se prevean dichas prestaciones, siempre que se trate de una legislación relativa a una rama de Seguridad Social que se refiera a ellas (apartado 8).

En consecuencia, dichas prestaciones «engloban las prestaciones previstas por una legislación en materia de invalidez y que revisten el carácter de prestaciones en concepto de asistencia sanitaria de naturaleza médica o quirúrgica» (apartado 9).

66. Además, en la misma sentencia el Tribunal declaró que el Reglamento n° 1408/71, que «establece un conjunto de normas basadas, en especial, en la prohibición de las discriminaciones por razón de la nacionalidad o residencia y en la conservación por el trabajador de los derechos adquiridos en virtud del régimen o los regímenes de Seguridad

Social que se le aplican o se le han aplicado» (apartado 11), no puede interpretarse, habida cuenta también de los artículos 19 y 28 del mismo, en el sentido de que prohíbe a la institución del Estado de empleo conceder al asegurado residente en otro Estado miembro prestaciones sociales complementarias a las que no tiene derecho si bien la institución del Estado de empleo está facultada para concedérselas (apartados 13 y 14).

67. Por otro lado, en la sentencia Pierik I,⁵⁵ tras declarar que «situado en el marco de los objetivos generales del Tratado, el artículo 22 del Reglamento [n° 1408/71] se cuenta entre las medidas destinadas a permitir al trabajador nacional de uno de los Estados miembros de la Comunidad disfrutar, cualquiera que sea la institución nacional a la que esté afiliado o su lugar de residencia, de las prestaciones en especie servidas en cualquier otro Estado miembro» (apartado 14).

El Tribunal estimó que los términos «prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia» [inciso i) del apartado 1 del artículo 22] no designan únicamente las prestaciones en especie servidas en el Estado miembro de residencia, sino también las prestaciones que la institución competente tiene la posibilidad de servir (apartado 21).

Y ello porque, como declaró el Tribunal de Justicia, el Reglamento exige que se concedan al trabajador los cuidados más adecuados a su estado de salud y más eficaces, cualesquiera que sean su lugar de residencia o el lugar, dentro de la Comunidad, en que estén disponibles dichos cuidados (apartados 17 y 22).

54 — Citada en la nota 39 *supra*.

55 — Sentencia de 16 de marzo de 1978, Pierik I (117/77, Rec. p. 825).

68. Por otro lado, en la sentencia Pierik II,⁵⁶ el Tribunal de Justicia, corroborando y completando la sentencia Pierik I, juzgó, también en relación con el apartado 1 del artículo 22 del Reglamento n° 1408/71, que la institución del Estado miembro al que acude el interesado para someterse al tratamiento adecuado a su estado de salud, previa autorización de la institución del Estado de empleo, debe dispensarle el tratamiento de que se trata «aun cuando, en virtud de la legislación que aplique, no tenga una obligación sino solamente la facultad de concederlo» (apartados 13 y 15).

69. Ciertamente, en las sentencias Pierik I y II, el Tribunal de Justicia interpretó el artículo 22 del Reglamento n° 1408/71, que se refiere a prestaciones de enfermedad en especie en caso de *estancia*, es decir, de estancia provisional del trabajador en el extranjero [letra i) del artículo 1], mientras que «el artículo 19 se refiere al trabajador que resida en un Estado miembro distinto del Estado competente, es decir al trabajador que tenga allí el lugar de su “estancia habitual” [letra h) del artículo 1 del mismo Reglamento]». ⁵⁷

70. Sin embargo, el tenor casi idéntico de ambos artículos [letra a) del apartado 1 del artículo 19 e inciso i) del apartado 1 del artículo 22; como por otra parte, también el de la letra a) del apartado 1 del artículo 25 y la letra a) del apartado 1 del artículo 28] no permite dudar, a mi entender, que a *todas* las prestaciones de enfermedad en especie del Capítulo 1 del Título III del Reglamento

deben serles aplicables los mismos principios.⁵⁸ Por consiguiente, en su Estado de residencia, el trabajador debe disfrutar de todas las prestaciones de enfermedad en especie que puede concederle la legislación de dicho Estado, al margen de la denominación concreta del régimen de protección social que comprenda dichas prestaciones. En otras palabras, la institución del Estado de residencia sólo puede denegar la satisfacción de la prestaciones en especie cuando los cuidados que requiere el estado de salud del asegurado son enteramente desconocidos y la institución no tiene ninguna posibilidad de prestarlos, y no por el mero hecho de que su legislación no reconozca prestaciones de dependencia autónomas o reconozca las prestaciones de esa clase sólo en el marco de otra rama de Seguridad Social.

