

La Sentencia Demirci. Discriminación, Igualdad de trato, Discriminación Positiva. ¿Un camino de ida y vuelta?

The participation in the management of the spanish scheme of social security

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ
SUBDIRECTOR GENERAL DE ASUNTOS SOCIALES, EDUCATIVOS,
CULTURALES Y DE SANIDAD Y CONSUMO
MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

Resumen

La lucha contra la discriminación ha sido y es una constante en el derecho en la Unión Europea. Ahora bien, el principio de igualdad, propulsado fundamentalmente por la Comisión Europea y por el Tribunal de Justicia no se centra solamente en los ciudadanos de la Unión sino que se extiende a los nacionales de terceros Estados residentes en el territorio de la Unión Europea. De hecho el dinamismo y vitalidad de este principio no parece que tenga horizontes totalmente definidos. Así, está emergiendo con fuerza el principio de discriminación positiva que posibilita, como por ejemplo en el asunto Demirci, que algunos nacionales de terceros Estados pueda ser Tratados de manera más favorables que los propios ciudadanos de la Unión. Y es que la idea de una Europa fortaleza comienza a se, y no precisamente por los refugiados.

Abstract

The fight against discrimination has been and is a constant in the European Union. The principle of equal treatment, specially promoted by the European Commission and the Court of Justice does not only focus on citizens of the Union but extends also its action field to third countries nationals legally residents on the territory of the European Union. In fact the dynamism and vitality of this principle does not seem to have fully defined limits. In fact it is emerging strongly the principle of positive discrimination, such as in the case Demirci. Based on this positive discrimination, some third-country nationals can be more favored treated than the citizens of the Union. For some people, the idea of a fortress Europe begins to crumble, and not only because the refugees.

Palabras clave

Mujer trabajadora, maternidad, lactancia materna, riesgos laborales

Keywords

Worker woman, maternity, breastfeedind, labour risks

Pedimos mano de obra, y vinieron seres humanos.

MAX FRISCH

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Año 2016, Alemania, lanza sus trinos amorosos hacia Turquía con el propósito decidido y manifiesto de conquistar el corazón de la antigua potencia otomana y convertirla en un aliado fiel que le ayude de salir de un colosal atolladero interno, autoprovocado en parte, por las declaraciones grandilocuentes de la canciller germana “*Bienvenidos refugiados*” y por la política de puertas abiertas, anunciada y posteriormente incumplida, del ejecutivo alemán. La Unión Europea mientras, mira de soslayo a sus principios

fundamentales, asiste complacida a las fiestas prenupciales y se congratula del intercambio de regalos, sin que quede claro quién debe pagar la dote.

La situación no es nueva. En efecto, ya antes, especialmente durante la guerra fría y, posiblemente, como arma arrojada contra el ogro soviético, la CEE, comandada en este ámbito por la República Federal de Alemania, inicia un largo romance interesado con Turquía (con el paréntesis de tres años por golpe de Estado de 1980) en el que ambas Partes permutan en un trueque nada sentimental, fidelidad y seguridad internacional por circulación de productos agrícolas, mercancías, servicios y trabajadores. A este respecto, debe recordarse la sed de mano de obra de las economías europeas occidentales durante las décadas de los 60 y de los 70 y los gigantescos flujos migratorios de ciudadanos turcos hacia los mercados alemanes y del Benelux.

Lamentablemente, en 1989 cae el muro de Berlín y el idilio queda suspendido. Así, la solicitud de adhesión formal de Turquía a la Comunidad Económica Europea que data de 1987, se mantiene congelada, con intensidades distintas, hasta nuestros días.

Sin embargo, los amores del pasado siempre dejan unos rescoldos que se mantienen a lo largo del tiempo. Permítanme por tanto realizar un ejercicio de retrospectiva.

En 1963, la Comunidad Económica Europea (6 Estados) firma un Acuerdo de Asociación con Turquía¹, cuyo objetivo, como señala Helene Garçon Estrada²: “*era preparar una posible adhesión*”.

