

Libertad de circulación y transferencia de derechos de seguridad social

Los derechos de pensión y las normas de coordinación de la
CE relativas a la legislación aplicable a la luz de la migración y
de los cambios del mercado de trabajo

Ann Numhauser-Henning

Profesora de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la
Universidad Lund de Suecia. Directora del Programa de
Investigación Norma (Desarrollo normativo en el aspecto social)

Index

1.	Introducción	185
2.	Sobre movilidad y migración	189
3.	Regímenes de pensiones y empleo / seguridad social sostenibles	191
3.1	Antecedentes generales	191
3.2	Regímenes de pensiones, empleo sostenible y trabajadores de más edad	196
3.3	Regímenes de pensiones, empleo sostenible y mujeres trabajadoras	200
3.4	Regímenes de pensiones, cohesión social sostenible y protección básica	203
4.	Normas de coordinación de la CE sobre la legislación aplicable y la movilidad	205
4.1	Antecedentes generales	205
4.2	El trabajador inmigrante tradicional	209
4.3	El trabajador inmigrante flexible	211
4.4	El viajero diario transfronterizo/ trabajador fronterizo	213
4.5	Gestión paneuropea del trabajador «migrante»	214
5.	Conclusiones	216
	Bibliografía	223
	Notas	226

Libertad de circulación y transferencia de derechos de seguridad social

Los derechos de pensión y las normas de coordinación de la CE relativas a la legislación aplicable a la luz de la migración y de los cambios del mercado de trabajo

Ann Numhauser-Henning

1. Introducción

El objetivo específico de este estudio es examinar las normas del Reglamento (CEE) nº 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social, especialmente los regímenes de pensiones, a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias en caso de traslado dentro de la Comunidad, e investigar cómo se interrelacionan esas normas con las necesidades del mercado de trabajo y las pautas de migración actuales. Examinaré también los regímenes nacionales de pensiones y las posibles reformas de dichos regímenes a la luz de los cambios del mercado de trabajo y del empleo sostenible. Sin embargo, este estudio no es un «Informe europeo» en el sentido más estricto, ya que no está basado en un conjunto de informes nacionales y representa un enfoque más bien «ensayístico». Los informes nacionales, previstos precisamente para septiembre de 2002, nos aportarán pronto información detallada sobre las estrategias nacionales de pensiones de los diferentes Estados miembros como parte del «Proceso de pensiones» adoptado por el Consejo en diciembre de 2001 y aprobado en la cumbre de Laeken del mismo mes. En el proceso de modernización del Reglamento nº 1408/71 se estudiarán las normas de coordinación con la intención de disponer de un nuevo reglamento a finales del 2003.¹

El Reglamento nº 1408/71 se introdujo en un primer momento como una medida necesaria para garantizar la libre circulación de los trabajadores, una de las cuatro «libertades» que constituyen la esencia de la Comunidad y del mercado único. Desde entonces han pasado muchas cosas, tanto en los mercados de trabajo como en la integración europea.² La Unión Europea (UE) ha ampliado sus ambiciones, y la integración social, no sólo la económica, es ahora parte esencial de la política europea, combatiendo la pobreza y la exclusión social y promoviendo la cohesión económica y social.

Mi punto de partida consiste en que el mercado de trabajo y el sistema de seguridad social son dos sistemas que interactúan entre sí, siendo el mercado de trabajo el sistema dominante. La función básica de la seguridad social es rellenar las lagunas de sostenimiento propias del orden del mercado de trabajo, ya que éste no puede funcionar como un orden social de distribución de recursos sin un sistema distributivo suplementario que garantice el sostenimiento razonable de los que, durante períodos más largos o más cortos, no pueden ganarse el sustento en

dicho mercado de trabajo. Hay por lo tanto una relación de mutua dependencia entre los dos sistemas. Todos los cambios que experimente el primero afectarán a la seguridad social de una forma u otra, si bien la influencia actúa también en sentido contrario, pues la forma que adopte la seguridad social tendrá efectos en el mercado de trabajo y en la familia. De ahí la importancia de analizar los regímenes de pensiones y las normas de coordinación relativas a los mismos. El mercado de trabajo es una estructura dinámica que ha experimentado cambios y transformaciones fundamentales en las dos últimas décadas. La seguridad social está obligada a reaccionar ante los cambios que emanan de la estructura dominante del mercado de trabajo, y cualquier reticencia a la adaptación puede influir desfavorablemente en el desarrollo europeo, tanto al nivel de los Estados miembros como a nivel de la propia Unión.

Durante las décadas siguientes a la Segunda Guerra Mundial el mercado de trabajo se caracterizó por las siguientes condiciones. El sistema primario de distribución, el trabajo y los salarios, englobaba, en general, a toda la población en grupos de edad laboral, sin que se diera ninguna exclusión permanente o de larga duración de determinados grupos. La gente, o por lo menos la parte masculina de la población, tenía una ocupación retribuida durante la mayor parte de su vida. Conseguían su primer trabajo inmediatamente después de acabar la escuela y seguían trabajando hasta llegar a una edad en que no era razonable pedirles que continuaran. La parte restante de su vida era bastante corta. El empleo típico era un trabajo a tiempo completo durante un periodo de tiempo indeterminado y la carrera profesional típica consistía en estar toda la vida en la misma profesión u ocupación sin interrupciones para llevar a cabo otras actividades. La entidad de sostenimiento básica era la familia, compuesta por el sostén familiar masculino y su esposa, que dejaba de trabajar fuera de casa tras el matrimonio. Los salarios, complementados por unas prestaciones de seguridad social en función de las rentas anteriores, proporcionaban un nivel satisfactorio de ingresos a todos los hogares «normales».

Ahora todo esto ha cambiado. Estos cambios se derivan de los cambios que han experimentado los sistemas subyacentes, tanto en el sector productivo, la nueva economía, la sociedad del conocimiento, la globalización y el aumento de la competencia, como en los modelos familiares y demográficos.

La seguridad social ya no se puede erigir sobre la presunción de que hay «pleno empleo», sino que debe aprender a afrontar el «desempleo» y el riesgo de exclusión. La continua exclusión de las personas mayores y los cambios demográficos hacia tasas de natalidad más bajas y una esperanza de vida más larga han alterado las condiciones básicas de los regímenes de pensiones para la tercera edad, muchos de los cuales ya no son sostenibles. Este proceso, descrito como la «flexibilización» de la vida laboral, hace necesario adaptar la seguridad social a las nuevas formas de empleo (como el trabajo por cuenta propia) y a carreras profesionales más heterogéneas.³ Además, como consecuencia de la creciente participación de la mujer en el mercado de trabajo y de los nuevos modelos familiares, la seguridad social no puede seguir basándose en la familia con un único sostén masculino y en el empleo masculino típico. Hay tipos de hogares nuevos que no pueden alcanzar un nivel de vida suficiente mediante los salarios y la parte de la seguridad social asociada a las rentas, como, por ejemplo, el de una anciana soltera sin una pensión asociada a las rentas. Podemos decir, con Sarfati y

Bonoli, que «las instituciones de protección social que hemos heredado eran eficaces en el contexto socioeconómico de la posguerra, pero parecen menos adecuadas para afrontar los problemas y desafíos de hoy».⁴

Ya en diciembre de 1996, la Declaración sobre el Empleo del Consejo Europeo de Dublín recalcó la necesidad de crear sistemas de seguridad social más acordes con el empleo desarrollando sistemas de protección social capaces de adaptarse a las nuevas formas de trabajo y de dar una protección adecuada a las personas que las desempeñan.

El Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2002 reconoció que el fomento de una sociedad basada en el conocimiento es una condición clave para la competitividad y el crecimiento en una economía global. La propia Unión se comprometió a conseguir «el nuevo objetivo estratégico para la próxima década de llegar a ser la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de mantener un crecimiento económico sostenible con más y mejores empleos y mayor cohesión social». podría decir que esta estrategia está pensada para ayudar a Europa a recuperar las condiciones para el pleno empleo. Así, en la línea de la política anunciada en Dublín, esta estrategia considera que los objetivos económicos, los objetivos de empleo y los objetivos sociales son interdependientes y se refuerzan entre sí. Posteriormente, en la primavera de 2001, esa estrategia se concretó en Estocolmo y se complementó además con una consideración ecológica con vistas al *desarrollo sostenible* general en el seno de la Unión.⁵ En la cumbre de Barcelona de marzo de 2002 se analizó y refrendó los progresos conseguidos en los dos primeros años de la estrategia de Lisboa.

En materia de empleo, el objetivo de Lisboa fijado para la Unión consiste en alcanzar una tasa de empleo del 70% para el 2010. Se fijaron también objetivos especiales relativos a las mujeres (una tasa de ocupación del 60% para el 2010) y a los trabajadores de más edad (una tasa de ocupación del 50% para el 2010). Esto último requiere poner especial empeño en exhortar a los trabajadores de más edad a permanecer en activo. Según el informe de la Comisión sobre el «Aumento de la participación de la mano de obra y fomento del envejecimiento activo», el objetivo global debe ser «garantizar que las generaciones de trabajadores presentes y futuras permanecerán en activo conforme se hagan mayores; atraer al mercado de trabajo y de un forma duradera a una parte sustancial de los que actualmente están inactivos pero pueden trabajar, en especial las mujeres; y mantener la participación de los actuales trabajadores de más edad, ante el riesgo de jubilación anticipada de los mayores de 50 años». El informe exhorta a los Estados miembros para que apliquen un planteamiento dinámico de ciclo vital y confieran atractivo al hecho de trabajar, por ejemplo, reduciendo los incentivos a la jubilación anticipada e introduciendo fórmulas de jubilación flexibles y graduales para aumentar las oportunidades de que los trabajadores mayores permanezcan en el mercado de trabajo.⁶ Esta estrategia de *empleo sostenible* implica también tomar medidas para el desarrollo de la competencia y las cualificaciones de los trabajadores a lo largo de su vida, esto es, para la empleabilidad.

Esta estrategia implica también la erradicación de la pobreza. La percepción de las tendencias en pobreza y exclusión social es muy dispar en los Estados miembros. Especialmente preocupante es la proporción, todavía elevada, de personas con rentas bajas, en el umbral de pobreza (estimada en el 18% en febrero de 2002)⁷. En este sentido, ya se ha puesto en marcha un «Proceso de inclusión social» con Planes Nacionales de Acción con el objetivo de elaborar un Informe conjunto sobre

exclusión social de acuerdo con el método abierto de coordinación (utilizado ya en los ámbitos de política económica y de política de empleo). Los sistemas de seguridad social son, por supuesto, cruciales para la *cohesión social sostenible*. Como ha quedado dicho anteriormente, para garantizar la adecuación de los sistemas de pensiones se ha extendido el método abierto de coordinación hasta cubrir reformas estratégicas en los Estados miembros con la finalidad de alcanzar objetivos tanto sociales como económicos de una forma sostenible, de acuerdo con los objetivos adoptados en Laeken.⁸ Posteriormente, en la cumbre de Barcelona, el Consejo (Política Social y de Empleo) definió el objetivo como «salvaguardar la capacidad de los sistemas para que cumplan sus objetivos sociales, garantizando la sostenibilidad financiera y adaptando su capacidad con objeto de satisfacer las nuevas necesidades de la sociedad». En este contexto, podemos hablar de *sistemas de pensiones sostenibles* a largo plazo.

Además, en la cumbre de Barcelona de marzo de 2002, el Consejo Europeo dio la bienvenida al Plan de acción de la Comisión sobre las capacidades y la movilidad.⁹ Ese Plan de acción resalta la *función clave para el desarrollo económico y social europeo de una mayor movilidad profesional y geográfica* en el seno de la UE. Dicho Plan de acción está basado en el informe del Grupo de trabajo de alto nivel sobre cualificaciones y movilidad del 14 de diciembre de 2001¹⁰, que está basado a su vez en los tres principios fundamentales siguientes: «En primer lugar, la libertad de circulación en el mercado único europeo es un objetivo fundamental de la Unión Europea, y todos los obstáculos que lo impidan deben ser suprimidos. En segundo lugar, el desarrollo de una sociedad basada en el conocimiento es un determinante fundamental de la competitividad y el crecimiento en una economía global y, por lo tanto, se deben reforzar las políticas dirigidas a fomentar las capacidades en Europa. En tercer lugar, la consecución de la libertad de circulación y la construcción de una sociedad basada en el conocimiento son condiciones claves para alcanzar el objetivo final del pleno empleo en Europa, establecido en el Consejo Europeo de Lisboa en la primavera del 2000». En lo que respecta a la movilidad geográfica, el Grupo de Trabajo surgió a la Comisión y a los Estados miembros para que acelerara la modernización del marco normativo que regula la transferibilidad de derechos de seguridad social y pensiones.

