

Antonio Ojeda Avilés \*

# El proceso de integración europea en materia de Seguridad Social: principios, fines, medios

Sumario: A) *Los principios*. 1. *Análisis de los textos básicos*. 2. *El único punto adecuado de referencia*. B) *Los prerequisites, es decir, las dificultades existentes*. 1. *El equilibrio financiero de los sistemas nacionales*. 2. *La diversidad de sistemas nacionales*. 3. *La diversidad de niveles protectores*. C) *Los objetivos*. a) *Universalidad*. b) *Homogeneidad*. c) *Convergencia de los sistemas nacionales*. D) *Los medios*.

## A) LOS PRINCIPIOS

### 1. *Análisis de los textos básicos*

Si el modelo europeo de relaciones industriales se caracteriza, frente al adversativo de los Estados Unidos y al paternalista japonés, por la solidaridad, manifestada a través de la participación sindical en la gestión de la economía y en un robusto sistema público de Seguridad Social, llama la atención que los textos europeos más importantes apenas dediquen una atención relativa a esta última y a su voceada crisis. Una consistente red de protección frente a la necesidad, formada por el sistema público como punto de partida y por sus regímenes complementarios de segundo y tercer nivel, permite en Europa eludir las dramáticas consecuencias de la neutralidad pública que se observan en el país más poderoso de la tierra dando como resultado el conjunto de situaciones críticas que podríamos calificar con un solo apelativo, el de inseguridad social. En la Unión Europea, mejor o peor, cada Estado miembro se compromete en la tarea de ayudar al ciudadano en los casos de marginación social. Hay solemnes declaraciones en sus textos constitucionales que proclaman el compromiso social del Estado; en el Tratado de la Unión (TUE) existe asimismo la solemne declaración del artículo 2 en donde se incluyen como objetivos básicos el lograr un alto nivel de empleo y de protección social, así como la cohesión social, propuestas ambiciosas y al mismo tiempo esotéricas. Por desgracia en el artículo 3, cuando enumera las acciones a emprender para alcanzar los objetivos antevistos, y entre numerosas líneas de intervención de tipo económico y comercial, sólo alude al *fomento* de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros, a una *contribución* al logro de un alto nivel de protección de la salud, y a una *política* en el ámbito social que incluya un Fondo Social Europeo. Escasos medios para tan ambiciosos fines, podríamos resumir, que encuentran su correlato en las tibias prescripciones del título VIII, sobre el

\* Catedrático de Derecho del Trabajo.

Empleo. Lo más audaz y directo que en el Tratado hallamos en materia de Seguridad Social aparece en el artículo 42, y consisten en dos líneas de coordinación muy importantes, pero a fin de cuentas calificables como normas de conflicto en el sentido que al concepto se da por el Derecho Internacional: la totalización de los períodos de seguro, y la exportabilidad de prestaciones, dos aspectos muy relevantes para la Seguridad Social europea, que consagran medidas ya adoptadas en numerosos convenios bilaterales del período de entreguerras, pero que no orientan al legislador europeo ni a los Estados miembros sobre el rumbo a seguir para una más efectiva integración en esta materia. Es, al cabo, en el artículo 39, y en lo que supone una declaración general referida a la libre circulación de trabajadores, donde hallamos un principio de enorme importancia, que ha encontrado en el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) cumplida aplicación a lo largo de los años: «la libre circulación —proclama— 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».

• Pero el principio de trato igual, con ser importante también en la Seguridad Social europea, no es la regla mágica que todo lo resuelve. Tan es así que el «alto nivel de protección social» se encuentra en grave peligro por la globalización de la competencia empresarial, y ese trato igual se contempla paulatinamente por los diversos Estados miembros como una igualación por abajo, merced al endurecimiento de los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones o al empeoramiento de la calidad de la asistencia.

Los textos básicos del Consejo de Europa, como la Carta Social Europea de 1961 (revisada en 1996), el Código Europeo de Seguridad Social (1964), o el Convenio Europeo de Seguridad Social (1972), configuran una topografía de protecciones que vienen configuradas como potestativas <sup>1</sup> y abiertas <sup>2</sup>, o con excepciones significativas <sup>3</sup>, o resultan demasiado simplistas <sup>4</sup>. Por su parte, la Carta Comunitaria sobre Derechos Sociales Fundamentales de 1989, artículo 13, efectúa declaraciones avanzadas y realistas, pero que no difieren demasiado de los contenidos hoy día ya contemplados por el Reglamento 1408/71/CEE, y es asimismo ambiguo <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Artículo 2 del Código Europeo de la Seguridad Social: toda Parte Contratante debe elegir la aplicación de seis de las ocho partes o capítulos sobre contingencias, si bien el capítulo 2 (asistencia médica) cuenta como dos, y el capítulo V (vejez) vale como tres.

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, las prestaciones por desempleo, en el caso de que una Parte Contratante haya suscrito esta protección, abarcará, o bien al 50 por 100 de todos los asalariados, o bien a todos los residentes cuyos recursos no excedan de unos límites fijados por la autoridad competente.