71. En efecto, sería incoherente y contrario a los fines que persigue el Reglamento afirmar que este último, en caso de estancia temporal del trabajador asalariado en otro Estado miembro, exige una protección de su salud de alta calidad y con todos los medios disponibles, mientras que en caso de que su estancia en el mismo Estado miembro sea habitual, se conforma con una protección de su salud de calidad inferior o basada en el empleo de los medios ordinarios.

72. Si así sucede con las prestaciones en especie en sentido estricto, no veo ninguna

56 — Sentencia de 31 de mayo de 1979, Pierik II (182/78, Rec. p. 1977).

57 — Sentencia de 10 de marzo de 1992, Twomey (C-215/90, Rec. p. I-1823), apartado 15.

58 — Véase la sentencia Twomey, citada en la nota precedente, apartado 16.

dificultad para la exportación de la asignación por dependencia, ni siquiera suponiendo que constituya un sucedáneo de las prestaciones de enfermedad en especie, tal como sostiene el Gobierno alemán. En efecto, en ese caso no concurre ninguna de las razones prácticas que pueden dificultar la exportación de las prestaciones de enfermedad en especie en sentido estricto (incapacidad de la institución del lugar de residencia para servir prestaciones análogas, etc.). Y ello porque, como ya se ha señalado, si el asegurado opta por percibir la asignación por dependencia, se encarga él mismo de conseguir los cuidados necesarios de un familiar o persona de su confianza. Así pues, siempre que estas personas se encuentren en su lugar de residencia, no alcanzo a comprender cómo podría negársele el derecho a recibir la asistencia de esas personas en dicho lugar.

beneficiario traslada su residencia al extranjero. Planteada una cuestión relativa a la validez del artículo 77, en la medida en que no incluía esas dos asignaciones, el Tribunal de Justicia juzgó, si lo he interpretado correctamente, que dicho artículo tiene validez dado que comprende todas las prestaciones familiares que se conceden basándose en criterios objetivos, tales como el número de hijos y la edad. Por el contrario, las prestaciones de otra naturaleza [manifiestamente, el subsidio de «salario único»] y la del subsidio de reapertura del curso escolar, que está «destinada a cubrir ciertos gastos ocasionales por la reapertura del curso escolar de los menores, están estrechamente ligadas, en su mayor parte, al entorno social y, por consiguiente, a la residencia de los interesados» (apartado 16).

73. El Gobierno alemán alegó que la imposibilidad de exportar las prestaciones en el presente caso se justifica en razón de la estrecha vinculación del seguro controvertido con el entorno social y económico concreto de Alemania.

74. En la sentencia Lenoir,⁵⁹ el Tribunal de Justicia diferenció entre prestaciones familiares, que están comprendidas en el artículo 77 del Reglamento nº 1408/71, y prestaciones excluidas del mismo. Así, juzgó que estaban excluidas dos prestaciones familiares previstas en la legislación francesa, a saber, los subsidios de «salario único» y de «reapertura del curso escolar» (apartado 11), con la consecuencia de que no pueden exportarse si el

75. En el presente caso, sin embargo, no puede aplicarse esta jurisprudencia. En efecto, de conformidad con cuanto ya se ha expuesto,⁶⁰ la asignación por dependencia complementa y mejora las prestaciones de enfermedad y, por tanto, se asimila a prestaciones de enfermedad a efectos de la letra a) del apartado 1 del artículo 4 y del artículo 19 del Reglamento, no estando excluida por otra disposición. Habida cuenta de ello, no puede correr distinta suerte que las prestaciones a las que se asimila.⁶¹ Por otra parte, en mi opinión dicha asignación no está específicamente vinculada al entorno social y económico alemán, dado que, en todo caso, el riesgo asegurado es común a todos los Estados miembros, con independencia de que lo cubran distintos regímenes de protección

59 — Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Lenoir (313/86, Rec. p. 5391).

60 — Véase el punto 47 *supra*.

61 — Véase la sentencia Comisión/Francia, citada en la nota 26 *supra*, apartado 13.

social y de que las prestaciones concedidas sean, en parte, de naturaleza o cuantía diferentes.

C. Afiliación al seguro y sus consecuencias

a) Afiliación al seguro

76. En lo que respecta a la alegación del Gobierno alemán basada en la dificultad de efectuar los controles en el extranjero, ya ha sido examinada en la medida necesaria en el punto 57 de estas conclusiones. Así pues, me limitaré a recordar que, según reiterada jurisprudencia, las dificultades prácticas que plantea la aplicación de los Reglamentos vigentes no pueden perjudicar los derechos que los principios de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social conceden a los particulares, cuando los problemas prácticos siempre pueden someterse a la Comisión administrativa prevista en la letra d) del artículo 81 del Reglamento n° 1408/71.⁶²

En todo caso, no cabe aceptar que dificultades de índole práctica puedan conducir a la pérdida del derecho a prestaciones, en especial cuando se trata de trabajadores fronterizos, como son los demandantes en el procedimiento principal. En efecto, como correctamente subrayan estos últimos, aun cuando la institución alemana competente deseara examinar al asegurado con sus propios médicos, la realización de dicho examen no sería ni difícil ni particularmente costosa al tratarse de trabajadores que tienen su domicilio a pocos kilómetros de distancia de la frontera franco-alemana.