Ese Plan de acción tiene por objeto abordar tres grandes desafíos: la insuficiente movilidad profesional, los bajos niveles de movilidad geográfica y el escaso acceso a información sobre movilidad. En lo que respecta a la movilidad geográfica, se hace una mención especial del mantenimiento efectivo de los derechos de seguridad social de los trabajadores que pasen a vivir de un Estado miembro a otro; al acceso efectivo al derecho de residencia y de trabajo en otros Estados miembros; a la creación de la tarjeta sanitaria europea y a la creación de derechos de pensión suplementarios transferibles, así como a la intensificación de los esfuerzos tendentes a crear un mercado único en servicios transfronterizos y a suprimir obstáculos a la libertad de asentamiento.

Dicho de otra forma, el desarrollo sostenible, consistente en el empleo sostenible, la cohesión social sostenible, los sistemas de seguridad social sostenibles y los regímenes de pensiones sostenibles, se debe considerar un objetivo general de la Unión y de sus diversas estrategias, siendo la movilidad y la integración elementos cruciales en la consecución de dicho desarrollo. En este contexto, la próxima ampliación de la Unión puede considerarse el desafío definitivo, ya que sus implicaciones en los patrones de empleo y movilidad en el seno

de una Europa más grande (y por lo tanto en el enfoque normativo) son, lógicamente, muy difíciles de prever. El Plan de Acción de la Comisión establece: «Con vistas a la ampliación, se debería instar a los países candidatos a que cumplan, en la medida de lo posible, los objetivos marcados en el presente Plan de acción. Independientemente del hecho de que, después de su adhesión, la movilidad de la mano de obra de los países candidatos hacia la UE estará sometida a un sistema flexible de períodos de transición, los nuevos Estados miembros comparten la necesidad de promover una mano de obra más capacitada y adaptable.»

2. Sobre movilidad y migración

La situación actual de la movilidad en Europa es la siguiente, según el informe de la Comisión «Empleo en Europa en el 2001»: el flujo total de inmigración en la UE en 1998–99 fue de algo más de 2 millones de personas, lo que representa el 0,8% de la población en edad laboral total. Menos de la mitad (el 41,3%) de ese flujo migratorio provenía de otros países de la UE, mientras que el 58,7% provenía de fuera de la UE.¹¹ La importancia relativa de la *movilidad intracomunitaria* con respecto a la inmigración total varía en los diferentes Estados miembros. Las proporciones más altas se encuentran en Irlanda (el 83%, donde los inmigrantes constituyen el 1,6% de la población en edad laboral), en Grecia (el 77,1%, aunque los inmigrantes sólo constituyen el 0,2% de la población en edad laboral) y en Luxemburgo (el 72,1%, donde los inmigrantes constituyen ya el 4,5% de la población en edad laboral). La migración intracomunitaria es muy baja en Francia (el 6,1%, donde los inmigrantes constituyen el 0,3% de la población en edad laboral), así como en Italia (el 22,1%, donde los inmigrantes constituyen el 0,4% de la población en edad laboral), en Portugal (el 31,6%, e inmigrantes, el 0,2% de la población en edad laboral) y en Austria (el 35%, e inmigrantes, el 1,4% de la población en edad laboral).¹² Estos datos sugieren que ha habido un pequeño incremento de la movilidad transfronteriza en el seno de la UE en los últimos cinco años en la mayoría de los Estados miembros, con la excepción de Alemania. El descenso de la inmigración a Alemania desde otros países de la UE ha hecho que la movilidad transfronteriza al nivel global de la UE parezca totalmente estática. Las cifras relativas a Alemania se atribuyen al relativamente bajo crecimiento del empleo en ese país, mientras que el aumento observado en otros países se atribuye al cambio social y demográfico y a los procesos de integración europea, así como a la reestructuración de los mercados de trabajo.¹³ Se considera que la movilidad en Europa es mucho más baja que en Estados Unidos, aunque en ese país está descendiendo como consecuencia del envejecimiento de la población. La inmigración neta (procedente de fuera de la UE) también es considerablemente menos importante en Europa que en Estados Unidos, aunque se supone que deberá ser cada vez más importante si ha de compensar la prevista reducción de la población en edad laboral.

Mientras que la movilidad geográfica entre Estados miembros de la UE sigue siendo relativamente baja, la movilidad geográfica entre regiones y la incidencia de las personas que viajan diariamente al trabajo son altas y cobran cada vez más importancia. La *movilidad regional* de los trabajadores, que implica un cambio de residencia, alcanza las cotas más altas en Austria, Francia, los Países Bajos y el Reino Unido y las más bajas en España, Grecia y Bélgica. El 0,4% de la población ocupada total de la UE (aproximadamente 600.000 personas) trabajaba en un país diferente

al país de residencia principal, pero sólo aproximadamente la mitad de esas personas viajaba diariamente a otro Estado miembro de la UE.¹⁴ La incidencia de los *viajeros diarios transfronterizos* alcanzaba las cotas más altas en Austria, Bélgica, Francia y Luxemburgo, donde superaba el 1% de la población activa.¹⁵

Son sobre todo los *jóvenes* y los trabajadores *altamente cualificados* los que tienen cada vez mayor movilidad.¹⁶ *La movilidad de los estudiantes* ha aumentado mucho en los últimos años, pero sigue sin alcanzar el 2% de todos los estudiantes de enseñanza superior de la UE.¹⁷ Los trabajadores más jóvenes eran más propensos a combinar el trabajo con los estudios, y su porcentaje de ocupación en trabajos a tiempo parcial aumentó notablemente en el período 1995–2000, especialmente en los Países Bajos y Dinamarca.¹⁸

El empleo tradicional sigue existiendo, pero no es igual que antes. Ya no es realista esperar tener un trabajo para toda la vida.¹⁹ Desde luego, sigue habiendo trabajadores a tiempo completo (en realidad, la mayoría). Algunos de ellos han trabajado toda su vida o todavía trabajan en la misma profesión o en el mismo sector (es posible que incluso en la misma empresa) que cuando iniciaron su carrera profesional, si bien el número de trabajadores que están en esta situación es reducido, pues las reestructuraciones y otras causas han marginado a la mayoría de los trabajadores mayores que ocupaban esos empleos.²⁰ El puesto de trabajo para toda la vida apenas encuentra algún hueco entre las expectativas de futuro, ni siquiera en el caso de los trabajadores del grupo principal. Es urgente que los sistemas piensen en la formación permanente y en la movilidad profesional.

La movilidad profesional se refleja en las cifras de conservación del trabajo. Dentro de la estabilidad general de esas cifras, el porcentaje de trabajadores que en el año 2000 había permanecido menos de dos años en su empleo aumentó algo en comparación con el año 1995 (el 26,5% con respecto al 23,3%), tanto como consecuencia de la creación masiva de empleo a lo largo de ese periodo como de una mayor movilidad profesional.²¹ La movilidad de un trabajo a otro está aumentando entre los trabajadores altamente cualificados, y es ligeramente superior en las mujeres que en los hombres.²² La probabilidad de desempleo es considerablemente más alta en el sector industrial que en el sector servicios, mientras que las personas altamente cualificadas son las que tienen menos probabilidades de desempleo en la UE.²³ La movilidad profesional es con frecuencia un requisito previo para la movilidad geográfica.

La movilidad de las personas, el desarrollo de los recursos humanos, la creación de empleo y la movilidad de puestos de trabajo dentro y hacia las regiones que se están quedando rezagadas deben considerarse también cuestiones interrelacionadas y complementarias. Los esfuerzos para favorecer la movilidad geográfica se deben combinar con medidas que favorezcan la movilidad profesional, a fin de dar facilidades a los trabajadores para cambiar de sector y de región al mismo tiempo, pero también se debe intentar promover un desarrollo y un crecimiento sostenible en las regiones menos favorecidas. Por lo tanto, concluye la Comisión, «la promoción de la movilidad geográfica no pone en entredicho la necesidad de crear nuevas oportunidades de empleo y de mejorar la calidad de vida, especialmente en las regiones menos favorecidas, aspecto éste que será aún más crucial en una Europa ampliada».²⁴

En su «Nueva estrategia a favor de la apertura, a más tardar en el 2005, de nuevos mercados de trabajo europeos», la Comisión ha resumido los cambios de la forma

siguiente: «En los últimos años, la naturaleza de la movilidad ha registrado grandes cambios en la UE. Sus principales características son las siguientes: la movilidad se suele producir entre centros urbanos (...) y en los sectores de alta tecnología y fuerte crecimiento (...) Los trabajadores móviles son jóvenes (...) y altamente cualificados (...) se observa una tendencia cada vez más acusada hacia tres tipos de migración: la migración temporal (...), los desplazamientos transfronterizos regulares (...) y el aumento de la gestión paneuropea de los recursos humanos por empresas multinacionales».²⁵

Los datos empíricos presentados anteriormente pretenden ser un análisis en las líneas establecidas por las siguientes categorías: *el trabajador migrante tradicional* que se traslada al «estado de trabajo», dejando quizás a la familia en el hogar, y que luego vuelve a su estado de origen (apartado 4.2); *el trabajador emigrante flexible*, ya sea altamente cualificado o esté en una situación más precaria (apartado 4.3); *el trabajador fronterizo / viajero diario transfronterizo*, ya ocupe un trabajo tradicional o un trabajo flexible, o ambos (apartado 4.4); y *el trabajador migrante directivo paneuropeo* y otras situaciones como desplazamientos, etc. (4.5).

En realidad, fomentar estos tipos diferentes de trabajo puede parecer controvertido. La mayoría de ellos presentan ventajas y desventajas, pero, en términos generales, todos han llamado la atención por ser más o menos cruciales para el empleo sostenible. Por lo tanto, creo que está justificado considerar las normas de coordinación del Reglamento nº 1408/71 desde el punto de vista de cada uno de esos grupos. En la medida en que existen, los problemas merecen soluciones adecuadas, y algunas veces las normas deben ser reformuladas de manera que fomenten realmente el desarrollo sostenible en esas formas de trabajo.

3. Regímenes de pensiones y empleo / seguridad social sostenibles

3.1 Antecedentes generales

En cualquier descripción histórica de los regímenes de seguridad social en el contexto europeo emergerán cuatro modelos diferentes. Bismarck fue el primero en introducir un régimen de seguridad social «moderno» en Alemania en la década de 1880. El modelo de seguridad social de Bismarck es aplicable ante todo a los trabajadores (y a algunos grupos de profesionales autónomos) y asegura los miembros de sus familias a través de derechos derivados. Las prestaciones están asociadas a los ingresos y el régimen se financia mediante cotizaciones. Más tarde apareció el modelo de Beveridge, que se desarrolló en el Reino Unido durante la Segunda Guerra Mundial. Normalmente de aplicación universal, sus prestaciones son a tanto alzado y se financian sobre todo mediante ingresos procedentes de impuestos estatales, aunque las rentas más altas se han de financiar de forma privada. A estos dos modelos se puede añadir un modelo nórdico y un modelo del sur. El modelo nórdico es universal (basado en la residencia) y de naturaleza individual, y la recaudación tributaria es importante para su financiación. El modelo del sur se aplica en los países tradicionalmente católicos, donde la familia y la Iglesia son importantes proveedores de seguridad social. Los regímenes de seguridad social públicos aparecieron con objeto de complementar el trabajo asalariado de los trabajadores con unas prestaciones que están por lo tanto

asociadas a los ingresos y que incluyen a los miembros de la familia a través de derechos derivados. En el mundo real de hoy día no hay modelos claramente diferenciados, sino que son numerosas las combinaciones diferentes de los modelos históricos aquí esbozados. En ese sentido, allá donde había una protección básica universal, con el tiempo ha aumentado la protección asociada a los ingresos y, donde había una protección de los trabajadores asociada a los ingresos, se ha desarrollado una protección más básica y universal, etc.