<sup>3</sup> En el Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972, el artículo 2 excluye a la seguridad social complementaria regulada en los convenios colectivos, a la asistencia social, a la asistencia médica (concepto distinto, en este y otros tratados, a la protección por enfermedad) y a los regímenes especiales de funcionarios y de personal asimilado. Otros artículos dejan a los convenios bilaterales o multilaterales que puedan suscribir las Partes Contratantes determinados aspectos muy sustantivos, como la protección por enfermedad.

<sup>4</sup> El artículo 12 de la Carta Social Europea, referido a la Seguridad Social, considera que para hacer efectivo el derecho a la seguridad social de los trabajadores y las personas a su cargo, proclamado en la Parte I, las Partes Contratantes se comprometen a mantener una protección aseguratoria equivalente al menos a la del Convenio 102 OIT sobre Normas Mínimas de Seguridad Social, y a *esforzarse* por elevar progresivamente el nivel de la protección.

<sup>5</sup> Con arreglo a las modalidades propias de cada país —dice—, todo ciudadano de la

Fuera de Europa, los textos básicos contienen aún menos referencias a la Seguridad Social, destacando en tal sentido la Declaración sobre Derechos Humanos de la OIT (1998), donde no aparece ni siquiera mencionada.

En el proyecto de Carta Europea de Derechos Fundamentales hallamos la misma displicencia respecto a un sistema de protección pública que ocupa en los Estados miembros una gran parte de su presupuesto y es de vital interés para sus ciudadanos. El análisis de su texto realizado por la declaración conjunta de la Confederación Europea de Sindicatos y de la Plataforma de ONGs Europeas del Sector Social <sup>6</sup> dice que la formulación de los artículos 32 a 34 es «débil», opinión que suscribimos e incluso ampliamos, pues una Carta tan avanzada en la mayoría de los aspectos no puede quedar por debajo de lo que actualmente considera mínimo cualquiera de los textos antedichos, como vemos con sólo citar la ausencia de la protección por riesgos comunes o las prestaciones no contributivas en el artículo 32.

## 2. El único punto adecuado de referencia

Probablemente una referencia en el proyecto de Carta Europea de Derechos Fundamentales a un concepto matriz, y en concreto a definir la Unión como entidad *social* y democrática de Derecho, como aparece en las Constituciones de algunos Estados miembros <sup>7</sup>, se hubiera beneficiado del debate producido desde hace décadas en torno al concepto de Estado social. No es así, y no es este el momento de lamentarnos. En nuestra opinión, el único precepto que podemos utilizar como punto de referencia en el proceso de integración europea se encuentra en el artículo 2 TUE, cuando proclama como objetivo de la Unión un «alto nivel de protección social». Cuándo pueda entenderse realizado tal nivel es lo de menos, pues lo importante en el objetivo es la actitud favorable de los Estados miembros y el proceso en sí mismo de ir avanzando, y no retrocediendo, en la cobertura de los riesgos sociales, para lograr la plenitud de la ciudadanía social apuntada por T. Marshall (1963), y en búsqueda de la calidad social reclamada por el Manifiesto de Amsterdam.

Evidentemente hay aspectos en los que podemos progresar simultáneamente todos los Estados miembros desde la plataforma de la UE sin dificultades imposibles de superar, y otros en donde los obstáculos, ya de entrada, parecen insalvables. Es claro que los avances cualitativos, como pueden ser el ampliar la cobertura subjetiva a los residentes extracomunitarios, o la cobertura objetiva a la jubilación, deben superar escollos muy complejos pero no definitivos. En cam-

Comunidad Europea tiene derecho a una protección social *adecuada*, que comprende prestaciones contributivas *suficientes*, prestaciones no contributivas y asistencia social.

<sup>6</sup> *Working Paper on the draft of the EU Charter of Fundamental Rights (Conventium núm. 45). Preliminary Analysis carried out during the Conference organised by the ETUC and the Platform on 31st August and 1st September 2000*, Bruselas, 2000, fotocopiada, pág. 3.

<sup>7</sup> La Ley Fundamental de Bonn de 1949 dice que «La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social» (art. 20). De democracia económica, social y cultural habla la Constitución portuguesa de 1976, artículo 2. De Estado social y democrático de Derecho habla la Constitución española de 1978. La Constitución italiana de 1947 proclama en sentido algo distinto que «Italia es una República democrática fundada sobre el trabajo».

bio la integración cuantitativa, o en otras palabras, el proceso de convergencia en el montante de las prestaciones, no debe ser fácil, y menos aún en la Europa ampliada que se proyecta. La diferencia entre procesos cualitativos y cuantitativos queda siempre a la vista en todos los debates y planes comunitarios sobre Seguridad Social producidos hasta el momento, pues los temas tratados soslayan sistemáticamente el montante económico concreto. Sin embargo hay teorías para superar dicho obstáculo, a las que aludiremos después, e instrumentos adecuados para hacerlo. Lo que está fuera de toda duda es que los importes económicos de las prestaciones deben también buscar ese alto nivel al que aludimos, pues de otra forma las mejoras en la cobertura cualitativa resultarían puramente formales.