77. En sus pretensiones tercera y cuarta aducidas ante el órgano jurisdiccional remitente, los demandantes solicitaron, con carácter subsidiario (es decir, en caso de que se declarase que carecen de derecho a prestaciones por residir fuera de Alemania) ser dispensados de la obligación de afiliación al seguro y obtener el reembolso de las cotizaciones ingresadas.

78. El órgano jurisdiccional nacional consideró importantes dichas pretensiones, por entender, tácitamente, que la cláusula de residencia que impone la legislación alemana no suscita problemas a la luz del Derecho comunitario.

79. Ya he expuesto mi punto de vista según el cual el seguro controvertido se ha comprendido en el capítulo relativo a las prestaciones de enfermedad del Reglamento n° 1408/71, que regula, entre otras, las cuestiones relacionadas con la exportación de las prestaciones de Seguridad Social de que se trata, así como que una cláusula de residencia como la prevista en el artículo 34 del SGB es contraria a las disposiciones del Reglamento.

62 — *Ibidem*, apartado 17; véase, también la sentencia de 28 de mayo de 1974, *Callemeyn* (187/73, Rec. p. 553), apartado 12, y otras.

Si se acoge esta interpretación, que acoge básicamente las pretensiones principales de los demandantes, huelga examinar las cuestiones suscitadas por sus pretensiones subsidiarias. Por ello, me limitaré tan sólo a tratar de forma sinóptica dichas cuestiones.

80. Este Tribunal ha declarado de forma reiterada que en el estado actual del Derecho comunitario los Estados miembros conservan su competencia para regular sus sistemas de Seguridad Social.⁶³ Entre las condiciones y requisitos de afiliación a un régimen legal de Seguridad Social, como el objeto de debate, se incluyen tanto la obligación de afiliación a una determinada rama de la Seguridad Social como la obligación de cotizar para la financiación de dicha rama. En efecto, dichos regímenes persiguen una finalidad social y se inspiran en el principio de solidaridad, que exige la obligación de afiliación a los mismos y el pago de cotizaciones a fin de garantizar su equilibrio financiero y su subsistencia.⁶⁴

81. No obstante, como ya he expuesto,⁶⁵ la facultad que tienen los Estados miembros para legislar en el ámbito de la Seguridad

Social no es ilimitada. Encuentra su límite en los artículos 48 a 51 del Tratado, que no permiten la adopción de medidas en materia de Seguridad Social que redunden, directa o indirectamente, en perjuicio de los trabajadores migrantes. Así, según la jurisprudencia, la regulación de los requisitos del derecho o de la obligación de afiliación a un régimen o rama de la Seguridad Social, al igual que la de las consecuencias de dicha afiliación, corresponde a la competencia de los Estados miembros, *siempre y cuando a este respecto no se discrimine entre los nacionales del Estado miembro de que se trate y los de los restantes Estados miembros*.⁶⁶ En efecto, no se alcanzaría la finalidad del artículo 51 del Tratado si los Estados miembros pudieran definir los requisitos de adquisición o de conservación del derecho a prestaciones de tal modo que sólo los nacionales del Estado miembro interesado pudiera reunirlos, o requisitos de supresión o suspensión de este derecho de tal modo que se cumplan más fácilmente por los nacionales de los demás Estados miembros que por los nacionales del Estado miembro del que depende la institución competente.⁶⁷

82. En el presente asunto, no se discute el hecho de que los demandantes, a través de su afiliación obligatoria al régimen alemán del Seguro de Dependencia, adquirieron en principio el derecho a las correspondientes prestaciones, sino simplemente si su derecho adquirido puede suspenderse debido a la circunstancia de que residen en otro Estado miembro. Por otro lado, su afiliación al

63 — Sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16; de 17 de febrero de 1993, Poucet et Pistre (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637), apartado 6, y de 26 de marzo de 1996, García y otros (C-238/94, Rec. p. I-1673), apartado 15.

64 — Véanse las sentencias Poucet et Pistre, apartados 8 a 13, y García y otros, apartado 14, antes citadas.

65 — Véase el punto 36 *supra*.

66 — Véase la sentencia Coonan, citada en la nota 30 *supra*, apartados 12 y 15.