A pesar de la existencia de modelos diferentes, se puede decir en términos generales que los regímenes de pensiones europeos tienen algunas características en común y se enfrentan a algunos desafíos comunes. La desaparecida profesora Anna Christensen los resumió de la forma siguiente: «Los regímenes de pensiones están basados en las condiciones económicas y demográficas que prevalecieron durante décadas tras la Segunda Guerra Mundial, cuando la mayoría de ellos adquirieron su forma actual. La edad pensionable se fijó en las cercanías de la duración media de la vida, con el supuesto normativo subyacente de que las personas debían trabajar mientras pudieran hacerlo, por lo que el período de cobro de pensión era muy corto en comparación con la duración de la vida laboral. Fue ese un período en que todos daban por hecho que los salarios y el nivel de vida seguirían creciendo de generación a generación, y que todas las generaciones siguientes serían tanto o más numerosas que las de sus padres. Sin embargo, estas condiciones han cambiado de forma drástica. El cambio más importante radica quizás en el aumento de la esperanza media de vida, que en Europa se acerca ya a los 80 años. Este cambio demográfico no ha acarreado ningún cambio de la edad pensionable, que sigue siendo la misma que en los años cincuenta. El otro cambio importante radica en el descenso de las tasas de natalidad. El resultado de todo ello es que un número cada vez menor de personas que trabajan ha de mantener a un número cada vez mayor de personas que no trabajan. Esta situación es simplemente insostenible a largo plazo. El trabajo y la vida laboral constituyen el centro ideológico y económico de nuestras sociedades, pero al mismo tiempo el período de trabajo activo se reduce a un período cada vez más corto hacia la mitad de la vida, en el que la gente tiene que trabajar tanto que no tiene tiempo para tener hijos. Ese período de trabajo concentrado va seguido de un largo período en el que no se espera que la persona trabaje en absoluto, sino que viva de su pensión. De hecho, la situación creada es absurda, pero, al mismo tiempo, el jubilarse en torno a los sesenta años con una buena pensión se ha convertido en un “derecho social”, quizás el más sagrado de los derechos sociales. Los gobiernos que han intentado alterar los regímenes de pensiones existentes conocen la dura resistencia política que se opone a cualquier cambio en esa dirección.»²⁶

Los cambios del mercado de trabajo también han contribuido a expulsar cada vez más a las personas de más edad de los trabajos asalariados ordinarios, pues los empresarios han pasado a ver la edad como un factor negativo y, además, los regímenes de derecho del trabajo suelen estar vinculados entre sí, de manera que la protección de empleo vence (como mínimo) cuando el trabajador llega a la edad pensionable. El derecho a una pensión a una determinada edad ha acarreado también la obligación de dejar el trabajo a esa edad, a pesar de los mecanismos de protección del empleo, por lo demás bien desarrollados. Y el sistema de seguridad social ha respondido: ahora ya no sólo la jubilación, sino también la jubilación anticipada por motivos del mercado de trabajo ha pasado a ser una posición social reconocida y aceptada en la sociedad europea.

En ese sentido, los cambios demográficos (esperanza media de vida más larga y tasas de natalidad cada vez más bajas) constituyen un desafío muy importante para la sostenibilidad de los regímenes de pensiones tal como son ahora. Estos cambios también están estrechamente vinculados a los temas de mercado de trabajo, y, al igual que para el empleo sostenible, la no marginación de los trabajadores de más edad y quizás también la integración de las personas más allá de la edad pensionable son dos temas cruciales. Tal como señalaba Anna Christensen: «la solución del problema de financiación de los regímenes de pensiones, incluyendo la jubilación anticipada, no radica en la seguridad social, sino en el mercado de trabajo.²⁷ De todas formas, el diseño de los sistemas de pensiones es también crucial en este contexto.

La relación entre el desarrollo sostenible y los regímenes de pensiones es la esencia de la estrategia de Lisboa, y más aún en el «Proceso de pensiones» que aplica el método abierto de coordinación, tal como ha quedado dicho en el apartado 1. Según se acordó en las Grandes Orientaciones de la Política Económica de 2001, los próximos diez años son una oportunidad para afrontar los desafíos aquí reseñados elevando las tasas de empleo, reduciendo la deuda pública y adaptando los sistemas de protección social, incluidos los sistemas de pensiones. De acuerdo con el Informe conjunto sobre los objetivos y métodos de trabajo en el ámbito de las pensiones, presentado en la cumbre de Laeken, el Proceso de pensiones implica concertar objetivos generales comunes, trasladar esos objetivos a las estrategias políticas nacionales y, como parte del proceso de aprendizaje mutuo, supervisar periódicamente los progresos mediante indicadores definidos y consensuados. El proceso se erige sobre un conjunto de objetivos generales comunes reconocidos, como adecuar las pensiones a sus objetivos sociales; garantizar que los más mayores no entren en el umbral de pobreza y disfruten de un nivel de vida digno; promover planes de pensiones que permitan mantener, en una medida razonable, el nivel de vida tras la jubilación; y fomentar la solidaridad en cada generación y entre generaciones. Esos objetivos incluyen también la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones, ofreciendo incentivos eficaces para la participación de los trabajadores de más edad en el mercado de trabajo; reduciendo las oportunidades para acogerse a la jubilación anticipada; fomentando la opción de jubilación gradual y no penalizando las actividades posteriores a la jubilación. Un objetivo común final es la modernización de los sistemas de pensiones en respuesta a las necesidades cambiantes, compatibilizándolos con los requisitos de flexibilidad y seguridad del mercado de trabajo, no penalizando la movilidad, el empleo no estándar y el trabajo por cuenta propia; garantizando el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y haciendo en general más transparentes y adaptables los sistemas de pensiones a las circunstancias cambiantes.

Los cambios del mercado de trabajo y de la sociedad quedan reflejados en la propia evolución de la cobertura de los regímenes de pensiones. La función suplementaria de los regímenes públicos de pensiones con respecto al trabajo asalariado era obvia desde el principio. Lo normal en la sociedad agrícola y en la primera sociedad industrial era que todo el mundo trabajara mientras las fuerzas se lo permitieran. La noción de dejar de trabajar al llegar a una determinada edad no existía. La mayoría de las personas no vivía lo suficiente para cobrar la pensión y, cuando lo hacían, la pensión propiamente dicha no era suficiente para vivir. Todos los primeros regímenes de pensiones reglamentarios, introducidos en torno

al cambio del siglo 1800–1900, eran regímenes de pensiones de vejez y de invalidez combinados.²⁸ Las pensiones de este tipo no constituían una alternativa a continuar trabajando; eran simplemente una ayuda básica y un complemento al trabajo parcial, a la ayuda familiar, etc., donde el componente de justicia social jugaba un papel importante. Durante la posguerra, sin embargo, la idea normativa que fundamentaba los regímenes de pensiones cambió a la noción de que el pensionista debía poder mantener el nivel de vida conseguido durante su vida laboral.²⁹

De todas formas, no es del todo evidente que corresponda al estado garantizar que la vasta clase media conserve su nivel de vida anterior en una perspectiva de vida larga. En ese sentido, algunos países europeos, como el Reino Unido e Irlanda, han optado por limitar la responsabilidad del Estado a un pensión básica, mientras que en los países con regímenes reglamentarios asociados a las rentas casi siempre hay un «límite de renta máximo». Para los grupos de personas cuyos ingresos no quedan «cubiertas» por los regímenes de pensiones reglamentarios se han creado otros sistemas que garanticen una mejor compensación. Estos sistemas suplementarios suelen estar basados en convenios colectivos o en esquemas de empresa particulares, y con frecuencia se construyen como pensiones calculadas sobre el salario final. En ausencia de esos regímenes, la gran mayoría de las clases acomodadas recurre al sector privado de pensiones para garantizarse una pensión que les permita disfrutar del mismo nivel de vida tras la jubilación. Por su parte, el Estado suele ejercer una fuerte influencia en estos sectores no reglamentarios, mediante la legislación fiscal y supervisando y controlando que las pensiones proporcionadas por el sector privado de pensiones sean seguras y no entren en colisión con los valores sociales aceptados. Al final, por lo tanto, los regímenes de pensiones abarcan así a todas las capas diferentes de la sociedad asalariada estratificada, pero lo hacen mediante lo que se denomina con frecuencia «el principio de los tres pilares»³⁰, es decir, regímenes reglamentarios complementarios, profesionales y privados.

En este informe me concentraré en el primer pilar, es decir, en los regímenes de pensiones reglamentarios. No cabe duda, sin embargo, de que el segundo y el tercer pilar son cada vez más importantes desde el punto de vista de las expectativas a largo plazo y también, probablemente, del comportamiento real de numerosos grupos del mercado de trabajo europeo, especialmente los trabajadores con «empleo cualitativo», es decir, trabajadores de la sociedad del conocimiento altamente cualificados y pertenecientes a los segmentos más dinámicos de los mercados de trabajo.³¹ Algunas importantes iniciativas tomadas a nivel europeo en materia de coordinación y armonización de regímenes de pensiones atañen precisamente a los regímenes profesionales y privados.³²

Los cambios hasta aquí comentados están también reflejados en el diseño de los regímenes de pensiones reglamentarios. Desde la posguerra, la idea normativa básica que fundamenta los regímenes de pensiones reglamentarios radicaba en que el pensionista debe mantener el nivel de vida conseguido durante su vida laboral, razón por la que los regímenes de pensiones se construyeron como regímenes de prestaciones definidas. Como se quería que esos regímenes surtieran efecto inmediatamente, se construyeron como regímenes de financiación de pensiones basados en el método de reparto, donde las pensiones son financiadas por las cotizaciones de la población activa a lo largo del tiempo. En los regímenes de prestaciones definidas, las prestaciones de pensión están preestablecidas, normalmente en forma de porcentaje de los ingresos anteriores. Estos regímenes de

pensiones asociadas a las rentas implican normalmente un elemento de «ganancia», lo que significa que los derechos de pensión se ganan mediante años de trabajo (a menudo un número de años especificado) para un determinado nivel de renta. Las prestaciones pueden estar basadas en la media de las rentas obtenidas a lo largo de esos años, en la media de los años mejores o en el salario final. Cuanto más años sean contabilizados, más nos aproximamos a una pensión basada en las rentas medias de toda la vida, a una pensión basada totalmente en el principio de «ganancia». No obstante, los regímenes de financiación basados en el método de reparto también pueden ser del tipo de cotización definida, así llamados porque lo que está prefijado son las cotizaciones, no las prestaciones.³³ De todas formas, no todos los regímenes de pensiones son necesariamente regímenes de financiación basados en el método de reparto. En los últimos años, concretamente, la importancia de los regímenes de capitalización ha crecido también en comparación con las pensiones reglamentarias.³⁴ Aquí, las cotizaciones se guardan para ser pagadas más adelante, cuando el beneficiario se jubila. Estos regímenes no entrañan la solidaridad entre generaciones, inherente a los regímenes de financiación basados en el método de reparto³⁵, sino que, por el contrario, hacen especial hincapié en el carácter de derechos de propiedad de la seguridad social.³⁶

Me gustaría también tratar someramente la aplicación de los regímenes de pensiones nacionales. Tradicionalmente, los sistemas de seguridad social nacionales y, por ende, los regímenes de pensiones, son aplicables sólo a las personas que «pertenecen» al sistema en cuestión. Dado que la supremacía nacional es el principal fundamento del legislador nacional, es lógico que la nacionalidad haya constituido durante mucho tiempo un elemento pertinente en la descripción de esa pertenencia. Con el tiempo, sin embargo, la residencia y el trabajo dentro del territorio del estado en cuestión han cobrado cada vez mayor importancia como criterios pertinentes de pertenencia³⁷, aunque la especificación de esos criterios de residencia y de trabajo a efectos de determinar la pertenencia difieren entre los distintos modelos de seguridad social de Europa, tal como ha quedado descrito anteriormente. Además, en el contexto actual, la nacionalidad como criterio adecuado de pertenencia queda limitada por el principio fundador de la integración europea, tal como describe el artículo 12 CE. En la UE está prohibida la discriminación por razón de la nacionalidad, tanto directa como indirecta.³⁸