Nada de lo dicho anteriormente es nuevo para el legislador comunitario, ni para la jurisprudencia del TJE ni tampoco para la doctrina científica. El Reglamento 1408/71/CEE está lleno de reformas en el camino de la convergencia entre los Estados miembros, producto en su mayor parte de interpretaciones progresistas del TJE o de mandatos concretos del Consejo de Ministros. Un proyecto de reforma global del Reglamento citado, en donde se introducen significativas mejoras sustantivas, se halla en discusión en las instancias comunitarias y estatales correspondientes. En las páginas siguientes trataremos de ordenar el debate en marcha, para articular así una panorámica de las vías actualmente abiertas de aproximación al «alto nivel de protección social». No es misión del Manifiesto, en cambio, indicar qué tipo de indicadores han de utilizarse para medir el avance, si el de inversiones, el de actividades o el de resultados.

## B) LOS PRERREQUISITOS, ES DECIR, LAS DIFICULTADES EXISTENTES

### 1. *El equilibrio financiero de los sistemas nacionales*

Existe unanimidad en la doctrina científica en entender que toda mejora en la legislación europea debe salvaguardar, como dice M. DISPERSYN, el necesario equilibrio financiero de los regímenes nacionales de Seguridad Social. Se elude al peligro de una carga financiera imprevista que pueda hacer entrar en barrena la siempre crítica situación de las finanzas de la protección social en cada país. Una modesta reforma en cualquiera de las prestaciones significan alteraciones millonarias en el débito del sistema, y si es una reforma europea, la oscilación puede incidir simultáneamente en varios o en todos los países.

Aunque el pretendido déficit de un servicio público es una cuestión de prioridades en muchos casos, en el ámbito de la Seguridad Social el aspecto financiero es realmente importante y, con bastante frecuencia, puede convertirse en insostenible para los presupuestos de un Estado. Los mecanismos de control existentes—unanimidad en la aprobación de la reforma a nivel europeo, debate parlamentario a nivel estatal—detienen con celeridad las reformas costosas en una Europa más preocupada por la competitividad que por las necesidades sociales, tampoco garantizan que el veto acierte siempre en la tarea de mantener el delicado equilibrio entre el avance social y el equilibrio financiero.

Las sentencias Kohll y Decker, ambas de 24 de abril de 1998, han puesto el dedo en la llaga al considerar que un país no puede frenar los derechos comunitarios de

un ciudadano ondeando genéricamente el fantasma de la quiebra financiera del sistema nacional, sino que debe demostrarla en cada ocasión. En ambos casos se enjuiciaba la actuación de ciudadanos luxemburgueses que viajaron a países limítrofes y adquirieron ciertas prótesis cuyo reembolso solicitaron después a la Seguridad Social luxemburguesa. Aquí, como también en la Sentencia de 30 de enero de 1997, Stober y Piosa Pereira, «las medidas adoptadas por los Estados miembros en materia de Seguridad Social, que puedan tener una incidencia sobre la comercialización de productos médicos e influir indirectamente en las posibilidades de importación de dichos productos, están sujetas a las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías». A un argumento económico se replica con otro argumento económico para lograr, así, un objetivo social. Y, aunque la doctrina sentada en las sentencias se autolimita deliberadamente, el obstáculo de la quiebra financiera de los sistemas nacionales ha encontrado su contrapeso en una de las libertades fundamentales de la Unión Europea.

En las sentencias mencionadas existe además otro elemento a tener en cuenta: las adquisiciones realizadas en el extranjero se contemplaban como atendibles por la Seguridad Social luxemburguesa, aunque estos ciudadanos prefirieran realizarlas en los establecimientos de otros países. De haberse tratado de prestaciones no reconocidas en el sistema nacional propio, el TJE habría denegado el derecho al reembolso. Surge aquí la conveniencia de armonizar el ámbito de cobertura de los Estados miembros bastante más allá que el elenco de contingencias habitual en los textos básicos internacionales, como insistiremos más adelante.

### 2. *La diversidad de sistemas nacionales*

En 1957, cinco de los seis Estados que fundaron la Comunidad Económica Europea disponían de sistemas inspirados en la filosofía «bismarckiana», y uno sólo respondía al enfoque «beveridge»; en el año 2000, la diferencia entre unos y otros se encuentra más igualada, de nueve a seis, pero además los países bismarckianos han asumido buena parte de los argumentos beveridgianos, al introducir masivamente las prestaciones supeditadas a la necesidad (meanstested), asumir la financiación mediante impuestos estatales de partes significativas del sistema, y acercarse al ámbito subjetivo universal dentro de cada país.

Esto ha llevado a que las prestaciones no basadas en cotizaciones de los titulares, sino en los impuestos en cuanto residentes en el país pagador, tanto las no contributivas como las asistenciales en general, hayan proliferado sin que a la vez haya surgido en la legislación comunitaria la oportuna rectificación de la perspectiva bismarckiana que aún late en ella desde los orígenes. Se trata de que en el Reglamento 1408/1971 queda proclamado un único criterio de selección de la norma nacional aplicable, que es el de la *lex loci laboris*, con contadas excepciones referidas a algunos familiares del trabajador. Cuando el Reglamento nace en 1971, casi todos los Estados miembros garantizaban cobertura a sólo los trabajadores subordinados que hubieran cotizado previamente durante un mínimo de tiempo. Hoy día, en que la Seguridad Social de cualquier país atiende con la Seguridad Social a amplias capas de población necesitada que no dispone de empleo, el criterio del lugar de trabajo resulta insuficiente. El desfase fue puesto de relieve hace un lustro por los expertos (D. PIETERS, 1996), que han propuesto mantener el criterio del lugar de trabajo para las prestaciones sustitutorias (invalidez, vejez, muerte,