En el artículo 12 de dicho Instrumento se establece “*Las Partes contratantes acuerdan basarse en los artículos 48 (libre circulación trabajadores), 49 (medidas para aplicar la libre circulación) y 50 (intercambio trabajadores jóvenes) del Tratado constitutivo de la Comunidad para llevar a cabo gradualmente, entre ellas, la libre circulación de trabajadores*”.

Posteriormente se aprobó el Protocolo adicional a dicho Acuerdo³ cuyo artículo 39 establece: “*Antes de finalizar el primer año posterior a la entrada en vigor del presente Protocolo, el Consejo de Asociación adoptará disposiciones en materia de seguridad social en favor de los trabajadores de nacionalidad turca que se desplacen en el interior de la Comunidad y de su familia residente en la Comunidad... **Las pensiones y rentas de vejez, de fallecimiento y de invalidez, adquiridas en virtud de las disposiciones adoptadas en aplicación del apartado 2, deberán poder exportarse a Turquía***”.

Por otra parte, el artículo 59 de dicho Protocolo Adicional dispone: «*En los ámbitos cubiertos por el presente Protocolo, Turquía no podrá beneficiarse de un trato más favorable que el que los Estados miembros se conceden entre sí en virtud del Tratado [CE].*»

¹ Firmado en Ankara el 12 de Septiembre de 1963. Decisión 64/732/CEE del Consejo de 23 de diciembre de 1963. DOCE 29/12/64

² Los nacionales de países terceros y Europa. Noticias de la Unión Europea. CISS nº157 Febrero 1998

³ Firmado en Bruselas el 23 de Noviembre de 1970. Aprobado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) 2760/72 de 19 de Diciembre de 1972 (DOCE L 29 de 19 de Diciembre de 1972)

Con considerable retraso (recuérdese lo de “antes de finalizar el primer año posterior a la entrada en vigor del presente Protocolo (1972), el Consejo de Asociación adoptará disposiciones en materia de seguridad social en favor de los trabajadores de nacionalidad turca”) se aprueba la Decisión 3/80⁴ que tiene por objetivo coordinar los regímenes de seguridad social de los Estados miembros para que los trabajadores turcos que trabajen o hayan trabajado en uno o varios Estados miembros de la Comunidad, así como los miembros de las familias, disfruten de prestaciones en las ramas tradicionales de la seguridad social.

A tenor del artículo 2 de la referida Decisión nº 3/80 el ámbito subjetivo de este Instrumento se extiende a “los trabajadores que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o varios Estados miembros **y que sean nacionales de Turquía**”.

El artículo 3, apartado 1, de la Decisión nº 3/80, que reproduce el tenor del artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971⁵, establece: «Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones de la presente Decisión, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en la presente Decisión».

Asimismo, el artículo 4 de la Decisión fija el campo de aplicación material de este Instrumento que coincide exactamente con la redacción del ámbito objetivo del Reglamento 1408/71. En este sentido, conviene destacar, a los efectos de este comentario, el siguiente punto: “La presente Decisión se aplicará a los regímenes de seguridad social generales y especiales, **contributivos y no contributivos**”.

Por otra parte, y con el fin de ofrecer una serie de pistas al lector abnegado e inquieto quien, como en las novelas policíacas, trata de adelantarse al desenlace final, debemos recordar el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión nº 3/80, titulado «Supresión de las cláusulas de residencia [...]», que dispone: «A menos que la presente Decisión 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 Turquía o de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora**».

Algunas observaciones adicionales que pueden servir como clave para facilitar la comprensión del supuesto a analizar:

- En la década de los 80 se desarrollaron en los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social lo que se denomina prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto. A este respecto, se entenderá como tales aquellas que: tienen por objeto proporcionar cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las

⁴ DO C 110 de 25.4.1983.

⁵ (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28)

ramas clásicas de seguridad social (enfermedad, maternidad, invalidez, jubilación etc.) y que sirven para garantizar unos ingresos mínimos de subsistencia, teniendo en cuenta la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate.