La función de determinados criterios de pertenencia es excluir a las personas que no pertenecen al sistema nacional. Siempre ha habido cierto interés en excluir a los pobres y a los necesitados «ajenos» del «círculo de solidaridad» propio.³⁹ A pesar de los objetivos generales de integración, el principio comunitario de libre circulación sigue siendo aplicable principalmente a los trabajadores, aunque ha habido recientemente ciertos cambios que afectan a los pensionistas, a los estudiantes y también a los ciudadanos de la Unión en general.⁴⁰ En lo que respecta al grupo principal, los trabajadores, ya no es aceptable el enfoque del «principio de territorialidad» afianzado en los regímenes de seguridad social nacionales, según el cual la ayuda social se ofrece únicamente dentro del territorio nacional.⁴¹ Existen normas relativas tanto a la exportación de derechos sociales como a la acumulación de períodos de renta.⁴², e incluso en los regímenes de seguridad social nacionales propiamente dichos hay elementos relativos a la exportabilidad, por ejemplo, en materia de pensiones «ganadas», es decir, basadas en el trabajo. La residencia, por otro lado, sigue constituyendo a nivel nacional el criterio pertinente de pertenencia para las prestaciones basadas en los modelos más claramente

redistributivos, no el trabajo y/o las cotizaciones, a las que aquí me referiré como «prestaciones de solidaridad».⁴³

En su proyecto sobre coordinación de las políticas del mercado de trabajo y de protección social, Sarfati y Bonoli identifican los siguientes cuatro campos potencialmente problemáticos de interacción entre los cambios del mercado de trabajo y los sistemas de protección social: el fomento del empleo y la sostenibilidad de la protección social a largo plazo; la garantía de seguridad para los más desfavorecidos; la protección digna de los trabajadores atípicos; y las estrategias de «trabajo cualitativo» socialmente sostenibles.⁴⁴ En paralelo con esos autores, y recordando los principales desafíos para la sostenibilidad de la seguridad social y para el empleo indicados anteriormente, analizaré los regímenes de pensiones reglamentarios nacionales bajo los cuatro encabezamientos siguientes: *regímenes de pensiones, empleo sostenible y trabajadores de más edad (3.2)*; *regímenes de pensiones, empleo sostenible y mujeres trabajadoras (3.3)*; y *regímenes de pensiones, cohesión social sostenible y protección básica (3.4)*. He optado por tratar el tema de la protección social de los trabajadores flexibles — importante no sólo para Sarfati y Bonoli, sino también para mí y para los cambios del mercado de trabajo en general— en relación con los encabezamientos anteriores, pues el trabajo flexible o atípico es cada día más típico precisamente en el ámbito de los trabajadores de más edad y de las mujeres, y es también muy importante desde el punto de vista de la cohesión social.

3.2 Regímenes de pensiones, empleo sostenible y trabajadores de más edad

Los regímenes de pensiones reglamentarios asociados a los ingresos se erigen con frecuencia sobre un modelo similar al de los regímenes de pensiones profesionales originales, que están basados en principios bien definidos de cómo debería ser la vida laboral: un empleo a tiempo completo y para toda la vida en el sentido tradicional. La vida laboral debería abarcar un número determinado de años de trabajo y terminar a una edad de jubilación establecida. El derecho a una pensión podía estar condicionado, especialmente en los regímenes profesionales, al hecho de que el trabajador hubiera permanecido en su trabajo hasta llegar a la edad pensionable, pero, como los derechos de pensión se han convertido en derechos inalienables, esas condiciones ya no están permitidas. Sin embargo, puede haber largos períodos de carencia previos a la adquisición de los derechos de pensión. Incluso algunos regímenes reglamentarios imponen períodos de carencia muy largos para tener derecho a una pensión asociada a las rentas, aunque es innegable que, una vez que existe el derecho a una pensión, un número de años trabajados menor al de la carrera profesional ideal crea también tales derechos, pero sólo en proporción a lo que se considera una vida laboral completa.

Tradicionalmente, la mayoría de los Estados miembros ha depositado su confianza en estos regímenes de pensiones reglamentarios asociados a las rentas, aunque en algunos países, por ejemplo el Reino Unido, Irlanda, Países Bajos, Dinamarca y Finlandia, el régimen de pensiones reglamentario básico es un régimen público a tanto alzado, complementado en algunos casos por un régimen público asociado a las rentas y en otros por regímenes profesionales más o menos obligatorios también asociados a las rentas.⁴⁵

Así pues, los cambios demográficos indican que en el futuro habrá un número decreciente de personas «activas» que tendrán que sustentar a un número creciente de pensionistas. Es más, la comparación entre los patrones de empleo en

Europa y en los mercados con los que compite, como los de Estados Unidos o Japón, muestra que la tasa de empleo es considerablemente más baja en Europa. El desarrollo sostenible exige que los trabajadores de más edad trabajen más en el futuro, lo que implica *mantener en activo a los trabajadores de más edad hasta por lo menos los 65 años e incluso fomentar el trabajo posjubilación*. Estas cuestiones son esenciales tanto para los regímenes de pensiones sostenibles como para el empleo sostenible. Además, *tener tasas de empleo más altas entre las personas mayores implica generalmente tener un número mayor de contratos de trabajo flexible, más trabajos a tiempo parcial, más empleo de corta duración, un aumento del número de trabajadores por cuenta propia y carreras profesionales más heterogéneas*. Estos son los rasgos que caracterizan el proceso denominado «flexibilización de la vida laboral». Aunque no necesariamente aplicable a todos los trabajadores, sí es discernible a nivel general un claro cambio de rumbo ideológico y normativo hacia un mercado de trabajo más flexible. Las carreras profesionales han pasado a ser más heterogéneas y variadas. El hecho de que las carreras profesionales sean más heterogéneas con más cambios de empresa y de tipo de contrato de trabajo significará probablemente que muchos trabajadores no podrán confiar en sus salarios para continuar prosperando conforme cumplen años. Es posible que este proceso de flexibilización no guste, pero *la seguridad social debe aceptar que existe y que afecta a grupos sustanciales del mercado de trabajo*. No se puede seguir arrinconando el empleo flexible y las carreras profesionales heterogéneas con el apelativo de «trabajo atípico».

El proceso de flexibilización de la vida laboral genera dos interrogantes normativos distintos en el ámbito de los regímenes de pensiones. El primero es si ese proceso puede provocar que determinados grupos de personas no reciban ninguna pensión o reciban una pensión insuficiente para vivir, el viejo problema de la pobreza de la tercera edad (véase también el apartado 3.4 siguiente). Pero el principal interrogante es otro: ¿Qué justificación puede hacer aceptable que los regímenes de pensiones asociados a las rentas sigan favoreciendo a la carrera profesional tradicional?

Para muchos regímenes de pensiones tradicionales, estos cambios implican la necesidad de elevar la edad pensionable, así como el número de años de rentas necesarios para obtener una pensión completa. Una solución incluso mejor puede consistir en abolir totalmente los regímenes asociados a las rentas la edad pensionable establecida y el número de años exigidos establecido, y calcular la cantidad correspondiente a la pensión en función de la renta media obtenida a lo largo de toda la vida. Con objeto de hacer posible y atractivo el trabajo posjubilación (flexible), sería preferible que el derecho a pensión no estuviera condicionado a la jubilación de la vida laboral. De esta forma, estos regímenes se adaptarían mejor en términos generales a una vida laboral más flexible. Los regímenes de pensiones con períodos de carencia largos y edades pensionables bajas ponen en situación de desventaja a las personas con interrupciones en su carrera profesional y también a las personas que deben seguir trabajando después de la edad de jubilación normal. Los regímenes de pensiones calculadas sobre el salario final son injustos para los que han vivido sus mejores años de trabajo al principio de su vida profesional y también para los grupos de personas con una renta pareja a lo largo de su vida laboral. Además, teniendo en cuenta que son cada vez más las personas que se ven obligadas a aceptar cambios que pueden implicar la obtención de ingresos inferiores estando todavía en activo, no es

coherente que la pensión reglamentaria garantice un nivel de vida que sea equivalente precisamente al del período inmediatamente anterior a la jubilación, pues los afortunados que tienen un salario final alto pueden protegerse ellos mismos mediante una póliza de seguro privada suplementaria. *Los regímenes de pensiones deberían por lo tanto ceñirse al principio de neutralidad con respecto a los diferentes contratos de trabajo y a las diferentes carreras profesionales.* Ello significa volver al principio básico según el cual el valor de la pensión debe corresponder al valor del trabajo, principio que debe ser observado con independencia de cómo y cuándo se realiza el trabajo.

Anna Christensen ha expresado esta opinión en los siguientes términos: «La evaluación normativa de los regímenes de pensiones no se debe reducir a la cuestión de cómo distribuir los recursos disponibles en una situación determinada. Es también importante crear principios que puedan influir en el problema básico subyacente, a saber, la absurda división del trabajo a lo largo de la vida. Los regímenes de prestaciones definidas no tienen ninguno de esos aspectos dinámicos. (...) En resumen, hay poderosos argumentos normativos a favor de los regímenes de financiación basados en el método de reparto del tipo de cotización definida. Los regímenes de cotización definida basados en las rentas de toda la vida y sin límite de edad máxima son sistemas dinámicos que pueden interactuar con el mercado de trabajo con objeto de romper la división entre las tres etapas de la vida y dar lugar a una distribución más justa del trabajo a lo largo de la misma. Son también sistemas mucho más flexibles desde el punto de vista de la persona, pues, por lo menos en principio, permiten elegir entre una jubilación relativamente temprana con una pensión más baja y una jubilación relativamente tardía con una pensión más alta. El grado de libertad de esa elección dependerá, por supuesto, del desarrollo del mercado de trabajo. El problema básico subyacente es la dispar división del trabajo a lo largo de la vida, un problema que sólo se puede resolver en el seno del mercado de trabajo». Según Christensen, nos estamos dirigiendo a la situación siguiente: «parece haber un desplazamiento gradual desde el principio de las prestaciones definidas hacia los principios de la cotización definida y de las rentas a lo largo de toda la vida.»⁴⁶

Un componente del proceso de flexibilización es el aumento del número de trabajadores por cuenta propia.⁴⁷ En los países nórdicos, los trabajadores por cuenta propia están cubiertos por el régimen de pensiones principal asociado a las rentas en las mismas condiciones que los trabajadores por cuenta ajena, dejando aparte el hecho de que han de pagar todas las cotizaciones ellos mismos. En la mayoría de los países, sin embargo, no ocurre lo mismo, aunque en un principio sí había grupos de profesionales determinados integrados en algunos regímenes de seguridad social reglamentarios. Ahora parece haber una tendencia general a incluir también a los trabajadores por cuenta propia en el sistema obligatorio general. Esto es aplicable especialmente a la parte de la seguridad social que cubre una pérdida relativamente prolongada de los ingresos, al igual que hacen los regímenes de pensiones. Sin embargo, las prestaciones a que tienen derecho los trabajadores por cuenta propia son con frecuencia prestaciones a tanto alzado, no asociadas a las rentas. Esta tendencia de la legislación en materia de seguridad social puede considerarse una respuesta directa al problema de pensión que tiene el creciente número de trabajadores por cuenta propia del sector de servicios.

Aunque sean básicamente asociados a las rentas, los regímenes de pensiones deben incluir también derechos de pensión para otros usos del tiempo socialmente

valiosos, como los años empleados en cursar estudios superiores. Este asunto constituirá una cuestión de creciente preocupación en la «Sociedad del Conocimiento», donde la educación continua, la formación permanente y la empleabilidad son conceptos cruciales. En consecuencia, aunque el trabajo es el criterio natural de pertenencia a un régimen de pensiones asociado a las rentas, pueden aparecer otros criterios de pertenencia adicionales.⁴⁸

La protección del empleo y también los regímenes de seguridad social asociados a los ingresos tienen por objeto asegurar una situación una vez establecida. La protección del empleo es una garantía de empleo continuado por parte de la empresa actual, con lo cual la protección del empleo tiende a promover una carrera profesional de larga duración con la misma empresa. El proceso de flexibilización de la vida laboral se ha contemplado con frecuencia como una cuestión importante en el ámbito de la desregulación de la protección del empleo. Una característica de la legislación de protección del empleo es que ha protegido ante todo el empleo a tiempo completo «tradicional» de duración indeterminada, mientras que el empleo flexible, o atípico, está caracterizado, por el contrario, por su naturaleza más precaria. Se podría poner en tela de juicio la pertinencia de este enfoque del derecho del trabajo y los desafíos que impone en un futuro mercado de trabajo.⁴⁹ De todas formas, la protección del empleo tal y como está constituye un reflejo adecuado de la relación de complementariedad entre el empleo tradicional y los regímenes de pensiones tradicionales. El derecho del trabajo, que protege en términos generales el empleo por tiempo indefinido a través de mecanismos de protección del empleo, contiene con frecuencia la obligación de dejar el empleo al llegar a la edad de jubilación / obtener el derecho a pensión, en cuyo momento la protección de la posición de una persona en cuanto trabajador es sustituida por la protección de su nivel de vida hasta ese momento mediante una pensión asociada a los ingresos.