desempleo) e incorporar paralelamente el criterio de residencia, *lex loci domicilii*, para las indemnizatorias (familia, enfermedad, prestaciones no contributivas). La crítica que se ha hecho a tales propuestas pone de relieve la posible colisión entre los dos criterios selectivos si actúan en la misma persona según el tipo de contingencia. De ahí que el proyecto de nuevo Reglamento 98/0360, artículo 8.4, admita la propuesta pero modificada en un aspecto de relieve: continuará el principio de un único criterio de selección de norma aplicable para cada persona, el cual será el *lex loci laboris* para los trabajadores, y el *lex loci domicilii* para los no trabajadores.

### 3. La diversidad de niveles protectores

No sólo la filosofía de los sistemas nacionales difiere; también lo hacen los niveles protectores, debido a la diversidad macroeconómica de los Estados miembros. La cuestión fue puesta de relieve por el informe de la Comisión Europea sobre la protección social en Europa de 1994, cuando distinguió entre países miembros que siguen el modelo Bismark, países que siguen el modelo Beveridge, modelos intermedios (en aquel entonces, Países Bajos e Italia), y países con modelos «still in its infancy». La precariedad de estos últimos sistemas no permite una extensa armonización de los derechos y sus cuantías, pero tampoco facilita la coordinación entre ellos y los países denominados por B. SCHULTE como Estados de bienestar fuertes, en cuya parte superior se encuentran los miembros del «modelo nórdico», en donde el derecho a la seguridad social «se reconoce a todos los habitantes sobre una base individual, es decir, a quien reside permanentemente en un país nórdico, con amplia independencia de las circunstancias familiares, de ciudadanía o de empleo» (Brunn, 1994).

Al coincidir en buena parte los países de modelo débil con los países de intensa corriente migratoria durante las décadas posteriores a la 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial hacia los países de modelo fuerte, actualmente se encuentran en posición acreedora en materia de pensiones frente a los que recibieron a sus nacionales en aquel tiempo, en el sentido de que los países fuertes deben pagar las pensiones de invalidez o vejez de quienes retornan a su país de origen al quedar fuera del mercado de trabajo. La carga financiera de los países fuertes puede parecerles insufrible y generar una tendencia refractaria a facilitar el cobro de dichas pensiones, y, de reflejo, contra las sentencias del TJE que ordenan su reconocimiento. A ello se añade el fenómeno conocido por «Sozialtourismus», a cuya virtud los mejores hospitales de Europa, situados en los países de modelo sanitario fuerte, se ven visitados por los asegurados en otros Estados miembros mediante el subterfugio de un viaje turístico roto en las puertas del acreditado hospital por un aparente agravamiento de la enfermedad. Pese al reembolso de los gastos sanitarios por la institución competente del Estado de origen (art. 36 del Reglamento 1408/1971<sup>8</sup>), el centro hospitalario sufre una saturación no deseada.

Estas diferencias estructurales por razón de la economía son, a nuestro juicio, fácilmente superables, con el riesgo de producir un recorte en los sistemas con niveles de protección más elevados. Dos propuestas doctrinales, injustamente ignora-

<sup>8</sup> El reembolso por familia de los artículos 29 y 31 del Reglamento 1408/71 ha pasado a ser reembolso por persona desde los Reglamentos 3095/95(6) y 1223/98.

das, intentaron hacerles frente en torno a 1990: por una parte el profesor DISPERSYN (1989) sugirió, en línea con la entonces en boga serpiente monetaria, lo que denominaron una «serpiente social», consistente en determinar el nivel de protección de cada país, determinar conforme a los datos nacionales la media de protección europea, y consolidar el diferencial de protección entre países, con un fondo económico que serviría para ayudar a los que se alejaran por arriba o por abajo a volver al nivel de referencia. Por su parte, los profesores PIETERS, PALM y VANSTEENKISTE (1990) elaboraron la teoría del Decimotercer Estado, que hoy debería ser la del decimosexto: consistiría en un fondo económico vinculado a un sistema *standard* de protección social dirigido a los trabajadores comunitarios migrantes, los cuales podrían optar entre incorporarse al mismo o afiliarse al del país de acogida. Otras propuestas merecen también una reseña aquí, como la de la propia Comisión Europea (1988) de crear un Fondo Estructural para incentivar a las regiones más pobres a elevar sus niveles de protección.

### 4. Los cambios en las fluctuaciones migratorias

Dos fenómenos han venido a compensar, o cuanto menos a alterar, el panorama descrito entre países con sistemas fuertes y con sistemas débiles.

Por una parte, la vuelta a casa de quienes fueron a trabajar a los países del norte ha sido masiva en los años ochenta y noventa, pero ahora por crisis económica en los países de acogida. Volvieron al país de origen en situación de desempleo, y las cotizaciones ingresadas en el país con sistema fuerte les abrieron el camino para disfrutar de la protección contra el paro en el país de sistema débil (art. 67 del Reglamento 1408/71).