- Además, la financiación tiene que proceder exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, no debiendo depender las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones de ninguna contribución del beneficiario. Finalmente, estas prestaciones deben figurar inscritas expresamente en un Anexo ad hoc, para lo que se precisa la aprobación por unanimidad o por mayoría cualificada (según se haya realizado la referida inscripción antes o después del 2010) por parte de los Estados Miembros.
- A este respecto, y a título meramente de ejemplo, las pensiones de jubilación no contributivas españolas están consideradas como “*prestaciones especiales en metálico no contributivas*” ya que están financiadas con el presupuesto del Estado, actúan como sustitución o como complemento de las pensiones de jubilación contributivas y garantizan unos ingresos mínimos. Además figuran en el Anexo correspondiente del Reglamento 1408/71 y en el del Reglamento 883/04. En cambio, el complemento a mínimos de las pensiones, aunque reúne todos los requisitos teóricamente exigidos para las prestaciones especiales en metálico no contributivas, al no estar inscrito en el correspondiente Anexo, no puede ser considerado como tal. Tampoco pueden, a título de ejemplo, quedar incluidas, en el ámbito de estos beneficios, las prestaciones familiares que, si bien en España son financiadas a través de los presupuestos generales del Estado, cubren fundamentalmente los riesgos básicos de la protección a la familia y no son por tanto sustitutivas o adicionales a otras prestaciones. Lo mismo puede decirse de las prestaciones de dependencia que, aun consideradas como no contributivas, protegen un riesgo de forma principal y no sustitutoria, adicional o complementaria. En cambio, teóricamente, las prestaciones complementarias de dependencia reconocidas al amparo de las normas autonómicas, podrían gozar de esta consideración si se incluyeran en el Anexo correspondiente.
- Como excepción al principio de exportabilidad (derogación de las cláusulas de residencia), las prestaciones especiales en metálico no contributivas no se abonan fuera del Estado competente. Para defender esta práctica, se ha alegado su finalidad asistencial de cobertura de necesidades básicas y su vinculación con el entorno social de un Estado concreto, que es el que las reconoce, teniendo en cuenta su situación específica. Además, al no estar financiadas por cotizaciones sino que su concesión se condiciona a la residencia (sistema Beveridge), puede entenderse, que no justificarse, que para su reconocimiento y percepción se apliquen cláusulas nacionales ¿nacionalistas? de residencia y que cuando un interesado traslade de residencia a otro Estado, corresponda al nuevo Estado el abono de las prestaciones contempladas en su ordenamiento jurídico, aplicando, si fuera necesario, la cláusula de totalización de períodos de residencia.
- Sin embargo, estas restricciones no siempre han existido. En efecto, el texto original del Reglamento 1408/71 no mencionaba este tipo de prestaciones ni, por tanto, procedía a su regulación. La única mención indirecta quedaba recogida en el artículo 4, campo de aplicación objetivo que comprendía “los regímenes de seguridad social generales y especiales, **contributivos y no contributivos**”. Pues bien, (el artículo 10 del texto primigenio del Reglamento 1408/71 se establecía: “A

menos que el presente Reglamento disponga otra cosa las prestaciones en metálico de invalidez, de vejez o de supervivencia, 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 aquél en que se encuentra la institución deudora”. (comparen, please, esta redacción con la del artículo 6 de la Decisión 3/80). Ergo, en principio, la norma comunitaria no impedía la exportación de estas prestaciones y así lo declaró el Tribunal de Justicia en una sentencia paradigmática que indirectamente dejaba sin efecto las normas restrictivas francesas que aplicaban cláusulas de residencia⁶ a estas prestaciones.

- Sin embargo, la reacción del Consejo fue inmediata e inició una gran contraofensiva legislativa, ejemplo de la agilidad que pueden dar muestra las Instituciones comunitarias cuando tienen un interés manifiesto en un tema o actúan al mandato de un Estado alfa (en ese momento Francia). Así, meses después del fallo jurisdiccional del TJUE, se aprobó el Reglamento (CEE) n° 1247/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992, por el que se modifica el Reglamento n° 1408/71⁷ y en el que se circunscribía la percepción de este tipo de prestaciones al territorio nacional del Estado competente. Por tanto, *sensu contrario*, hasta la entrada en vigor del Reglamento 1247/92, las prestaciones consideradas como prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto (mezcla de la seguridad social y la asistencia social) eran exportables⁸.