Se han adoptado recientemente dos directivas CE sobre «empleo atípico», ambas derivadas de acuerdos entre las partes del mercado de trabajo europeo.⁵⁰ La Directiva del Consejo 97/81/CE sobre trabajo a tiempo parcial fomenta el trabajo a tiempo parcial promoviendo situaciones laborales flexibles, mientras que la Directiva del Consejo 99/70/CE sobre trabajo de duración determinada es más ambivalente. El empleo de duración determinada también se acepta como contrato de trabajo legítimo, pero hay normas destinadas a impedir el abuso del empleo temporal, especialmente los contratos de duración determinada sucesivos. Una tendencia principal de ambas directivas radica, sin embargo, en que los trabajadores con «empleo atípico» disfruten de las mismas ventajas y oportunidades que los trabajadores «ordinarios», con la misma retribución por hora, las mismas posibilidades de formación profesional y los mismos derechos a una pensión profesional en función de la cantidad de trabajo realizado. Otro cambio reciente del derecho comunitario es la adopción de la Directiva del Consejo 2000/78, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta directiva está basada en el artículo 15 CE y contiene una disposición relativa a la igualdad de trato de las personas mayores, de manera que no haya ninguna discriminación directa o indirecta por razón de edad en materia de empleo y de ocupación. Incluso así, el artículo 6 reconoce varias causas que justifican la diferencia de trato, sobre todo por razón de edad. Los regímenes de pensión profesionales pueden incluir criterios de edad, siempre y cuando de ello no se derive ninguna discriminación por razón de sexo.

Ninguna de las directivas mencionadas es aplicable *per se* a cuestiones relacionadas con la seguridad social, aunque es innegable que el derecho del trabajo y la seguridad social están interrelacionados. El desarrollo del derecho a pensión se ha acompañado, como ya se ha dicho, del deber de jubilarse. En cuanto al trabajo pasada la edad de la jubilación y a los «nuevos» regímenes de pensiones reglamentarias sin una edad pensionable determinada, los «límites» de la protección del empleo se vuelven especialmente interesantes. Las nuevas normas comunitarias en materia de igualdad de trato de los trabajadores atípicos y de las personas mayores ponen a prueba de formas nuevas las normas tradicionales de antigüedad en el empleo y las normas de cese automático.⁵¹

3.3 Regímenes de pensiones, empleo sostenible y mujeres trabajadoras

Todas las sociedades preindustriales se erigieron sobre la existencia de la división del trabajo entre los sexos (lo que confirma su relación complementaria de dependencia mutua), pero la industrialización y la economía de mercado hicieron añicos aquella división del trabajo. Sin embargo, tras un primer período de transición más bien caótico, la estructura normativa se estabilizó en un término medio entre la antigua sociedad separada y la nueva sociedad industrial. La familia como unidad de producción desapareció para ser sustituida por la nueva familia, consistente en una unidad mitad provisión mitad consumo. Era responsabilidad del hombre proporcionar el sustento de la familia, mientras que la mujer casada se quedaba en casa, a cargo del «trabajo familiar». En los casos en los que la mujer casada trabajaba, los salarios de las mujeres eran de nivel inferior, algo que se consideraba perfectamente legítimo, puesto que los salarios se establecían, no sólo en función del trabajo realizado, sino también en función de las necesidades típicas relacionadas con el sustento de las familias. Por lo tanto, durante mucho tiempo hubo una sociedad basada, no en la igualdad, sino en una relación de complementariedad entre los sexos.⁵² La seguridad social se construyó a partir de estas condiciones. «La familia, no el individuo, constituía la unidad de provisión básica. La parte de la seguridad social destinada a compensar la pérdida de ingresos se estructuraba en torno a la familia y a la relación de complementariedad entre los cónyuges. Se pagaban “complementos de dependencia” por la esposa y los hijos. Si una mujer casada tenía un trabajo propio por el que cobraba un salario, éste se consideraba un «extra» que no era necesario para el sustento de la familia, por lo que no había necesidad de compensar dicho ingreso en caso de perderlo.»⁵³ Las mujeres casadas podían optar por mantenerse al margen del sistema, cuando no estaban excluidas, pero disfrutaban de otros beneficios a los que los hombres no tenían derecho, como la pensión de viudedad⁵⁴ y una edad de jubilación más temprana.

Sin embargo, han surgido en la sociedad nuevas costumbres, y cada día hay más gente que vive de forma diferente a la supuesta por el sistema tradicional. El trabajo retribuido de la mujer ha cobrado más importancia, tanto para la economía general como para el sustento de la familia. hace ya tiempo que empezó a desestabilizarse la familia como tal. Cada día son más las personas que viven al margen de la unidad de provisión familiar durante períodos de tiempo cada vez más largos, personas que dependen por lo tanto de sus propios ingresos. Hay cada día más matrimonios que acaban en divorcio y más familias que no están basadas en el matrimonio sino en otras formas de convivencia. *Como cada día hay más mujeres que trabajan (también después del matrimonio), la familia de dos proveedores de sustento se ha convertido en la «familia normal». Los regímenes*

de seguridad social no pueden seguir dejando a la mujer al margen. Tampoco los regímenes «basados en la unidad familiar» están satisfactoriamente adaptados a los modelos familiares nuevos y más flexibles, con el agravante de que los regímenes que favorecen el «empleo típico» son especialmente desventajosos para las mujeres, ya que son básicamente ellas las que desempeñan empleos «atípicos». El empleo tradicional es en realidad el empleo masculino tradicional. A la luz de la nueva situación, las normas que se apoyan en las carreras profesionales tradicionales, incluyendo entre ellas los regímenes de pensiones basados en el principio de antigüedad y en una carrera profesional a tiempo completo homogénea y estable, parecen formas de discriminación del otro sexo.

Tal como ha quedado dicho en el apartado 3.2, hay un cambio que afecta a todos los regímenes de pensiones, desde las pensiones basadas en la carrera profesional típica hasta las pensiones basadas en las rentas de toda la vida. En términos generales, todos los argumentos a favor de la utilización de la renta media de toda la vida como base para el cálculo de la pensión son especialmente válidos en el ámbito de las pensiones de las mujeres. Sin embargo, como consecuencia de la división del trabajo todavía imperante, las mujeres suman menos años y menos horas anuales en ocupaciones retribuidas, y además sus salarios son más bajos que los de los hombres, todo lo cual hace que las reciban inferiores a las de ellos. Este problema difícilmente se puede resolver en el marco de la seguridad social. A medida que aumente la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, las pensiones seguirán esta tendencia. Aún así, les saldrá más a cuenta que en un régimen basado en la carrera profesional masculina típica.⁵⁵

La inclusión de las carreras profesionales de las mujeres en los regímenes de pensiones demanda la inclusión de elementos más distributivos, en paralelo a otros cambios de la Economía del Conocimiento. Muchos regímenes de pensiones asociadas a las rentas contienen ya normas especiales sobre derechos de pensión por los años dedicados a criar a los hijos. Aunque esas normas no están directamente relacionadas con el sexo, las que más se benefician de ellas suelen ser mujeres. Esas normas, en lugar de desaparecer, están siendo reforzadas.⁵⁶

Se podría decir que en la reforma de los regímenes de seguridad social y, por ende, de los regímenes de pensiones en el interés de las mujeres han contribuido algunos cambios introducidos en el derecho del trabajo. El principio de igualdad de retribución del Tratado de Roma original no tenía por objeto crear la igualdad entre los sexos en términos generales. La vida laboral y la seguridad social estaban construidas en los Estados miembros originales en torno a la familia y a la división complementaria del trabajo entre los sexos, y la intención del principio de igualdad de retribución no era abolir ese orden de las cosas. Su finalidad era mucho más limitada, a saber, prevenir la competencia desleal derivada de los salarios bajos de las mujeres. Sin embargo, con la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (TJE) en el conocido caso *Defrenne II*,⁵⁷ el principio de igualdad de retribución del Tratado pasó a ser aplicable directamente a las empresas privadas y comenzó a transformarse en un principio más general de igualdad entre los sexos que engloba a toda la vida laboral y, en un grado cada vez mayor, también a la seguridad social.

Las directivas en vigor son aplicables principalmente a la vida laboral y cubren tanto la discriminación directa como la indirecta. La Directiva del Consejo 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social fue introducida en 1979 y se

había de aplicar en el plazo de seis años a partir de esa fecha.⁵⁸ En esa época, los sistemas de seguridad social de muchos países europeos contenían todavía disposiciones que implicaban la discriminación directa de las mujeres casadas. Dichas disposiciones fueron derogadas, pero, de acuerdo con dicha directiva los Estados miembros tienen derecho a promulgar disposiciones de exclusión basadas en el sexo en materia de edad pensionable, de derechos de crianza de hijos incluidos en el sistema de pensiones, de pensiones de viudedad y de prestaciones adicionales como derechos derivados. Esos «privilegios femeninos» dentro la seguridad social están desapareciendo muy gradualmente. Cuando se introdujeron las normas que fijaban una edad pensionable más baja para las mujeres, pocas tenían derecho a una pensión completa asociada a las rentas. Los derechos de las mujeres a este tipo de pensión saldrán cada vez más caros como consecuencia del número cada vez mayor de mujeres con ocupaciones retribuidas, con el agravante de que, además, las mujeres viven más que los hombres. En consecuencia, casi todos los países están introduciendo una edad pensionable común para hombres y mujeres, que siempre corresponde a la edad que antes se aplicaba para los hombres.

A la hora de aprovechar el potencial que encierra el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, el TJE ha sido muy prudente en lo tocante a los sistemas de seguridad social, aunque el artículo 4 de la Directiva sobre seguridad social prohíbe la discriminación tanto directa como indirecta.

El caso *Rinner-Kühn*⁵⁹ consideró que las prestaciones económicas por enfermedad en Alemania eran «salarios por enfermedad» correspondientes a la empresa. Tal como establecía el régimen estatutario en ese momento, el derecho al salario por enfermedad no era sin embargo aplicable a los trabajadores de tiempo parcial de horario reducido. La prestación en cuestión estaba concebida como salario de acuerdo con el artículo 119 del Tratado de Roma (ahora el artículo 141 CE) y, como los trabajadores a tiempo parcial reducido eran mayoritariamente mujeres, había un caso *prima-facie* de discriminación indirecta. Alemania tenía que demostrar que esas disposiciones cumplían un objetivo social justificable y eran adecuadas y necesarias para la consecución de ese objetivo, valoración que, según la sentencia, debían hacer los tribunales nacionales. Se han presentado otros casos contra esa misma Directiva sobre seguridad social, como los casos *Ruzius-Wilbrink*,⁶⁰ *Teuling*⁶¹ y *Molenbroeck*,⁶² todos ellos relativos a los regímenes de seguridad social de los Países Bajos. En el caso *Ruzius-Wilbrink*, el propio TJE parece ser crítico con el diferente trato de los trabajadores a tiempo parcial, que era el objeto del caso. En el caso *Teuling*, sin embargo, el TJE parecía aprobar un régimen de pensión de invalidez con prestaciones reducidas para los que no eran sostén de la familia, aunque ello fuera básicamente en detrimento de las mujeres, pues el sistema perseguía garantizar una adecuada renta mínima de supervivencia a los beneficiarios que tienen un cónyuge o hijos dependientes, mediante un suplemento de la prestación de la seguridad social que compense la mayor carga que soportan en comparación con las personas solas.