67 — Sentencias de 28 de junio de 1978, Kenny (1/78, Rec. p. 1489), apartado 17, y de 4 de octubre de 1991, Paraschi (C-349/87, Rec. p. I-4501), apartado 23.

seguro se efectuó como consecuencia de su afiliación al Seguro de Enfermedad, es decir, con criterios objetivos y con independencia de su lugar de residencia. Por tanto, en el presente caso, es lícita la obligación que impone la legislación alemana⁶⁸ a los demandantes de afiliarse y cotizar al Seguro de Dependencia alemán, pese a que residen en otro Estado miembro, y con razón, por ello, invoca el Gobierno alemán el principio de solidaridad.

83. Asimismo, este Tribunal ha declarado que el Reglamento n° 3 (al igual que el Reglamento n° 1408/71) contempla las legislaciones nacionales en su conjunto y que, en consecuencia, la cuestión del reembolso de las cotizaciones está comprendida en su ámbito de aplicación en la medida en que esté regulada por las legislaciones nacionales, aplicando únicamente los principios generales establecidos en el Reglamento, tales como el principio de igualdad de trato y de supresión de las cláusulas de residencia.⁶⁹ Así las cosas, el Reglamento n° 3 no impedía el reembolso de las cotizaciones que, en determinadas circunstancias, preveía la legislación nacional, aun cuando el asegurado estuviese sometido a continuación al seguro obligatorio de otro Estado miembro, dado que ello menoscabaría la libertad del asegurado para juzgar sobre sus propios intereses en el

marco de las opciones que le ofrece una legislación nacional.⁷⁰

84. En algunas de sus disposiciones, el Reglamento n° 1408/71 se refiere a cuestiones relacionadas con el reembolso de cotizaciones. Así, en la letra t) del artículo 1 se dispone que el término «prestaciones» designa, entre otras cosas, los pagos efectuados en concepto de reembolso de cotizaciones; el apartado 2 del artículo 10 establece que si la legislación nacional subordina el reembolso de las cotizaciones a la condición de que el interesado haya dejado de estar sujeto al seguro obligatorio, esta condición no se considerará satisfecha mientras el interesado esté sujeto, en calidad de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, al seguro obligatorio de otro Estado miembro, etc. No obstante, dichas disposiciones remiten, fundamentalmente, al derecho al reembolso de cotizaciones tal como éste se contempla, eventualmente, en cada una de las legislaciones aplicables, no estableciendo, sin embargo, un derecho comunitario al reembolso de las cotizaciones.

Por último, también el artículo 17 *bis* del Reglamento, que fue mencionado por el Gobierno austriaco y versa sobre el derecho del titular de una pensión o renta a solicitar, con determinados requisitos, su exención de la aplicación de la legislación de su Estado de residencia, es enteramente singular y no puede aplicarse por analogía, ni cabe deducir del mismo ningún principio general.

85. En consecuencia, los demandantes no pueden solicitar su exclusión del seguro ni el

68 — En tanto que *lex loci laboris* y, en consecuencia, aplicable de conformidad con la letra a) del apartado 2 del artículo 13 y el apartado 1 del artículo 19 del Reglamento n° 1408/71 (véase la sentencia de 8 de junio de 1995, Delavant, C-451/93, Rec. p. I-1545, apartado 14).

69 — Sentencia de 5 de mayo de 1977, Jansen (104/76, Rec. p. 829), apartados 6 y 7. Véase, también, la sentencia de 16 de diciembre de 1993, Leguaye-Neelsen (C-28/92, Rec. p. I-6857), apartados 12 y 21.

70 — Sentencia Jansen, citada en la nota 69 *supra*, apartado 12.

reembolso de las cotizaciones, salvo si así lo permite la legislación nacional aplicable.

b) La percepción de prestaciones en tanto que compensación de la afiliación al seguro

86. Si la obligación de afiliación y cotización al seguro no es contraria al Derecho comunitario, se pregunta si los asegurados adquieren un derecho comunitario a las correspondientes prestaciones, tal como sostiene, en particular, el Gobierno austriaco.

87. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el Derecho comunitario concibe la relación entre cotizaciones y prestaciones como una relación que genera derechos y obligaciones recíprocos. En el marco de dicha relación, las prestaciones de la Seguridad Social constituyen la compensación del pago de las cotizaciones, de tal modo que la obligación de afiliación al seguro da lugar al nacimiento del derecho a disfrutar de las correspondientes prestaciones.