2. SUPUESTO DE HECHO

Los señores **M.S. Demirci, D. Cetin, A.I. Önder, R. Keskin, M. Tüle, A. Taskin**, eran trabajadores de nacionalidad turca que en su día formaron parte del mercado de trabajo holandés y que como consecuencia de sus lesiones y dolencias, fueron declarados, antes del año 2000, en situación de invalidez permanente, siéndoles reconocido una pensión de incapacidad de conformidad con la ley vigente “Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering” (WAO), régimen de protección de los trabajadores por cuenta ajena frente a la incapacidad laboral.

Los interesados, dado de que el importe de dicha pensión no alcanzaba el salario mínimo interprofesional holandés, solicitaron un complemento no contributivo al amparo de La Ley sobre prestaciones complementarias, Toeslagenwet, (TW), de 6 de noviembre de 1986 (equiparable parcialmente a nuestro complemento a mínimos), que percibieron durante el período que residieron en los Países Bajos. Los actores en el litigio principal regresaron a Turquía donde residía su familia. Con anterioridad habían obtenido la nacionalidad neerlandesa, conservando al mismo tiempo la turca. Siguieron percibiendo la prestación en virtud de la WAO y la prestación complementaria (TW), en virtud del artículo 39, apartado 4, del Protocolo Adicional mencionado en párrafos precedentes.

⁶ Asunto 307/89 Comisión contra Francia

⁷ (DO L 136)

⁸ Sobre este punto, ver La aplicación del derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas. Cristina Sánchez-Rodas Navarro. Comares, 1997. ISBN 84-8151-460-8

En 1999, se introdujo un nuevo artículo 4a en la TW, en cuyo apartado 1 se establece que una persona que cumpla los requisitos para tener derecho a estas prestaciones, solamente tendrá derecho al complemento mientras resida en los Países Bajos. A este respecto, debe indicarse que la modificación de la TW tenía por objeto sustituir el principio de personalidad por el de territorialidad, limitando o eliminando el abono o percepción de las prestaciones abonadas a beneficiarios residentes en el extranjero. En este contexto, el legislador neerlandés invocó, en apoyo de dicha modificación, la no contributividad de esta prestación complementaria (TW) y su finalidad de **“garantizar el mínimo vital en los Países Bajos”**.

La mencionada modificación de la TW entró en vigor el 1 de enero de 2000. Sin embargo, se estableció un régimen transitorio de tres años de reducción progresiva de cuantías (total eliminación en el año 2003) para las personas que el día anterior a la entrada en vigor de la nueva normativa tuvieran derecho a las prestaciones establecidas por la TW y que no residieran en tal fecha en los Países Bajos ni en el territorio de la Unión Europea.

Con arreglo a la modificación de la TW, las autoridades holandesas suprimieron la exportación definitivamente a los trabajadores turcos el 1 de julio de 2003. Fin del proceso. ¿Seguro?

Por otra parte, y en el ámbito del derecho de la Unión, el último requisito para excluir la exportación de esta prestación al territorio de la UE se produjo con la aprobación, por unanimidad, del Reglamento nº 647/2005⁹ y con la inscripción, en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 (prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto) de las prestaciones complementarias holandesas (TW) que, desde entonces pasaron a ser inexplotables en el territorio de la UE, si bien, las autoridades holandesas introdujeron otro periodo transitorio de reducción progresiva suprimiéndose íntegramente la exportación en la UE con efectos a 1 de enero de 2010.

3. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

He dejado, para un momento más avanzado del artículo, una circunstancia esencial que ha condicionado el fallo jurisdiccional: Los solicitantes de la prestación habían adquirido la nacionalidad holandesa y disfrutaban de todos los derechos inherentes a la ciudadanía europea. Mantenían, por tanto, en paralelo, la nacionalidad turca y la holandesa. Este hecho resulta decisivo a la hora de comparar esta cuestión prejudicial con otras similares sobre las que en su día recayeron sentencias. En este sentido, y en un ejercicio de retrospección, tenemos que referirnos al asunto C-485/07¹⁰, H. Akdas y otros. De antemano advierto que me voy a extender en este asunto porque es cuasi idéntico al asunto Dermici, siendo los hechos y fundamentos de derechos intercambiables.