La conclusión de la jurisprudencia del TJE es que las prestaciones formalmente neutrales para los sustentadores de la familia en los regímenes de seguridad social reglamentarios no contravienen en términos generales el principio de igualdad de trato, a pesar de los obvios efectos adversos contra las mujeres. Sin embargo, en los otros «pilares» de los regímenes de pensiones, el principio de igualdad de trato, y especialmente la noción de discriminación indirecta, ha abolido en gran medida

el trato diferente de las mujeres. La Directiva del Consejo 86/378/EEC sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres en los regímenes de seguridad social profesional,⁶³ modificada por la Directiva del Consejo 96/97/CE,⁶⁴ prohíbe en principio en sus artículos 5 y 6 la discriminación tanto directa como indirecta por razón de sexo en los regímenes profesionales y de empresa. El artículo 9, sin embargo, permite a los Estados miembros posponer la reforma de una edad pensionable diferencial y regula las pensiones de viudedad en los regímenes profesionales / de empresa si tienen relación con un sistema reglamentario. Así pues, según esa directiva de la CE sobre seguridad social e incluso según la directiva especial sobre pensiones profesionales, se sigue permitiendo una edad pensionable inferior para las mujeres. No obstante, el Tribunal de Justicia Europeo ha llegado a la conclusión de que las pensiones profesionales se han de considerar retribuciones y que la existencia de una edad pensionable más baja para las mujeres constituye en consecuencia una violación del principio de igualdad de retribución del Tratado de Roma⁶⁵.

El concepto de discriminación *sexual* indirecta se ha utilizado también en relación con la diferencia de trato en el tema del empleo a tiempo parcial e incluso en los regímenes de protección del empleo, lo que ha abierto el camino a un principio de igualdad de trato en lo relativo al empleo atípico propiamente dicho.⁶⁶

Algunas directivas recientes introducen directamente el principio de igualdad de trato en relación con el empleo flexible (véase el apartado 3.2 anterior), pero llama la atención que no sean aplicables a la seguridad social propiamente dicha. De todas formas, es muy probable que los cambios normativos en estos campos influyan a la larga en los regímenes de seguridad social en relación con su enfoque normativo de las carreras profesionales flexibles.

3.4 Regímenes de pensiones, cohesión social sostenible y protección básica

Muchos sistemas de seguridad social, aunque no todos, tienen regímenes de pensiones básicas cuya finalidad es garantizar unas condiciones de vida dignas para todos. Esta opción constituye, en términos generales, la esencia del modelo nórdico. El modelo de Beverage con sus prestaciones a tanto alzado y el régimen reglamentario del Reino Unido se pueden etiquetar también como régimen de pensiones básicas: el pago de las cotizaciones es una condición necesaria, pero no hay una relación directa entre las cotizaciones y las prestaciones a tanto alzado recibidas una vez que se está dentro del sistema. Los Países Bajos e Irlanda tienen también regímenes de pensiones básicas. El modelo del sur se basa tradicionalmente en el pago de pensiones asociadas a las rentas, si bien existen *pensiones mínimas*, destinadas a las personas no incluidas en el régimen general basado en las cotizaciones y que en general incluyen control de recursos.

Mantener el empleo retribuido y/o la relación entre familia y trabajador como la única base de los derechos de protección social es cada día más anacrónico. El alejamiento de grupos cada vez más numerosos con respecto al trabajo retribuido en combinación con la necesidad de más derechos individuales en materia de seguridad social hace cada vez más fuerte la demanda de niveles básicos garantizados dentro de los sistemas de seguridad social y, por ende, de los regímenes de pensiones reglamentarios. Estos cambios, junto con el proceso de flexibilización, constituyen un argumento a favor de la adopción de una estructura de cuatro pilares o, mejor incluso, de una estructura de «cuatro gradas» de los regímenes de pensiones: un nivel interno de seguridad de los que en caso contrario

serían regímenes de pensiones reglamentarios asociados a rentas, que juntos constituyen las dos primeras gradas, que estarán luego complementadas por regímenes de pensiones profesionales y privados.

El trabajo no es necesariamente el criterio primordial de pertenencia a la grada interna de ese sistema. Son necesarios criterios complementarios. Siempre ha habido razones normativas básicas para apartarse del principio de equivalencia entre el valor del trabajo realizado y la cuantía de la pensión. Prácticamente todos los regímenes reglamentarios conceden derechos de pensión correspondientes a periodos de enfermedad y desempleo. Además, en la mayoría de los regímenes, las cotizaciones y/o la cuantía de la pensión se calculan de forma que haya algún grado de redistribución desde los grupos con rentas altas hacia los grupos con rentas bajas. Los argumentos normativos que justifican esas desviaciones del principio de equivalencia han resultado fortalecidos por el proceso de flexibilización. Como ya se ha dicho, la Sociedad del Conocimiento y el simple hecho de que todos los adultos, hombres y mujeres, sean parte activa del mercado de trabajo, aunque no necesariamente en el mismo grado, demanda la concesión de derechos de pensiones también para otras actividades, como los periodos de formación y los años empleados en criar hijos. Si la flexibilización deja espacio para carreras verdaderamente «precarias», el sistema tiene que satisfacer la necesidad «típica», pero cada vez mayor, de garantizar un nivel de vida mínimo para todos. Schulte lo explica así: «La responsabilidad del estado está dirigida especialmente a los más desfavorecidos por el estado de bienestar tradicional orientado al empleo, es decir, a las personas que no tienen un empleo a tiempo completo, principalmente mujeres, neófitos sin acceso al mercado de trabajo, parados de larga duración, minusválidos, minorías (étnicas y raciales, entre otras) amenazadas por la discriminación y los grupos marginales».⁶⁷

Sería preferible que los regímenes de pensiones de la seguridad social estuvieran concebidos de forma que ofrezcan un derecho a pensión flexible y sucesivo en una escala ininterrumpida, sin plantear la exigencia de superar una barrera para conseguir una pensión asociada a las rentas ni de cumplir requisitos o necesidades especiales para tener derecho a una pensión básica / mínima. Para poder proporcionar seguridad social a los que siguen carreras profesionales más heterogéneas que las cubiertas por los regímenes de seguridad social tradicionales hay que encontrar soluciones más esquemáticas que no estén basadas en la evaluación de las necesidades caso por caso. Sin embargo, a lo que estamos asistiendo es a lo que parece ser una evolución hacia regímenes de «necesidades más básicas», fuera de los regímenes de pensiones ordinarios.⁶⁸ Hay un aumento de las denominadas prestaciones no contributivas especiales, o prestaciones híbridas, reguladas en el artículo 10a del Reglamento 1408/71, y también de las prestaciones de asistencia social, totalmente ajenas al alcance del Reglamento. Un reciente estudio comparativo sobre las reformas de las pensiones concluía, entre otras cosas, en que «intentar separar la asistencia social de la garantía social es una cuestión más sustancial para las reformas de las pensiones que la simplista elección entre regímenes ‘públicos basados en el método de reparto’ y regímenes ‘privados de capitalización».⁶⁹ Esta creciente disparidad entre la estructura institucionalista de la protección social y los cambios de escenario producidos se ha considerado más grave en los estados de bienestar corporativistas del modelo de Bismarck. Aquí, esa disparidad ha acarreado unas implicaciones de asignación y distribución que se han combinado para crear una disociación real entre las per-

sonas y los hogares con protección adecuada, por un lado, y el número creciente de «foráneos» desprotegidos o insuficientemente protegidos, por el otro.⁷⁰

Con independencia de su forma, la función fundamental de los regímenes de pensiones básicas es garantizar unas condiciones de vida adecuadas y razonablemente iguales para todos. Estos regímenes son una expresión del principio normativo de justicia social (o distribución justa), y su existencia es una condición *sine qua non* para la legitimidad y la cohesión social sostenible, desde la perspectiva de la integración tanto nacional como europea. Es éste, sin embargo, un enfoque normativo no inmediatamente compatible con el enfoque que atribuye el valor de derechos inalienables a los derechos de pensión acumulados, ni con los objetivos de la integración europea formulados hasta ahora, objetivos que se centran en la libre circulación de los trabajadores. Ese enfoque insiste en los criterios pertinentes de pertenencia y pone en primer plano el principio de territorialidad, tradicionalmente inherente a los regímenes de seguridad social nacionales. Por decirlo de otra forma, los principios del Reglamento n° 1408/71 quedan sometidos a una considerable presión.

4. Normas de coordinación de la CE sobre la legislación aplicable y la movilidad

4.1 Antecedentes generales

Cuando se introdujo el Reglamento (CEE) n° 1408/71, todos los Estados miembros (seis) tenían regímenes de seguridad social que, en principio, cubrían a la población activa, estaban basados en las cotizaciones e incluían la garantía familiar mediante derechos derivados. Es decir, esos regímenes estaban basados en el modelo de Bismark y/o en el modelo del sur.⁷¹ Desde entonces, el diseño de los regímenes de seguridad social que hay que coordinar se ha diversificado, pues el número de Estados miembros ha aumentado y las condiciones sociales han cambiado. Esta situación queda reflejada parcialmente, aunque sólo parcialmente, en los sucesivos cambios de dicho Reglamento.

El Reglamento forma parte integrante del objetivo fundamental de la entonces Comunidad Europea, ahora UE, y de la creación del mercado interior. Cualquier normativa de los Estados miembros que constituyera un obstáculo para la libre circulación de trabajadores debía ser abolida. No podía haber ninguna exigencia de permisos de trabajo o similares en el mercado interior, a cuyo efecto se introdujo el Reglamento n° 1612/68 de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Sin embargo, los regímenes de seguridad social nacionales estaban diseñados también para impedir la libre circulación.⁷² *La base constitucional de la coordinación de los regímenes de seguridad social de los diferentes Estados miembros, y por lo tanto del Reglamento 1408/71, se encuentra en los artículos relativos a la libre circulación de los trabajadores*, concretamente en el artículo 42 (antes artículo 51) CE, un artículo que requiere unanimidad.⁷³ Con estos antecedentes, el TJE ha aplicado en sus decisiones el Reglamento sobre la base de un caso individual y con la intención instrumental de fomentar la libre circulación de trabajadores.⁷⁴

El Reglamento no tiene por objeto armonizar los regímenes de seguridad social del mercado interior, sino únicamente coordinarlos. No contiene por lo tanto ninguna disposición mínima sustantiva sobre la cobertura y/o el contenido de los

regímenes de seguridad social propiamente dichos. No obstante, las normas de coordinación sobre la legislación aplicable, aunque basadas principalmente en el interés instrumental de la integración / movilidad, tienen también *una base normativa propia*: *Lex loci laboris* es el principio fundamental del Reglamento [artículo 13 (2)]. Este principio también está en armonía con los valores normativos fundamentales de los regímenes de seguridad social iniciales que se quiere coordinar (principalmente basados en las cotizaciones y el trabajo) y con la concepción más teórica de la seguridad social como complemento al trabajo asalariado en un mercado de trabajo. Más difícil de afrontar a la luz de los cambios recientes es el hecho de que en los sistemas iniciales por coordinar, las familias están protegidas mediante derechos derivados.

Sin embargo, como ya se ha dicho, el principio *lex loci laboris* es también compatible en general con el *objetivo básicamente instrumental* y primario del Reglamento: garantizar / fomentar la libre circulación de los trabajadores. También se puede poner en el contexto del dumping social. Se ha tenido siempre el temor de que la consecución del mercado interior implicaría una «carrera hacia abajo», razón por la que en los Tratados de Maastricht y Amsterdam se incluyera el objetivo fundamental de una mejora general del nivel de vida.⁷⁵ Además, la Directiva del Consejo 96/97/CE sobre el desplazamiento de trabajadores incluyó después de forma expresa el supuesto normativo de que la competencia entre los trabajadores tendría lugar en principio en los términos aplicables al mercado donde se realiza el trabajo.⁷⁶ En términos generales, el principio *lex loci laboris* también parece ser compatible en este contexto.