88. Así, se ha declarado que «el sistema de acumulación y prorrateo de las prestaciones

previsto en el artículo 46 parte del hecho de que dichas prestaciones suelen financiarse y adquirirse basándose en cotizaciones propias de los beneficiarios y calcularse en función de la duración de su afiliación a dicho régimen de seguro». ⁷¹

89. Por otro lado, interpretando el artículo 33 del Reglamento n° 1408/71, ⁷² este Tribunal ha declarado que «dicha disposición pone de manifiesto que [las] retenciones sobre la pensión sólo puede practicarlas una institución de un Estado miembro a cargo de los asegurados sociales que, en contrapartida, disfruten de prestaciones de enfermedad y de maternidad satisfechas por la institución de dicho Estado miembro con competencias sobre dichas prestaciones. En cambio, no pueden practicarse dichas retenciones cuando las prestaciones de que se trata no corren a cargo de una institución de dicho Estado miembro. Así sucede en el caso de los asegurados sociales que residen en el territorio de otro Estado miembro y, debido a dicha residencia, disfrutan de las prestaciones servidas por la institución competente de este último Estado miembro en virtud de lo dispuesto en los artículos 27 a 32 del Reglamento n° 1408/71.» ⁷³

90. El apartado 2 que se añadió en el artículo 33 mediante el Reglamento n° 2332/89 dispuso que, a la inversa, el Estado de residencia en que esté vigente un régimen de seguro

71 — Sentencia Valentini, citada en la nota 28 *supra*, apartado 14.

72 — En su versión vigente antes de la modificación introducida por el Reglamento (CEE) n° 2332/89 del Consejo, de 18 de julio de 1989 (DO L 224, p. 1), que añadió un segundo apartado.

73 — Sentencias de 28 de marzo de 1985, Comisión/Bélgica (275/83, Rec. p. 1097), apartado 3, y de 6 de febrero de 1992, Comisión/Bélgica (C-253/90, Rec. p. I-531), apartado 13.

general y cuya legislación no prevea derecho a pensión no puede exigir al beneficiario de la pensión, por el hecho de ser residente en territorio de dicho Estado, el ingreso de cotizaciones para la concesión de prestaciones a cargo de una institución de otro Estado miembro.

Interpretando el nuevo artículo en la sentencia Noij,⁷⁴ el Tribunal de Justicia declaró: «Estas disposiciones se inscriben en el objetivo del Reglamento n° 1408/71, que es el de contribuir al establecimiento de una libertad de circulación de los trabajadores migrantes lo más completa posible. Con dicho fin, otras varias disposiciones tienen por objeto la supresión de obstáculos a dicha libertad fundamental análogos al derivado de las cotizaciones controvertidas, en particular los obstáculos que se derivan del traslado de la residencia de un Estado miembro a otro y de la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales. Ahora bien, resultaría contrario a tal objetivo el que, *sin existir razones de interés general*, un trabajador pudiese verse privado de parte de una pensión percibida en virtud de la legislación de un Estado miembro por el mero hecho de haberse ido a residir a otro Estado miembro» (apartado 13).

En la misma sentencia, el Tribunal de Justicia, tras declarar que las normas del artículo 33 «[...] constituyen la aplicación de un *principio más general* según el cual no se puede exigir al beneficiario de una pensión o de una renta que, por el hecho de residir en el territorio de otro Estado miembro, cotice a un seguro obligatorio para la cobertura de contingencias que están a cargo de una institu-

ción de otro Estado miembro» (apartado 14; el subrayado es mío), aclaró que ello, no obstante, no impide al Estado miembro de residencia del interesado someterle a un régimen de seguro general (apartado 15).

91. La importancia que el Derecho comunitario atribuye a la relación entre cotizaciones y prestaciones se pone de relieve, a mi entender, por la inclusión expresa de las prestaciones especiales de carácter no contributivo en el Reglamento n° 1408/71, efectuada mediante el Reglamento (CEE) n° 1247/92⁷⁵ (apartado 2 *bis* del artículo 4). Desde entonces, dichas prestaciones se satisfacen exclusivamente por la institución del lugar de residencia y a su cargo (artículo 10 *bis*), mientras que antes de esa modificación se les aplicaba, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, el principio de la supresión de las cláusulas de residencia. El hecho, precisamente, de que dichas prestaciones no sean financiadas mediante cotizaciones de los asegurados y de que, por tanto, estén ligadas exclusivamente a las posibilidades y circunstancias existentes en el Estado que las concede permitió al Consejo excluirlas del principio de supresión de las cláusulas de residencia y al Tribunal de Justicia declarar que dicha exclusión no contraviene el artículo 51 del Tratado.⁷⁶

92. Por consiguiente, cabe inferir, en mi opinión, un principio general que late en el Derecho comunitario de la Seguridad Social

74 — Sentencia de 21 de febrero de 1991, Noij (C-140/88, Rec. p. I-387).

75 — Reglamento (CEE) del Consejo, de 30 de abril de 1992, por el que se modifica el Reglamento n° 1408/71 (DO L 136, p. 1).