Vayamos al relato factico. Los actores en el litigio principal eran nacionales turcos que ejercieron actividades asalariadas en los Países Bajos. Al haber sido declarados en situación de incapacidad permanente, solicitaron y obtuvieron, antes de 2000, el derecho a

⁹ Reglamento (CE) nº 647/2005 del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de abril de 2005. Diario Oficial de la Unión Europea L117/1 de 4 de mayo de 2005. Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de mayo de 2011

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de mayo de 2011

una prestación, abonada por el Estado neerlandés, con arreglo a la WAO. Dado que el importe de dicha prestación era inferior al salario mínimo, obtuvieron también, en virtud de la TW, en su redacción en vigor antes de 2000, el pago de la prestación complementaria para garantizarles unos ingresos cuyo nivel fuera el más próximo posible al del salario mínimo holandés. Posteriormente, los trabajadores turcos retornaron a Turquía para residir con sus familias, conservando el derecho a dichas prestaciones con arreglo al artículo 39, apartado 4, del Protocolo Adicional. Tras la modificación de la TW (en vigor el 1 de enero de 2000), las autoridades neerlandesas competentes decidieron la supresión progresiva de la prestación, a razón de un tercio por año desde el 1 de enero de 2001. Los ex trabajadores turcos en el litigio principal interpusieron recursos contra esta supresión escalonada.

El lector atento habrá podido comprobar que la exposición de hechos y el discurso jurídico en el Asunto Dermici es similar al caso Akdas, por lo que el Tribunal tendría que haber devuelto al remitente la cuestión prejudicial Dermici (posterior al caso Akdas) por haberse ya pronunciado sobre un caso parejo. Sin embargo no lo hizo y, con ello, nos estaba dando ya una primera pista sobre sus intenciones aunque no todavía sobre sus decisiones.

Vayamos a la sentencia Akdas y recordemos la Decisión 3/80 que tiene por objeto coordinar los regímenes de seguridad social de los Estados miembros con el fin de que los trabajadores turcos disfruten de prestaciones en las ramas tradicionales de la seguridad social. En este sentido, examinemos su artículo 6 *«A menos que la presente Decisión 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 Turquía o de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora**»*.

Varias cuestiones pueden ser planteadas al respecto ¿Tiene efecto directo esta disposición sobre la exportación de las prestaciones o requiere normas de desarrollo para su aplicación? ¿Puede considerarse el complemento TW de las prestaciones de invalidez en sí mismo una prestación de invalidez y, por tanto, quedar comprendido en el ámbito material de la Decisión 3/80 o bien se trata de una contingencia o prestación de distinta naturaleza?

Esta vez, el Tribunal, que muchas veces actúa como el oráculo de Delfos por la falta de claridad de sus pronunciamientos, no necesita interpretar y sus contestaciones son precisas y transparentes: Dejémosle hablar *“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una disposición de un Acuerdo celebrado por la Comunidad con países terceros debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor, y de su objeto y naturaleza, contiene una obligación clara y precisa, que en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno. Los mismos criterios son aplicables cuando se trata de determinar si las disposiciones de una Decisión del Consejo de Asociación pueden tener un efecto directo (véase, en particular, la sentencia de 4 de mayo de 1999, Sürül, C-262/96, Rec. p. I-2685, apartado 60 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de su tenor, el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión nº 3/80 consagra en términos claros, precisos e incondicionales la prohibición impuesta a los Estados miembros de reducir, modificar, suspender, suprimir o confiscar las prestaciones que enumera dicha disposición por el hecho de que el beneficiario resida en Turquía o en el*

territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora. De este modo, el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión nº 3/80 reviste una naturaleza que le distingue claramente de la que caracteriza a las disposiciones técnicas de coordinación de las distintas legislaciones nacionales en materia de seguridad social, como las reglas que figuran en los artículos 12 y 13 de la misma Decisión, que fueron puestas en entredicho en el asunto que dio lugar a la sentencia de 10 de septiembre de 1996, Taflan-Met¹¹ y otros (C-277/94, Rec. p. I-4085), y respecto de las cuales el Tribunal de Justicia declaró que carecían de efecto directo en territorio de los Estados miembros mientras el Consejo no adoptara las medidas complementarias indispensables de ejecución. No contradice la interpretación precedente el hecho de que el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión nº 3/80 precise que la prohibición de las cláusulas de residencia que establece producirá efectos «**a menos que la presente Decisión disponga otra cosa**». En efecto, basta con señalar a este respecto **que esta Decisión no contiene ninguna excepción o restricción a la prohibición de las cláusulas de residencia recogida en dicha disposición.** En consecuencia, procede responder a la primera cuestión que el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión nº 3/80 debe interpretarse en el sentido de que tiene efecto directo...”.