La función básica del Reglamento es romper los antiguos círculos de solidaridad de los regímenes de seguridad social nacionales a fin de fomentar la integración. A tal efecto, el principio de igualdad de trato es otro principio fundamental del Reglamento,⁷⁷ pues «proscribe» la nacionalidad en cuanto criterio de pertenencia en materia de regímenes de seguridad social. Como consecuencia de la aplicación del concepto de la discriminación indirecta, incluso la residencia como criterio de pertenencia también podría fácilmente contravenir el Reglamento.⁷⁸ Otro principio fundamental del Reglamento es el principio de acumulación, consistente en eliminar las normas nacionales que exigen períodos de residencia y/o de trabajo en el territorio para tener el amparo de los distintos regímenes de prestaciones sociales.⁷⁹ El principio de exportabilidad abarca la parte del principio de territorialidad que establece que abandonar el territorio (o no tener en él la primera residencia, como es el caso de los viajeros diarios al trabajo) hace perder el derecho a prestaciones sociales (artículo 10). En conjunción con el principio *pro rata temporis*, el de exportabilidad permite llevar consigo derechos sociales acumulados al desplazarse dentro de la UE. Podemos decir pues que los cuatro principios funcionan a la hora de eliminar el criterio tradicional de pertenencia para mejorar la integración. Por último, la norma de estado único [artículo 13(1)] y la idea de un único estado con competencia son fundamentales para el Reglamento y sus funciones.⁸⁰ En la coyuntura actual, baste con decir que hace que la aplicación del Reglamento y de sus disposiciones básicas sea más rígida y menos dinámica.

Sin embargo, los aspectos integradores del Reglamento propiamente dichos están constreñidos por la limitada aplicabilidad de las disposiciones. Ya se ha dicho antes que la libre circulación estaba inicialmente restringida a los trabajadores (y a los servicios, los capitales y las mercancías, las cuatro libertades).⁸¹ En

1981, el ámbito del Reglamento se amplió hasta abarcar a los trabajadores por cuenta propia;⁸² en 1998 se extendió a los regímenes especiales de funcionarios⁸³ y en 1999 incluyó a los estudiantes.⁸⁴ De todas formas, el campo de aplicación del Reglamento no cubre a todos los ciudadanos de la UE.⁸⁵ Según el artículo 2, en este momento el Reglamento es aplicable a «los trabajadores nacionales de un Estado miembro o a los apátridas o refugiados que residan en el territorio de un Estado miembro, sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supérstites».⁸⁶ No es necesario hacer uso del derecho de libre circulación en el sentido de haber trabajado de hecho en otro estado miembro para reclamar estar cubierto por el Reglamento, pero sí es necesario haber cruzado una frontera. Ni siquiera es preciso ser trabajador; basta con haber estado cubierto por la legislación de un estado miembro. El concepto de trabajador por cuenta ajena está basado en el derecho comunitario y cubre también a las personas con empleo flexible.⁸⁷ Las prestaciones sociales cubiertas están definidas en el artículo 4 e incluyen, entre otras, las prestaciones de vejez. Las disposiciones especiales sobre pensiones se encuentran en el capítulo 3 del Reglamento (véanse los siguientes apartados).

Desde el tratado de Maastricht, el Tratado de la Unión Europea establece que uno de los objetivos de la Unión es «reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros mediante la creación de la ciudadanía de la Unión». La introducción de ciudadanía de la Unión en los artículos 17 y 18 CE confiere ahora a los ciudadanos de la Unión el derecho fundamental e individual a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Sin embargo, este derecho está sujeto todavía a considerables restricciones en relación con los ciudadanos no activos y los miembros de sus familias. El derecho del ciudadano de la Unión a la libre circulación y residencia está regido en la actualidad por un complejo corpus jurídico compuesto por no menos de dos reglamentos y nueve directivas, además de la jurisprudencia del TJE.⁸⁸

Hasta ahora, las aspiraciones integradoras de la UE se detienen en los ciudadanos de la UE, ya que las disposiciones pertinentes no se extienden en la actualidad a los nacionales de terceros países.⁸⁹ Hoy día, sólo pueden apoyarse en acuerdos bilaterales o multilaterales con sus países de origen.⁹⁰ Según la cumbre de Tampere de 1999, es un objetivo de la Unión garantizar un trato comparable de los nacionales de la UE y de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros.⁹¹ Además, de acuerdo con las conclusiones de la Presidencia de la reunión de Laeken, existe ahora la necesidad política de extender la coordinación de los sistemas de seguridad social a nacionales de terceros países. En tal sentido, es de esperar algún progreso en este campo en un futuro próximo, pues hubo una convocatoria del Consejo para adoptar las medidas necesarias lo antes posible.⁹² La Comisión ha presentado ahora su propuesta de nuevo reglamento, que extiende el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 a los nacionales de terceros países que residen legalmente en un estado miembro y se vayan a desplazar (legalmente) a otro Estado miembro.⁹³ Esa propuesta está basada en el artículo 63(4) CE, y uno de los objetivos de la iniciativa es ayudar a la integración de los nacionales de terceros países proporcionándoles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la UE y fomentando la movilidad de los trabajadores, incluyendo los no nacionales de la UE.⁹⁴ Se cree que es importante tanto respetar los derechos fundamentales a los nacionales de terceros países como eliminar los obstáculos a la movilidad de los trabajadores y a la participación en el mercado de trabajo. El nuevo

reglamento como tal no conferirá ningún derecho a entrar, permanecer o residir en un Estado miembro ni a acceder a su mercado de trabajo, pero la Comisión ha propuesto ya un proyecto de directiva relativa a «las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia en otro estado miembro».⁹⁵

La base constitucional para la armonización de la seguridad social ha cambiado sustancialmente después de Amsterdam. Teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad y de acuerdo con los artículos 136–145, ahora existe también la posibilidad expresa de armonizar la seguridad social mediante directivas de mínimos.

Se puede decir que hay consenso general sobre la necesidad de reformar las disposiciones del Reglamento, pero ahí acaba el consenso. Ya en la cumbre de Edimburgo de 1992, el Consejo dio a la Comisión el mandato de simplificar las normas de coordinación.⁹⁶ En el debate general han surgido numerosas propuestas que permiten identificar tres enfoques generales: la reforma por partes, un régimen europeo para los trabajadores migrantes y un sistema de coordinación unificado y simplificado. La propuesta presentada por la Comisión Europea simplificando el Reglamento 1408/71 (véase más adelante) es el ejemplo más destacado de reforma por partes. Pieters y Van Steenkiste ofrecían una versión de régimen europeo en «The Thirteenth State».⁹⁷ El punto crucial consiste aquí en crear un sistema de garantía social europeo especialmente diseñado para la protección de los inmigrantes, pero la cuestión radica en si hay base legal para la creación de tal sistema.⁹⁸ La tercera vía consistiría en mantener la esencia actual de las normas de coordinación pero buscando «formas de expresión más comprensibles y elegantes»,⁹⁹ con el objetivo de definir la coordinación en términos de principios generales. Sakslin ha argumentado que no hay alternativa real entre el primer enfoque y el tercero en el sentido de que, aunque hay un nivel suficiente de generalidad para cualquier reforma que se pueda introducir, el Reglamento deberá ser parcheado continuamente mediante enmiendas menores.¹⁰⁰ Hay también propuestas según las cuales debería haber un régimen *pro-rata* para todas las prestaciones¹⁰¹ y un acercamiento al principio *lex loci domicilii*,¹⁰² así como una recomendación de la observación paralela de los principios *lex loci laboris* y *lex loci domicilii*.¹⁰³ Por su parte, Pieters ha sugerido que la legislación aplicable a las prestaciones de compensación por pérdida de ingresos y a las prestaciones de compensación de costos deberían estar regidas por principios diferentes.¹⁰⁴

Existe desde hace algunos años una propuesta de la Comisión que tiene por objeto simplificar el Reglamento 1408/71.¹⁰⁵ Esta propuesta, cuyo tamaño es sólo la tercera parte del tamaño del Reglamento, está basada en los artículos 42, 18 y 308 CE y tiene un ámbito de aplicación considerablemente más amplio que el actual Reglamento a efectos de las personas amparadas. El concepto pertinente es el de «persona» (no trabajador, miembro de la familia, etc.). La propuesta engloba por lo tanto la evolución de trabajador inmigrante a ciudadano de la UE en el seno del derecho comunitario y cubre también a los nacionales de terceros países legalmente residentes en un Estado miembro. Esta propuesta toca muchas cuestiones políticas muy sensibles.¹⁰⁶ La asistencia social sigue quedando fuera del ámbito del Reglamento.

Esa propuesta de la Comisión parecía haberse «estancado» en el proceso durante mucho tiempo. Después de Amsterdam, no basta con que las decisiones sean

unánimes, porque el Parlamento también tiene poderes de codecisión. Últimamente, sin embargo, la reforma vuelve a estar en marcha. En la cumbre de Laeken de diciembre de 2001 se presentaron parámetros para la modernización del Reglamento 1408/71 y a finales de 2003 está prevista una propuesta de modificación del Reglamento.¹⁰⁷ Hay 12 parámetros definidos como las opciones básicas para adopción por el Consejo a la luz de las cuales se debe modernizar ese Reglamento: siete parámetros generales y cinco específicos para las diferentes clases de prestaciones. El documento contiene algunas diferencias con respecto a la propuesta de la Comisión de 1998. Mantiene el ámbito personal más amplio e incluye la jubilación anticipada, aunque lo hace mediante una lista exhaustiva. Además, fija el período de búsqueda de trabajo en otro Estado miembro con prestaciones por desempleo en «como mínimo tres meses». Sin embargo, tal como explican Schulte y Jorens, «la armonización de los sistemas de seguridad social no está en el orden del día en un futuro próximo, sino que se pretende aumentar la convergencia en el ámbito de la protección social mediante el denominado «método abierto de coordinación», que se ha puesto en práctica con éxito en el campo de la política económica y, últimamente, en el de la política de empleo, y que ahora se ha extendido a los ámbitos de la exclusión social y de las pensiones de vejez y se aplicará también en el año 2002 a la sanidad pública».¹⁰⁸

Por último, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2000 enfoca las cuestiones de asistencia social y seguridad social en su artículo 34 afirmando que la Unión reconoce y respeta el derecho a las prestaciones de la seguridad social y a los servicios sociales según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.

4.2 El trabajador inmigrante tradicional

El trabajador inmigrante tradicional es el típico *Gastarbeiter*, un trabajador masculino de la producción que consigue un trabajo en otro Estado miembro con un mercado de trabajo más afortunado que el del estado original y que, tras trabajar ahí durante un considerable período de tiempo (posiblemente hasta llegar a la edad de jubilación), suele volver a su estado de origen. Esta es la persona para la que están pensadas las disposiciones del Reglamento. La pregunta es: ¿cómo funcionan en realidad esas disposiciones?

Según el artículo 13(2)(a) y 13(2)(b), es aplicable la legislación del estado de trabajo, es decir, el principio *lex loci laboris*. En materia de los derechos de pensión asociada a rentas (y normalmente contributiva), esto significa que nuestro trabajador inmigrante tradicional gana su pensión en igualdad de trato con respecto a los trabajadores nacionales del mercado laboral en cuestión. Normalmente, los derechos de pensión en juego en los casos aquí implicados son las pensiones asociadas a rentas, pues el motivo fundamental de la migración es precisamente ganar más.

Una vez acabado el trabajo asalariado activo, la cuestión estriba en cómo «llevarse la pensión a casa». Como estamos hablando de derechos de pensión «ganados», esos derechos son generalmente exportables en forma de derechos inalienables acumulados, también según las normas nacionales, por lo que normalmente ese trabajador no perderá nada cuando vuelva a casa. La mayoría de los regímenes de pensiones reglamentarios no incluyen ningún requisito que diga que se debe estar asegurado en el momento de la materialización del riesgo (al llegar la jubilación), y las pensiones se pagan al llegar a la edad pensionable.

Muchas veces ni siquiera es necesario aplicar las normas de coordinación. Sin embargo, el artículo 45 contiene normas relativas a la acumulación de períodos de carencia (períodos mínimos de cotización / renta) que, según los sistemas nacionales, pueden ser necesarias para la adquisición de los derechos de pensión. El artículo 46 trata la concesión de las prestaciones. Cada país hace sus propios cálculos. En primer lugar se ha de calcular la cuantía de los derechos de pensión de acuerdo sólo con las normas nacionales, con independencia también del artículo 45. Pero, a efectos comparativos, también se debe hacer un cálculo de acuerdo con el artículo 46(2). Si no hay ningún derecho a pensión según las normas nacionales, es directamente aplicable el artículo 46(2).¹⁰⁹ En materia de regímenes asociados a rentas, la diferencia entre las dos alternativas no suele ser mucha, si bien los períodos de carencia largos de los regímenes nacionales pueden favorecer a la segunda alternativa.¹¹⁰ Si la persona en cuestión no ha trabajado como un *Gastarbeiter* toda su vida, sus derechos de pensión deberán ser calculados según los artículos 45 y 46.