76 — Véase la sentencia Snarens, citada en la nota 33 *supra*, apartados 39 y ss.

de los trabajadores migrantes, según el cual estos últimos, siempre que han estado sometidos a un régimen de seguro obligatorio de carácter contributivo en el Estado competente y han adquirido un derecho conforme a la legislación de dicho Estado, tienen, en todo caso, el derecho a percibir las correspondientes prestaciones del seguro, salvo si existe una disposición expresa del Derecho comunitario que establezca lo contrario.

de relieve el verdadero significado del artículo 51 del Tratado, el cual, al disponer que el Consejo debe adoptar, en particular, las medidas necesarias para garantizar «[...] b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros», asegura un *minimum*.⁷⁷ La finalidad no puede ser otra que garantizar la «satisfacción» de todas las prestaciones de Seguridad Social.

93. Dicho principio sería, en cierto modo, más amplio que el principio de conservación de los derechos adquiridos o de exportabilidad de las prestaciones de la Seguridad Social, principalmente desde tres perspectivas. En primer lugar, reforzaría el carácter subjetivo del derecho del trabajador migrante a disfrutar, en cualquier lugar de la Comunidad, de ventajas a cuya financiación ha contribuido con el producto y, eventualmente, también con la privación de su trabajo. Así pues, se reconocería la contribución del trabajador europeo, es decir, del ciudadano europeo a la construcción de la economía y del sistema de Seguridad Social de los Estados miembros en los que haya aportado su trabajo. En segundo lugar, subrayaría que el principio de solidaridad, el cual, como ya he señalado, rige en los regímenes legales de Seguridad Social, no es unilateral. Es decir, no exige únicamente sacrificios al trabajador en aras del sistema. Por el contrario, impone a este último la obligación de ser solidario con el trabajador en caso de necesidad, es decir, en caso de acaecimiento de la contingencia asegurada. En tercer lugar, comprendería todas las prestaciones de la Seguridad Social, sean en metálico o en especie, dado que estas últimas, tan vitales como las satisfechas en metálico, no presentan una diferencia sustancial con éstas, ya que ambos tipos de prestaciones se destinan a atender necesidades vitales del asegurado. Así, se pondría

94. Este principio hermenéutico podría aplicarse en el presente asunto, y así se ha hecho, de forma tácita, en el marco de estas conclusiones, tanto en lo tocante a la calificación jurídica y la subsunción del seguro controvertido en una de las categorías tradicionales del Reglamento nº 1408/71, como en lo que respecta a la interpretación de la letra a) del apartado 1 del artículo 19 del Reglamento, en relación con el servicio de las prestaciones de enfermedad en especie en el extranjero.

95. En este contexto, la alegación del Gobierno alemán según la cual los demandantes deberían cotizar durante toda su vida a un régimen de Seguridad Social que, en caso de necesidad, no les ofrecerá nada mientras residan en otro Estado miembro, y ello por razones de solidaridad, es no sólo débil en sí misma sino también contraria al Derecho comunitario.

77 — Véase, en este sentido, la sentencia de 12 de julio de 1984, Patteri (242/83, Rec. p. 3171), apartado 8.

D. *Reglamento n° 1612/68*

96. Dos palabras para referirme a la eventual calificación de las prestaciones controvertidas en tanto que ventajas sociales, a efectos del Reglamento n° 1612/68, cuestión que planteó la Comisión.

97. En lo que respecta a la relación entre los Reglamentos n° 1408/71 y n° 1612/68, la jurisprudencia ha experimentado algunas variaciones.⁷⁸ El examen de la jurisprudencia pone de manifiesto, básicamente, dos tendencias.

a) Según la primera, la subsunción de una prestación en uno de los Reglamentos excluye su subsunción en el otro. En efecto, en determinados casos el Tribunal de Justicia ha declarado de forma expresa que debe examinarse previamente si la legislación o prestación controvertida está comprendida en el concepto de Seguridad Social a efectos del artículo 51 del Tratado y del Reglamento n° 3 o n° 1408/71, ya que sólo de lo contrario cabe preguntarse si constituye una ventaja social a efectos del artículo 7 del Reglamento n° 1612/68.⁷⁹

b) Conforme a la segunda tendencia, que parece haber prevalecido, no se excluye que una misma prestación esté comprendida en el concepto de Seguridad Social y en el de ventaja social, con la consiguiente aplicación cumulativa de ambos Reglamentos.

i) Así, en la sentencia Inzirillo,⁸⁰ se declaró que una asignación para minusválidos adultos es tanto una prestación de Seguridad Social a efectos del artículo 51 del Tratado y del Reglamento n° 1408/71 (apartados 9 y 22) como una ventaja social a efectos del artículo 7 del Reglamento n° 1612/68 (apartado 21).

ii) Siguió la sentencia de 10 de noviembre de 1992, Comisión/Bélgica,⁸¹ en la que se declaró que el Reino de Bélgica había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Tratado CEE y, en particular, del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento n° 1612/68 y del artículo 3 del Reglamento n° 1408/71, al mantener la exigencia de un período de residencia en el territorio belga para que los trabajadores de los demás Estados miembros sujetos a la legislación belga pudieran obtener los subsidios para minusválidos, los ingresos garantizados a las personas de edad avanzada y el ingreso mínimo de subsistencia (minimex).