La segunda pregunta tampoco genera dudas ya que ninguna de las partes del procedimiento puso en su día en duda la naturaleza de prestación de invalidez del referido complemento. Así: “una prestación de carácter social como la prestación complementaria, abonada con arreglo a un seguro social como el que instaura la WAO, debe asimilarse a una prestación de invalidez, en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra b), de la Decisión nº 3/80, y, por tanto, está incluida en el ámbito de aplicación material del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de esta misma Decisión” (Tribunal dixit).

Pues bien, demos una nueva vuelta de tuerca y centrémonos en la territorialidad de unas prestaciones que dejaron exportarse fuera del territorio de la Unión Europea en el año 2000 y dentro del territorio de la UE a partir de 2005, si bien en ambos casos con aplicación de disposiciones transitorias. Inmediatamente surge la pregunta, y sobre todo la inquietud, de si a partir de 2005 es posible admitir la no exportación de la TW a los ciudadanos europeos en el espacio europeo y sin embargo podría aceptarse su exportabilidad para los nacionales de un tercer Estado fuera del territorio de la Unión. Una respuesta afirmativa daría como resultado una discriminación positiva de gran interés jurídico... Rugen la euroescéptica... ¡BREXIT, BREXIT, BREXIT!

Antes de avanzar con el razonamiento del TJUE me voy a permitir una incursión al pasado siempre en relación con la discriminación positiva. A este respecto y sin extenderme demasiado en este punto, quisiera recordar a los lectores la sentencia recaída en el asunto Mura¹² que debe considerarse como paradigmática en relación con la discriminación positiva, principio éste que reconoce un tratamiento más favorable a los trabajadores migrantes en un Estado que el correspondiente al que reciben los trabajadores sedentarios nacionales en el territorio de dicho Estado. Extranjeros por encima de los nacionales. ¡SACRILEGIO!

¹¹ En esta sentencia se analiza la totalización de períodos que requiere disposiciones concretas de aplicación.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 1979. Asunto 236/78.

Además, no me resisto citar el Asunto C-212/06¹³ que posibilita que un ciudadano belga residente en la Comunidad valona que hubiera trabajado en Flandes no adquiera derecho a las prestaciones de dependencia flamenca mientras que en la misma situación, un trabajador francés o español, sí accedería a dicho derecho.

De todas las maneras volvamos a la sentencia Akdas y a los argumentos del Tribunal “No obstante, en circunstancias como las del litigio principal, una situación en la que antiguos trabajadores migrantes turcos que han regresado a Turquía continúan teniendo derecho, en virtud del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión nº 3/80, a una prestación social como la prestación complementaria, mientras que ésta se ha suprimido por lo que respecta a los nacionales de la Unión que no residen en territorio del Estado miembro que la ha concedido, **no puede considerarse incompatible con los requisitos del artículo 59 del Protocolo Adicional, según el cual los nacionales turcos no deben hallarse en una situación más ventajosa que la de los nacionales de la Unión** (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de febrero de 2009, Soysal y Savatli, C-228/06, Rec. p. I-1031, apartado 61). En efecto, por un lado, el artículo 39, apartado 4, del mismo Protocolo Adicional prevé expresamente la exportación a Turquía de determinadas prestaciones de seguridad social, incluidas las pensiones y rentas de invalidez adquiridas por trabajadores turcos con arreglo a la normativa de uno o varios Estados miembros. Además, **aplicar en el marco de la Decisión nº 3/80 el régimen actualmente en vigor con arreglo al Reglamento nº 1408/71 por lo que se refiere a las prestaciones especiales no contributivas, equivaldría a modificar dicha Decisión, siendo así que tal competencia está reservada únicamente al Consejo de Asociación, con arreglo a los artículos 8 y 22 del Acuerdo de Asociación**”.