Por otra parte, los países del sur contemplan ahora la llegada masiva de nacionales de los países de sistema fuerte, pero en unas condiciones que con alguna frecuencia no son tan boyantes como sería deseable. Viajan a Italia o a España amparados en las que podemos llamar «conexiones transfronterizas débiles», por razones distintas al trabajo, con dos tipos principales: los transeúntes (turistas) con estancias inferiores a tres meses, y los residentes (pensionistas) que llegan al Mediterráneo a disfrutar de una jubilación bien ganada. Aunque no siempre deseen ponerse en manos de sistemas de salud tan precarios, disponen de pocas alternativas cuando la enfermedad es grave e imprevista: los hospitales del sur acaban con los mismos problemas de reembolso y pacientes no deseados que los del norte. Junto a ello, las pensiones de esos nuevos residentes no son tan elevadas como sería esperable, de modo que, si bien los países de acogida establecen diversos controles en el origen, comienzan a llegar pensionistas comunitarios a los débiles canales de asistencia social y de prestaciones no contributivas del lugar de residencia, para percibir las cuales valen los períodos de residencia cumplidos en el país de origen, a virtud de la totalización (art. 10 bis del Reglamento 1408/71).

El nuevo flujo migratorio ha invertido la tendencia, pues se dirige al sur, por lo que hasta cierto punto compensa los desequilibrios que venían sufriendo los países del norte.

Simultáneamente con el cambio aludido, la emigración clásica —de trabajadores— se mantiene con enorme fuerza, pero ahora con un origen puramente extra-

comunitario. Países del Magreb y del Este de Europa suministran mano de obra abundante para los puestos peor pagados de la Unión, apenas protegidos por los tratados de asociación y por la jurisprudencia del TJE. Los Reglamentos sobre Seguridad Social europea continúan siendo aplicables sólo a los «nacionales de uno de los Estados miembros, apátridas o refugiados» (art. 2, Reglamento 1408/71), y los intentos de coordinar al menos la asistencia sanitaria de los extracomunitarios que trabajan en Europa han resultado hasta el momento infructuosos.

### C) LOS OBJETIVOS

A pesar de las dificultades, existe una línea de tendencia en la Seguridad Social europea hacia el perfeccionamiento paulatino de sus mecanismos, que no se queda en la mera coordinación de los sistemas nacionales. Podemos resumir en tres objetivos los perseguidos por esa tendencia perfeccionista: universalidad, homogeneidad y armonización.

#### a) *Universalidad*

Desde Beveridge se considera que el propósito de la Seguridad Social debe ser el liberar de la necesidad a los ciudadanos («freedom from want»). Referido a la Unión Europea, el principio de universalidad se centra no tanto en el nivel de cobertura como en la coordinación plena entre sistemas nacionales, a la vista de las fuertes limitaciones de los Reglamentos actuales, y admite tres perfiles complementarios.

El primero es el de la universalidad subjetiva. Desde la inicial aplicación de los Reglamentos de coordinación a sólo los trabajadores subordinados europeos y sus familias, diversas modificaciones han puesto de relieve la tendencia a amparar a todos los migrantes en el ámbito europeo, pudiendo destacarse como más relevante la ampliación a los trabajadores autónomos, que se produce en 1981. Actualmente son tan escasas las diferencias entre la coordinación dispensada a los subordinados y a los autónomos, que los especialistas proponen hablar, sencillamente, de trabajador asegurado. Sin embargo, existen algunas diferencias todavía, como las Sentencias TJE de 30 de marzo de 2000, caso Banks, y de 10 de febrero de 2000, caso Fitzwilliam Executive Search, ponen de relieve, sobre todo porque los trabajadores autónomos utilizan varias libertades cuando se mueven en el espacio europeo, y no solamente la de circulación de trabajadores (Ph. Watson, 2000). Para evitar la mayor parte de las diferencias aún existentes, Marhold (2000) ha sugerido recientemente que el principio de *lex loci laboris* no es apropiado para ellos, por lo que debería aplicárseles el principio de *lex loci domicilii*, en armonía con lo existente en el Derecho Internacional sobre Fiscalidad.

Tras los autónomos, otros grupos de personas han adquirido el derecho a la coordinación de sus regímenes nacionales con los del Estado anfitrión: funcionarios en 1998, estudiantes en 1999. Queda el gran reto de los trabajadores extracomunitarios, sobre los cuales hay presentada una propuesta de Reglamento 98/C6/06 diri-

gida a reconocer la coordinación de sus derechos de Seguridad Social en cuanto causados en los Estados miembros.