78 — Véase también el punto 27 *supra*.

79 — Véanse las sentencias de 22 de junio de 1972, Frilli (1/72, Rec. p. 457), apartado 4 y Scrivner, citada en la nota 35 *supra*, apartado 16. De forma similar, indirectamente, la sentencia Heinze, citada en la nota 22 *supra*, apartado 4.

80 — Citada en la nota 24 *supra*.

81 — Asunto C-326/90, Rec. p. I-5517.

iii) Dicha jurisprudencia fue corroborada por la sentencia de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo.⁸² En esta sentencia el Tribunal declaró, en relación con un subsidio de maternidad, que «[...] dado que el Reglamento n° 1612/68 posee alcance general en cuanto a la libre circulación de los trabajadores, el apartado 2 del artículo 7 de dicho Reglamento puede aplicarse a las ventajas sociales que estén asimismo comprendidas en el ámbito de aplicación específico del Reglamento n° 1408/71» (apartado 21).⁸³

iv) Este razonamiento, por otra parte, fue reiterado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Schmid⁸⁴ (apartado 17). En dicha sentencia, el Tribunal declaró que la asignación para minusválidos adultos está comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento n° 1408/71 (apartado 10), si bien no podía ser reclamada en favor de una persona no comprendida en el ámbito de aplicación personal del Reglamento [minusválida adulta,

hija de un trabajador migrante (apartado 14)]. Sin embargo, se consideró que la asignación controvertida constituía (también) una ventaja social a efectos del Reglamento n° 1612/68 (apartado 18), que podía ser reivindicada por el trabajador migrante en beneficio de su hija (apartado 26).⁸⁵

98. Debe observarse, de entrada, que entre los artículos 48 y 49 del Tratado, a los que se refiere la exposición de motivos del Reglamento n° 1612/68, y el artículo 51, invocado en el Reglamento n° 1408/71, no existen barreras estancas. Ambos artículos forman parte del Capítulo 1 del Título III, que persigue el objetivo de promover la libre circulación de los trabajadores. Además, como es sabido, el apartado 2 del artículo 48, al referirse a la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad con respecto, entre otras cosas, a las «condiciones de trabajo», incluye también las normas relativas a la Seguridad Social.⁸⁶

99. No obstante, la vinculación entre ambas categorías y su objetivo común no bastan, a mi entender, para aplicar de manera cumulativa ambos Reglamentos en cada caso. El artículo 51 del Tratado es una disposición especial en relación con el artículo 48, y ha de admitirse que esta misma relación existe entre los Reglamentos adoptados basándose

82 — Sentencia citada en la nota 17 *supra*.

83 — En otros casos, la aplicabilidad cumulativa de ambos Reglamentos resulta indirectamente de la jurisprudencia. Por ejemplo, interrogado sobre si el Reglamento n° 1612/68 o el Reglamento n° 1408/71 autoriza la transferencia de derechos de Seguridad Social de un Estado miembro a otro, el Tribunal de Justicia, tras señalar que la finalidad del Reglamento n° 1612/68 es la aplicación sistemática a los nacionales de los restantes Estados miembros de la regla del «tratamiento nacional» en lo que respecta a todas las condiciones de empleo y de trabajo, ha juzgado que «dicho Reglamento no tiene por objeto crear derechos en razón de períodos de seguro cumplidos en otro Estado miembro, si éstos no resultan, para sus propios nacionales, de las disposiciones nacionales. En consecuencia, no procede aplicar las disposiciones del Reglamento n° 1612/68 en un caso como el presente» (sentencia Coonan, citada en la nota 30 *supra*, apartado 6). A mi entender, del pasaje que he subrayado se desprende que siempre que la legislación nacional prevea derechos de Seguridad Social en favor de los nacionales, los mismos derechos han de reconocerse, en idénticas condiciones, en favor de los ciudadanos comunitarios extranjeros, con arreglo (también) al Reglamento n° 1612/68.

84 — Sentencia de 27 de mayo de 1993, Schmid (C-310/91, Rec. p. I-3011).

85 — Cabría asimismo mencionar una tendencia intermedia, según la cual el Tribunal, tras declarar que una determinada prestación está comprendida en la Seguridad Social, considera que puede prescindirse de examinar si la prestación de que se trata constituye también una ventaja social. No obstante, no cabe deducir conclusiones claras de esta jurisprudencia (sentencia Costa, citada en la nota 23 *supra*, apartados 12 a 14). Véase, también, la sentencia Hughes, citada en la nota 16 *supra*.