A mayor abundamiento, debe recordarse un extremo de capital importancia a los efectos de la voluntariedad/involuntariedad del retorno a Turquía de los trabajadores turcos. Así, de conformidad con la sentencia recaída en el Asunto Bozkurt¹⁴ el TJUE señala “**el apartado 2 del artículo 6 de la Decisión nº 1/80 no confiere al nacional turco, que haya pertenecido al mercado legal de trabajo de un Estado miembro, el derecho a permanecer en el territorio de este Estado después de haber sido víctima de un accidente de trabajo que ha producido una incapacidad laboral permanente**”. Ergo, el retorno a Turquía de los trabajadores no puede considerarse voluntario y, como consecuencia, “**el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Decisión nº 3/80 debe interpretarse en el sentido que, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, se opone a una norma de un Estado miembro que, como el artículo 4a de la TW, suprime el derecho a una prestación como la prestación complementaria concedida con arreglo a la normativa nacional respecto de los antiguos trabajadores migrantes turcos, toda vez que han regresado a Turquía tras haber perdido su derecho de residencia en el Estado de acogida por haber sido declarados en situación de invalidez en él**”.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de abril de 2008. Gouvernemnt de la Communauté française y Gouvernement wallon contra Gouvernement flamand.

¹⁴ Asunto C-303/08. Sentencia del tribunal de justicia de 22 de diciembre de 2010.

4. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA DEMIRCI

Volvamos al análisis de la sentencia Demirci. Recordemos que los interesados no sólo tienen nacionalidad turca, sino también neerlandesa. Y es precisamente esta diferencia la que ha sido decisiva para que el Tribunal no rechazara a trámite la cuestión prejudicial Demirci por considerar que ya había procedido a pronunciarse al respecto en el asunto Akdas.

Por otra parte, debe significarse que la adquisición de la nacionalidad comporta todo los derechos y obligaciones de la ciudadanía de la Unión, en particular, en materia de derecho de residencia y de libre circulación. Además, procede recordar que, a diferencia de los trabajadores de los Estados miembros, los nacionales turcos no disfrutaban de la libertad de circulación. Pues bien los actores del litigio principal, con dos nacionalidades, turca y holandesa, serían tratados de manera más favorable¹⁵ que los trabajadores turcos ya que éstos, en caso de reconocimiento de una incapacidad permanente, invalidez, no tendrían derecho a residir en Holanda al no formar parte del mercado de trabajo de este país. Además, por otro lado, estas personas se verían igualmente favorecidas en relación con otros ciudadanos de la Unión, ya que tendrían derecho, como ciudadanos turcos, según la sentencia recaída en el Asunto Akdas, a las prestaciones objeto de este asunto prejudicial aunque residieran en Turquía.

Por consiguiente, como ciudadanos de la Unión no deberían poder en invocar las disposiciones de la Decisión nº 3/80 para enervar el requisito de residencia establecido por la normativa holandesa en relación con el complemento no contributivo TW. En efecto, los actores, como ciudadanos neerlandeses, continúan siendo titulares de un derecho de residencia en los Países Bajos, por lo que en caso de tener derecho al pago de esta prestación en Turquía, sobre la base de dicho artículo 6, apartado 1, recibirían un trato más favorable que el de los restantes ciudadanos de la Unión, situación discriminatoria ésta a la que, precisamente, el artículo 59 del Protocolo Adicional se opone. En consecuencia, según la Corte de Justicia *“se desprende que las disposiciones de la Decisión nº 3/80, examinadas también a la luz del artículo 59 del Protocolo Adicional, deben interpretarse en el sentido de que los nacionales de un Estado miembro que han formado parte, como trabajadores turcos, del mercado legal de trabajo de ese Estado no pueden, al haber adquirido la nacionalidad holandesa, invocar el artículo 6 de la Decisión nº 3/80 para oponerse a un requisito de residencia establecido por la normativa de dicho Estado para el pago de una prestación especial de carácter no contributivo, en el sentido del artículo 4, apartado 2 bis, del Reglamento nº 1408/71, en su versión modificada por el Reglamento nº 647/2005”*.