El segundo perfil de la universalidad estriba en el ámbito objetivo de las contingencias cubiertas por los Reglamentos comunitarios. El debate se encuentra situado en torno a la liberalización de las prestaciones no contributivas, a las que el artículo 10 bis del Reglamento 1408/71 lastra con la exigencia de que el Estado competente las incluya o no en un listado *ad hoc*, con la condición añadida de que deben residir en el territorio del Estado concedente. Tienen razón PENNINGS (1994) y SÁNCHEZ RODAS (1997) cuando estiman que la consideración como especiales y su inclusión o no en el listado que las hace aplicables a los trabajadores migrantes son decisiones de cada Estado miembro que no vinculan al TJE a la hora de calificarlas como ordinarias o especiales. Junto al debate en torno a estas prestaciones, una nueva contingencia aparece en la propuesta de Reglamento 98/0360 (CNS), en verdad muy común en los Estados miembros y precisamente por ello necesitada de coordinación: las prestaciones de prejubilación (art. 52), que sustituyen a las prestaciones por desempleo en los años anteriores a la edad de jubilación, con objeto —dice el preámbulo de la propuesta— de incitar a los desempleados de edad madura a no volver al mercado de trabajo.

El tercer perfil de la universalidad se refiere a los límites normativos de las contingencias que son objeto de coordinación en la UE actualmente. Sólo las *legislaciones* nacionales se someten a las normas europeas de Seguridad Social, por lo cual quedan fuera los regímenes que se denominan complementarios de segundo y de tercer nivel, establecidos en la negociación colectiva o en los contratos de seguro privados que las empresas suscriben para sus trabajadores, salvo las escasas excepciones mencionadas en el artículo 1.*j*) del Reglamento 1408/71. Los planes de pensiones establecidos por los convenios colectivos, que tanta importancia tienen en la mayor parte de los países europeos, no disfrutaban de coordinación cuando el trabajador deja la empresa para marchar a otro país comunitario. Bien es cierto que sumar los períodos de cotización cumplidos por un trabajador en una empresa con los que pueda efectuar en otra empresa de otro país es una medida que contradice la filosofía común de estos planes, dirigida a fidelizar al trabajador con su empresa, a desalentar su marcha; pero precisamente el principio comunitario de libre circulación de trabajadores acentúa la obligación de tender puentes para superar ese tipo de obstáculos, que distorsionan la competencia, cuando el trabajador desea ofrecer sus servicios en otro país de la Unión. Hasta el momento sólo existe una propuesta de Directiva 98/C5/04<sup>9</sup>, relativa a la protección de los derechos a pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que se desplazan dentro de la Unión Europea. Tiene un ámbito muy limitado, pues contempla sólo el trato igual de las cotizaciones efectuadas por un trabajador que marcha a otro país comunitario con las cotizaciones de quienes permanecen en el propio país, incluso el pago de prestaciones, llegado el momento, así como la posibilidad de continuar cotizando al fondo de pensiones desde el extranjero, y el trato igual del Estado anfitrión a esas cotizaciones en el Estado de origen con las cotizaciones realizadas en propio suelo, sobre todo a efectos impositivos.

<sup>9</sup> OJ de 9 de enero de 1998. Una modificación de la propuesta se produce con la 98/C205/08 (OJ de 1 de julio de 1998).

b) *Homogeneidad*

Los siete Anexos del Reglamento 1408/71 y los once Anexos, el Apéndice y el Anexo B del Reglamento 574/72, sirven de ordinario para aclarar o detallar la aplicación de dichos Reglamentos a cada uno de los Estados miembros, como regla general. Pero la tentación de introducir matices restrictivos, tanto frente a los propios trabajadores como ante los ajenos, es muy fuerte cuando el Gobierno correspondiente sabe que apenas va a encontrar oposición. Las desviaciones existentes en tales Anexos son muy críticas, pues se refieren a normas o conceptos nacionales de los que no existen referencias fáciles<sup>10</sup>. La Comisión, los sindicatos, los tribunales y juristas en general, tardan demasiado tiempo en captar con nitidez dónde se encuentra la restricción indebida, y en tales casos lo más probable es que consideren que las autoridades nacionales tienen potestad para efectuar esas aplicaciones, o se remiten a los tribunales del país para que decidan sobre el particular, en un agotador peregrinaje de jurisdicciones<sup>11</sup>.

De todos los Anexos mencionados, el más problemático es el VI del Reglamento 1408/71, referido a las «modalidades particulares de aplicación de las legislaciones de ciertos Estados miembros». Es un documento extenso y complejo, donde todos los Gobiernos, salvo Italia, hacen sus propias opciones legislativas en manera distinta a como podrían hacerlo respecto a una Directiva.

Por su parte el Anexo V del mismo Reglamento intenta establecer las concordancias entre los grados de invalidez de cada Estado miembro con los de los restantes, pero sólo han resuelto este problema Bélgica, Francia, Italia y Luxemburgo.

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, la opción para los trabajadores por cuenta propia con asistencia sanitaria menos favorable que la de los trabajadores por cuenta ajena, prevista en el artículo 35.2 del Reglamento 1408/71, se concreta en el Anexo 11 del Reglamento 574/72 en sólo dos casos, Bélgica y Grecia, y en este último se mencionan la Caja de Seguros de los Artesanos y Pequeños Comerciantes; la Caja de Seguros de los Comerciantes; la Caja del Seguro de Enfermedad de los Abogados; y la Caja de Pensión y de Seguros del Personal Médico.