86 — Véanse las sentencias de 15 de enero de 1986, Pinna (41/84, Rec. p. 1), apartado 21, y de 2 de marzo 1989, Pinna (359/87, Rec. p. 585).

en uno y otro. Por otro lado, cuando se adoptó el Reglamento n° 1612/68, ya estaba en vigor el Reglamento n° 3, regulador de las mismas materias que el Reglamento n° 1408/71 que más tarde le sustituyó; en consecuencia, a falta de indicación en contrario, deberá admitirse que el Reglamento n° 1612/68 regula las materias que no estaban comprendidas en el Reglamento n° 3 (ni, por tanto, en el Reglamento n° 1408/71) y, por ende, uno y otro tienen un ámbito de aplicación material diferente. Procede añadir que, tras la inclusión en el Reglamento n° 1408/71 de los trabajadores por cuenta propia,⁸⁷ su ámbito de aplicación ha pasado a ser, en cierta medida, diferente.

100. Según mi parecer, las sentencias antes citadas en los incisos i) a iv) no pueden proporcionar ningún argumento en favor de la tesis opuesta. En realidad, se refieren a las prestaciones especiales que participaban, simultáneamente, de la Seguridad Social y la asistencia social, que habitualmente fueron clasificadas por la jurisprudencia de este Tribunal en la primera de ambas categorías. En la actualidad, una vez regulada esta materia por el Reglamento n° 1247/92, las posibilidades de aplicación cumulativa de ambos Reglamentos, suponiendo que aún existan, son muy limitadas. En todo caso, en lo que respecta a las prestaciones claramente comprendidas en la Seguridad Social, como son a mi entender las controvertidas en el presente asunto, que se rigen por las disposiciones detalladas del Reglamento n° 1408/71, no alcanzo a comprender qué otra cosa podrían

ofrecer las disposiciones generales del Reglamento n° 1612/68. Considero, por tanto, que huelga examinar este último Reglamento.

101. Sin embargo, si se estimase que las prestaciones controvertidas constituyen una ventaja social, deberá recordarse que los artículos 48 del Tratado y 7 del Reglamento prohíben no sólo las discriminaciones por razones de la nacionalidad manifiestas, sino también las indirectas. Son éstas, en particular, tal como acertadamente se resumieron en la sentencia O'Flynn,⁸⁸ aquellas que afectan fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que pueden ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso aquellos requisitos que puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes (apartado 18). Dichas discriminaciones se permiten tan sólo con carácter excepcional, cuando estén justificadas por consideraciones objetivas y sean proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (apartado 19).

102. Así debe considerarse una cláusula de residencia como la controvertida, ya que su cumplimiento resulta más fácil para los nacionales que para los trabajadores de los restantes Estados miembros.⁸⁹ En efecto, el objetivo de la prestación, a saber, conseguir unas condiciones de vida dignas para las personas dependientes, no guarda relación con

87 — Reglamento (CEE) n° 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981, por el que se amplía a los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia el Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores asalariados y a su familia que se desplacen dentro de la Comunidad (DO L 143, p. 1).

88 — Citada en la nota 12 *supra*.

89 — Véase, entre otras, la reciente sentencia de 27 de noviembre de 1997, Meints (C-57/96, Rec. p. I-6689), apartado 46.

su lugar de residencia, y el ahorro del gasto que representan los controles médicos en el extranjero no constituye, por sí solo, razón suficiente para interrumpir el disfrute de las prestaciones, en especial cuando se trata de un trabajador fronterizo, como en el caso de autos,⁹⁰ sino tan sólo, eventualmente, para reducir la cuantía de las prestaciones satisfechas si se demostrase que su coste es más elevado que el de prestaciones similares servidas

a nacionales residentes en lugares alejados o de difícil acceso dentro del territorio alemán.⁹¹

Habida cuenta de lo que antecede, propongo al Tribunal de Justicia que responda lo siguiente a la cuestión prejudicial.

IX. Conclusión

«Una prestación como la asignación por dependencia controvertida en el litigio principal debe asimilarse a una prestación de enfermedad en metálico, en el sentido que este concepto tiene en el Capítulo 1 del Título III del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, modificado y actualizado por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y, por tanto, se rige por las disposiciones pertinentes del referido Capítulo, entre ellas las del apartado 1 del artículo 19.

En estas circunstancias, la obligación de afiliación y cotización al Seguro de Dependencia no es contraria a ninguna disposición ni del Tratado ni del Reglamento n° 1408/71».

90 — Véase el punto 76 *supra*.

91 — Véase la sentencia O'Flynn, citada en la nota 12 *supra*, apartados 28 y 29.