Ahora bien, cualquier Convenio bilateral, y la Decisión 3/80 puede asemejarse a este tipo de Instrumento, contempla un campo subjetivo que incluye a los nacionales de los Estados signatarios. Luego, si se admite para los ciudadanos turcos la exportabilidad de determinadas prestaciones holandesas a Turquía, también se debería aceptar la exportación a dicho país para los nacionales holandeses. Sin embargo, a tenor del artículo 2 de la Decisión

¹⁵ La sentencia recaída en los Asuntos Kahveci e Inan (C-7/10 y C-9/10) no puede transponerse al presente caso ya que los demandantes en el litigio principal solicitaban que se aplicara lo dispuesto en la Decisión nº 1/80 en beneficio de los miembros de su familia de nacionalidad turca. Ahora bien, en el caso que examinamos, los actores en el litigio principal invocan lo dispuesto en la Decisión nº 3/80 a título personal y en beneficio propio.

nº 3/80 el ámbito subjetivo de este Instrumento solamente se extiende a “*los trabajadores que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o varios Estados miembros y que sean nacionales de Turquía*”. ¿Discriminación positiva?

Por si no fuera suficiente lo señalado en el párrafo precedente, quisiera recordar el artículo 6 de la Decisión nº 3/80, que dispone: «*A menos que la presente Decisión disponga otra cosa, las prestaciones en metálico de invalidez..., no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de Turquía o de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora*. Es decir, la exportación de estas prestaciones no contributivas también puede operar cuando los ciudadanos turcos residan en territorio de la Unión mientras que se niega este derecho a los ciudadanos de la Unión. ¡Los euroescépticos sufren apoplejías varias...y algunos convencidos europeístas también!

Para terminar, debemos recordar la Decisión de 6 de diciembre de 2012¹⁶ relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Asociación establecido por el Acuerdo por el que se crea una asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía con respecto a la adopción de las disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social. Este Instrumento tiene como objetivo derogar la Decisión 3/80. Pues bien, el artículo 1 de la Decisión de 2012 excluye expresamente de la exportabilidad las prestaciones especiales no contributivas de tipo mixto. Además el artículo 13 de la Decisión señala, “*Queda derogada la Decisión 3/80 a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Decisión*”. Sin embargo, en un ejercicio de mala conciencia, el Consejo, en el artículo 12 de la nueva Decisión establece “*Los derechos de una persona a la que un Estado miembro suministre una pensión o una prestación especial en metálico no contributiva antes de la fecha de entrada en vigor de la presente Decisión a causa del efecto directo del artículo 6, apartado 1, de la Decisión no 3/80 del Consejo de Asociación no se verán limitados ni afectados por la caducidad como consecuencia de la presente Decisión*”.

Esta Decisión, aprobada solamente hasta ahora por la Unión Europea, debe refrendarse por el Consejo de Asociación del que forma parte Turquía, por lo que puede resultar de sumo interés como va a presentar y justificar el Consejo de la Unión, especialmente ahora, esta “*reformatio in peius*”.

5. CONCLUSIONES

Algunos lectores pensarán que esta sentencia resulta muy interesante desde el punto de vista teórico doctrinal pero que el problema se circunscribe a Holanda por lo que en nada afecta a nuestro sistema de seguridad social. ¿Seguro? Hagamos un ejercicio de trasposición y sustituyamos Holanda por España. Me temo que el principio de no exportabilidad de nuestras prestaciones no contributivas puede tener una quiebra con la jurisprudencia del TJUE. ¿Discriminación positiva a favor de los trabajadores turcos? Juzguen Ustedes...

Richard Phillips Feynman, premio nobel de física, señaló, “*El que piensa que entiende la física cuántica, no entiende la física cuántica*”. Pues bien, parafraseando esta cita,

¹⁶ Decisión 2012/776 UE. DOUE L.340/19 de 13/12/2012.

podríamos decir *“El que afirma que comprende las normas de coordinación en materia de Seguridad Social no entiende las normas de coordinación”* Y es que, a veces con sentencias como la que analizamos, podemos concluir *“los designios del legislador son inescrutables... especialmente para el propio legislador”*.