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, el cálculo de las prestaciones de jubilación de los trabajadores españoles que trabajaron en otros países europeos debe hacerse, a tenor de lo dispuesto en el Anexo VI.D.4 del Reglamento 1408/71, tomando como referencia las cotizaciones reales del trabajador en sus años trabajados en España, antes de partir para el otro Estado miembro, aunque actualizadas por la inflación de cada año. Dado que actualmente solicitan su jubilación los emigrantes que han estado treinta o más años en otros países europeos, el tener en cuenta las cotizaciones realizadas en los malos y antiguos empleos españoles no parece admisible. El Tribunal de Justicia Europeo utilizó una primera Sentencia de 12 de septiembre de 1996 (caso Lafuente Nieto) para determinar qué tipo de legislación tenía España dentro del artículo 47.1 del Reglamento 1408/71; en una segunda Sentencia de 9 de octubre de 1997 (caso Naranjo Arjona) indicó que la actualización de las antiguas cotizaciones podía ser acertada, pero que el determinarlo así correspondía a los tribunales españoles, y que el convenio bilateral hispano-alemán podía ser de aplicación en cuanto más favorable que el Reglamento, lo que también debían resolver los tribunales españoles. Por fin, la Sentencia de 17 de diciembre de 1998 (caso Grajera) confirma que el Anexo VI.D.4 es válido y que las actualizaciones deben ser suficientes, aunque el convenio hispano-alemán puede ser aplicable, lo que deben decidir los tribunales españoles. Pero el Tribunal Supremo español ha dictado aproximadamente treinta sentencias en donde ha adoptado cuatro posturas distintas: bases mínimas, bases máximas, bases medias según el Reglamento 1408, y bases medias según el convenio hispano-alemán.

Evidentemente no nos referimos aquí a la homogeneidad en el sentido de igualdad en las prestaciones y los requisitos entre los Estados miembros, sino a la interpretación uniforme de los Reglamentos, lo que se conseguiría con la supresión de un buen número de los Anexos mencionados y el análisis detenido de los restantes para excluir los incisos contrarios a la libre circulación.

c) *Convergencia de los sistemas nacionales*

El alto nivel de protección social que pide el artículo 2 TUE debe interpretarse en conjunción con los mandatos del artículo 136 del mismo texto, cuando elude a *equiparación* por la vía del progreso. Dos Recomendaciones de la Comisión Europea sobre criterios comunes y convergencia de objetivos y políticas sociales vieron la luz en 1992, sin que hayan tenido continuación desde entonces.

Aunque los Reglamentos comunitarios no se han conformado con establecer reglas de conflicto entre los sistemas nacionales, pues han llegado a establecer normas sustantivas de las que el máximo exponente es el del trato igual, objeto además de Directivas en lo referente a la discriminación del género, poco se ha avanzado en cuanto a intentar la convergencia de los sistemas nacionales. Por supuesto que nos estamos refiriendo con el concepto de armonización, no al equilibrio en las cargas sociales de las empresas, sino al nivel cuantitativo y cualitativo de las prestaciones sociales, pues el principio rector para lograr aquélla no puede ser tanto el de luchar contra las distorsiones de la competencia (enfoque económico) cuanto el de obtener un «alto nivel de protección social», del que hablábamos al principio. Los especialistas han abordado con muchas reservas las posibilidades de unificar los sistemas, aunque han sugerido algunas vías de convergencia y a veces han enunciado posibles principios comunes de los Estados miembros en las contingencias más relevantes (SCHULTE, 1993, vejez; LE GRAND, 1993, salud; Conferencia de Riga, 1999; etc.). Dos afirmaciones parecen claras:

a) Si no buscamos la convergencia, acentuaremos las divergencias.

b) La mera coordinación sin convergencia es competencia, como indica CLOTUCHE.

Hay una forma de converger, e incluso de armonizar<sup>12</sup>, que no implica ningún costo añadido para los Estados miembros, y que consiste en explicitar en una norma comunitaria los puntos de coincidencia y de aproximación que hoy día existen en los sistemas aseguratorios de los Estados miembros. Cuando se repasan las legislaciones nacionales en torno a las contingencias aseguratorias, sorprende observar cuán cerca se hallan en algunos puntos concretos unas de otras, y cómo en algunos casos coinciden. Un reglamento sustantivo podría plasmar estos núcleos comunes, y una Directiva podría exponer las constelaciones normativas alrededor de un punto intermedio. Hay estudios ya realizados al respecto, donde aparecen numerosos requisitos *standard*, es decir, comunes a una mayoría de Estados miembros, como puede ser la edad de jubilación a los 65 años o los 60 meses de

<sup>12</sup> Convergencia sugiere aproximación en vez de precisión, e insinúa movimiento hacia una meta en lugar del logro total de ésta; además, la estrategia de la convergencia no se refiere a las estructuras de las políticas de protección social, sino a los objetivos o efectos de dichas políticas (LE GRAND).

cotización para tener derecho a las prestaciones por invalidez causada por riesgos comunes, *standard* del cual difiere una minoría de países en mejor o en peor.

#### D) LOS MEDIOS

El proceso de integración europea en materia de Seguridad Social no puede ser pleno si los esfuerzos hechos en tal dirección no cuentan con dos instrumentos fundamentales.

El primero de ellos es la participación de los interesados, a través de sus representantes. Actualmente el núcleo duro de participación es la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, que se reúne con cierta frecuencia y llega a acuerdos realmente importantes en torno a la interpretación de los Reglamentos sobre materia, como por ejemplo la Decisión 174, de 20 de abril de 1999 (JO de 19 de febrero), sobre ampliación de la asistencia sanitaria coordinada a todo nacional de un Estado miembro con seguro voluntario u obligatorio aunque no sea trabajador. Pero en la Comisión Administrativa sólo están los representantes de las autoridades nacionales y los miembros de la Comisión. Los sindicatos y las asociaciones de empresarios se hallan representadas en un organismo tripartito, la Comisión Consultiva, sin fuerza alguna para influir en las decisiones del otro organismo, pues sus tareas consisten en formular dictámenes y propuestas para la Comisión Administrativa (art. 83 del Reglamento 1408/71). Es preciso reforzar, no sólo las tareas, sino también la composición de esa Comisión Consultiva, si deseamos lograr la convergencia en el progreso. El reforzamiento de las tareas no debiera suponer la extinción del otro organismo, muy eficaz en la eliminación de obstáculos administrativos y para la coordinación de las autoridades de los distintos Estados miembros, sino una incorporación a algunos de sus cometidos. El reforzamiento de la composición implica el dar entrada en la Comisión Consultiva a dos tipos de organizaciones muy similares a los sindicatos, pero no idénticas: las ONGs del sector social, por un lado, y las asociaciones de emigrantes, por el otro. Ellas son las que dominan la información y agrupan a los interesados en un buen funcionamiento de los mecanismos coordinadores, quizá con mayor intensidad que los propios sindicatos. Una composición reforzada de este tipo dirige a la Comisión Consultiva hacia una estructura similar a la del Comité Económico y Social, aunque en la primera se encuentran también los representantes de las autoridades nacionales. Un foro semejante no debería ser, empero, muy numeroso si quiere ser eficaz.

El segundo instrumento necesario para la integración en Seguridad Social consiste en corregir hasta cierto punto el requisito de la unanimidad que se precise hoy día para cualquier reforma que deba hacerse en esta materia a nivel europeo. En el Congreso de Estocolmo de 1996 se hicieron propuestas en tal sentido, hacia las cuales ha mostrado la Comisión Europea una posición favorable, de tal modo que las reformas que no impliquen creación de nuevos derechos puedan ser aprobadas por mayoría, bien sea simple o cualificada, de la Comisión. El Consejo seguiría aprobando por unanimidad los aspectos de relieve, pero quedaría descargado de todo cuanto significara simplificación, coordinación administrativa, o constatación de realidades ya existentes. De esta manera no habría que esperar a la sobrecargada agenda del Consejo de Ministros para la multitud de reformas de menor nivel,

dejando en cambio para una decisión de altura las cuestiones financieramente trascendentales.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- MANIFIESTO DE AMSTERDAM, BECK, VAN DER MAESEN, WALKER (eds.), *The Social Quality in Europe*, Kluwer Law Int., Londres, 1997.
- BRUUN, N., *The Transformation of Nordic Industrial Relations*, Institutet för arbetslivsforskning-ALFI, reprint núm. 4, 1994.
- DISPERSYN, M., *La serpent sociale européenne*, in EISS Yearbook, 1989, «Social Security in Europee 1992», Amersfoot, 1989.
- LE GRAND, J., *La convergencia de la salud y las políticas de la asistencia sanitaria en la Comunidad Europea*, en MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (ed.), «Convergencia de políticas sociales», Madrid 1993.
- MARHOLD, F., *The Free Movement of the Self-employed in Relation to the Free Movement of the Employed and in the Light of the European Strategy of Employment*, en «The free movement of thee self-employed within the European Union and the co-ordination of national social security systems», European Conference, Atenas, 2000.
- MARSHALL, T. H., *Sociology at the crossroad*, Londres, 1963.
- PENNINGS, FT. (ed.), *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer Sovac Series on Social Security, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1994.
- PIETERS, D., *Vision d'une simplification radicale de la coordination des régimes de sécurité sociale*, en «25 années de Règlement (CEE) No. 1408/71 sur la sécurité sociale des travailleurs migrants», Estocolmo, 1997.
- PIETERS, PALM and VANSTEENKISTE, *Le troisième État*, «Revue Belge de Sécurité Sociale», Bruselas, 1990, 856 y sigs.
- SÁNCHEZ RODAS, C., *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Comares, Granada, 1997.
- SCHULTE, B., *Convergencia de las políticas de protección social de los Estados miembros de las Comunidades Europeas en base a objetivos establecidos en común. Protección de la vejez*, en MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (ed.), «Convergencia de políticas sociales», Madrid, 1993.
- *La financiación de los sistemas de protección social en la Europa comunitaria*, en MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (ed.), «Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales», Madrid, 1992.
- CONFERENCIA DE RIGA: *Coordination of Social Security Schemes in connection with the Accession of Central and Eastern European States*, Y. Jorens and B. Schulte, ed., La Charte, Bruselas, 1999.
- WATSON, PH., *The free movement of the self-employed under primary and secondary EEC law: promotion of mobility and elimination of obstacles*, en «The free movement of the self-employed within the European Union and the co-ordination of national social security systems», European Conference, Atenas, 2000.