Como he señalado anteriormente, es característico de estos casos que los derechos de pensión superen los niveles mínimos, por lo menos en el estado de origen. El tema especial de los regímenes de pensiones básicas y otras garantías de un nivel de vida mínimo será tratado por lo tanto en el apartado 4.3 siguiente.

Está también la cuestión de la familia y la posición de la esposa sobre todo en el tema de la jubilación. Tenemos que considerar dos escenarios alternativos principales: la familia emigró con el trabajador o se quedó en el estado de origen. En ambos casos, el trabajador tiene derecho a cualquier prestación adicional para el sostén familiar y la esposa a cualquier derecho derivado. La esposa puede tener derecho también a una pensión básica propia, en cuyo caso pueden surgir problemas especiales en relación con los criterios de pertenencia pertinentes (véase además el apartado 4.3 siguiente). Además, existe la posibilidad de que la esposa haya tenido un trabajo propio. Sus derechos como trabajadora, probablemente flexible, están tratados en el apartado siguiente.¹¹¹

Así pues, nuestro trabajador inmigrante tradicional se está «llevando a casa» la pensión / nivel de vida superior de la tierra de trabajo.¹¹² Desde el punto de vista sustancialmente normativo, esto parece apropiado, pues ha trabajado y ha contribuido a ese nivel durante toda su vida. Se ha «ganado» ese nivel de vida, pues los derechos de pensión constituyen derechos inalienables acumulados que tienen un carácter de propiedad. Se puede decir en términos generales que este estado de las cosas fomenta la libre circulación de trabajadores y mejora por lo tanto el mercado interior y la integración europea. Aparte de la envidia que puede causar entre sus conciudadanos del país de residencia tras su jubilación, cuando está en su estado de origen, esto debería animar también a otras personas de allí a hacer uso de la libertad de circulación.

Lo mismo se puede decir de algunas prestaciones «adicionales» que tiene que pagar el estado de trabajo, como las prestaciones en especie por enfermedad (artículos 28 y 28a del Reglamento) y las asignación por hijos a cargo [artículo 77(2) del Reglamento], a pesar de que esas prestaciones son frecuentemente prestaciones de solidaridad que exigen la residencia de conformidad con el régimen nacional. Dichas prestaciones se pueden considerar el pago de una ayuda de no residente en nombre del estado de trabajo a las personas que residen en otro Estado miembro. Indudablemente, esta situación fomenta también la movilidad,

aunque desde un punto de vista normativo más sustancial puede parecer menos convincente.¹¹³

4.3 El trabajador inmigrante flexible

Así pues, las carreras profesionales actuales suelen ser más heterogéneas que las «tradicionales» desde el punto de vista tanto del número de empresas como de las formas de empleo. Pueden también representar una mezcla de trabajo por cuenta ajena, trabajo por cuenta propia y periodos de formación o de desempleo. El trabajo a tiempo parcial en paralelo con otras actividades económicas / educativas también es ahora más frecuente.

Estas carreras profesionales heterogéneas pueden constituir perfectamente la realidad, no sólo de los trabajadores más precarios, sino también de los «trabajadores del conocimiento» *altamente cualificados*. De hecho, se sabe que los trabajadores altamente cualificados están más que representados en algunas formas de empleo flexible. También se sabe que son los nuevos inmigrantes, aunque es innegable que muchos de estos trabajadores son desplazados por sus propias empresas. Su situación será tratada por lo tanto en el apartado 4.5 siguiente. Sin embargo, en estos grupos hay también un grado de migración individual considerable, cada vez más alto. Esta migración puede estar inducida por el motivo clásico de mejorar las condiciones laborales, pero también puede ser debida a otros motivos no económicos, como mejorar la carrera profesional y el desarrollo personal. En términos generales, en estos casos está implicada la pensión asociada a rentas dentro de cualquier régimen de pensiones (y los pilares no reglamentarios del sistema de pensiones son tan o incluso más importantes que los regímenes reglamentarios).

A primera vista, el principio *lex loci laboris* parece funcionar bien también en estos casos. A muchos trabajadores de estos grupos, sin embargo, les podría tentar aún más la migración temporal si ello no implicara un cambio del régimen de seguridad social. La posibilidad de optar por el régimen de seguridad social del estado de origen podría ser una alternativa para esta migración temporal. Otra posibilidad consiste en contemplar este caso como un caso de viajero diario al trabajo en el que se consideraría que el inmigrante temporal está empleado normalmente en dos (o más) Estados miembros pero es residente (todavía) del estado de trabajo de origen (compárese con el apartado 4.4 siguiente).¹¹⁴ No obstante, con frecuencia se da por hecho que los modelos de trabajo flexible están relacionados con condiciones laborales más *precarias*, propias de trabajos de baja calidad y mal pagados. Es preciso dejar bien claro aquí que los modelos de trabajo más inseguros constituyen por sí mismos un obstáculo a la movilidad. Si parece haber un interés bastante reducido por la migración intra europea en general, es fácil suponer que el interés por la migración cuando lo que se ofrece es un trabajo inseguro y posiblemente a tiempo parcial será incluso menor. En cualquier caso, estos supuestos quedan fuera del ámbito del Reglamento. Sin embargo, aunque es probable que la migración por los motivos tradicionales de mejorar las condiciones de vida también existirá en el futuro, especialmente en vistas de la futura ampliación de la UE, no es de esperar que haya carreras de larga duración y sí es de esperar que los trabajos flexibles sean los más ofrecidos. Como ha quedado ya dicho (véase el apartado 3 anterior), el diseño de los regímenes de pensiones reglamentarios es crucial para estas nuevas carreras profesionales. Se ha

hablado también de la supuesta necesidad de elementos distributivos en los regímenes de pensiones reglamentarios a efectos de formación, cuidado de miembros de la familia, etc. Las personas de estos grupos tienen además más probabilidades de depender de regímenes de pensiones básicas y de otras prestaciones de mantenimiento de un nivel de vida mínimo conforme se hacen mayores. Las mujeres trabajadoras merecen aquí una mención especial, porque, si bien es innegable que hay algunas entre los nuevos inmigrantes altamente cualificados de los que hablamos antes, en general están mucho más representadas en el grupo de los trabajadores a tiempo parcial y de otros trabajadores flexibles de los grupos más precarios.

Aquí tiene su punto flaco el principio *lex loci laboris*. El trabajo no es ya un único criterio de pertenencia pertinente. Por ejemplo, el principio de territorialidad inherente a los regímenes de seguridad social nacionales exige la residencia como criterio adicional o alternativo de pertenencia.¹¹⁵

Sin embargo, es de especial interés en el caso de los trabajadores flexibles su más frecuente dependencia de regímenes de pensiones básicas e incluso de asistencia social suplementaria. Aquí, la residencia como criterio pertinente de pertenencia ocupa un lugar preeminente. Las prestaciones ya no están basadas en derechos inalienables, sino en la justicia social y en ofrecer un nivel de vida adecuado para todos. Son por lo tanto prestaciones de solidaridad. Siempre que nuestro trabajador flexible permanezca en el estado de residencia tras la edad de jubilación, recibirá indudablemente las prestaciones de los regímenes existentes en ese país. El artículo 50 del Reglamento proporciona el derecho a un suplemento en caso de que la suma de las prestaciones pagaderas según la legislación de varios Estados miembros no llegue al mínimo fijado por la legislación del estado de residencia. Es más, las pensiones asociadas a rentas y basadas en la residencia son posiblemente exportables *pro rata*. Sin embargo, desde 1992, el artículo 10a del Reglamento incluye disposiciones especiales sobre las llamadas «prestaciones híbridas», excluyéndolas del principio de exportabilidad. Dichas prestaciones no contributivas especiales basadas en la residencia se comunicarán a la Comisión y están incluidas en la lista del Anexo IIa del Reglamento.¹¹⁶

En las circunstancias actuales, sin embargo, la libertad de circulación de este pensionista «no autosuficiente» es reducida. De conformidad con la Directiva del Consejo 90/365/CEE relativa al derecho de residencia de los trabajadores tanto por cuenta ajena como por cuenta propia que hayan puesto fin a su actividad profesional¹¹⁷, hay en principio un derecho a la libre circulación y a la residencia en cualquier Estado miembro, siempre y cuando se disponga de un seguro médico y se tengan suficientes recursos. Estas restricciones se pueden cuestionar al amparo del derecho general de los ciudadanos de la Unión que establece el artículo 18 CE.¹¹⁸ De todas formas, el derecho comunitario actual parece dejar a los «viejos pobres» en una dependencia doble: su libertad de circulación fuera de su estado de trabajo o de su estado de origen depende del diseño del sistema de seguridad social del estado huésped, de si proporciona protección básica dentro o fuera del ámbito del Reglamento (o no proporciona ninguna).¹¹⁹ se puede aludir a la improbabilidad de que estos grupos concretos de personas emigren después de su jubilación. Pero ¿por qué no iban a hacerlo? Una segunda generación más móvil puede hacer que este tipo de movilidad sea cada vez más adecuada también para la tercera edad. Si de verdad queremos una Europa integrada para todos sus

ciudadanos, esta movilidad debería ser una posibilidad, y, si la integración triunfa, podría convertirse perfectamente en una demanda.¹²⁰

El hecho de que los pensionistas inmigrantes sean o no invitados / inducidos a aceptar un empleo (probablemente flexible de alguna forma) podría depender en gran medida de las normas contenidas en los regímenes de pensiones correspondientes.

La figura de los estudiantes emigrantes supone un problema aparte en la escena del empleo flexible. Según el Reglamento, el estado de origen sigue siendo el estado competente en el caso de personas que estudian en otro Estado miembro. Sin embargo, si el estudiante acepta un trabajo en el estado huésped, es aplicable inmediatamente el principio *lex loci laboris*, y el estado de trabajo se convierte en el estado competente. Si el trabajo en cuestión tiene carácter reducido (a tiempo parcial o de corta duración), esta norma puede parecer inadecuada, siendo quizás más aplicable alguna norma basada en «la actividad más significativa» (estudiante o trabajador) o, por lo menos, en «la actividad significativa»¹²¹ o alguna actividad que rebase un determinado umbral.¹²² Por otro lado, ¿por qué no han de recibir prestaciones en función de su trabajo?. ¿Quizás en estos casos a lo que convendría renunciar es a la norma de estado único! De todas formas, muchos regímenes dejan fuera a los trabajadores de corta duración y a los trabajadores a tiempo parcial.¹²³ La normativa actual relativa a la legislación aplicable en estas situaciones deja por lo tanto a los estudiantes en el peligro de no tener ninguna protección (real) en el estado de trabajo ni tampoco en el estado de origen.

4.4 El viajero diario transfronterizo/ trabajador fronterizo

Como ya se ha indicado en el apartado 2 anterior, el viajero diario transfronterizo constituye un tipo de migración en aumento en la UE, si bien, como sería de esperar, su origen geográfico es muy desigual. El 83% procede de sólo cuatro países: Francia, Alemania, Bélgica e Italia.¹²⁴

Según el artículo 13(2)(a), la legislación del estado de trabajo también se aplica cuando el empleado reside en otro Estado miembro. El artículo 13(2)(b) contiene la norma correspondiente con relación al trabajador por cuenta propia. Se puede considerar que los artículos 14(2)(b)(i) y 14a(2) añaden el *lex loci domicilii* como una norma secundaria y complementaria al principio *lex loci laboris* en los casos en que una persona tiene normalmente un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia en el territorio de dos o más Estados miembros.¹²⁵ Es sabido que esta situación causa mucha confusión y problemas en la práctica,¹²⁶ y habría que ver si es efectiva con vistas al objetivo instrumental de la movilidad.

En la propuesta de la Comisión para modificar el Reglamento, se omiten las normas especiales relativas a trabajadores fronterizos. Sin embargo, con respecto a las personas que trabajan en dos Estados miembros, la legislación del Estado miembro de residencia sólo es aplicable si la persona ejerce una *actividad sustancial* en dicho estado, por lo que podríamos decir que la norma propuesta refuerza aún más el principio *lex loci laboris*.

Pennings ha sugerido fijar un límite para la aplicación de normas como los artículos 14(2)(b)(i) y 14c(a) que establezca la legislación aplicable para 10 horas semanales (o el tiempo suficiente para estar asegurado de acuerdo con el sistema nacional).¹²⁷ También plantea una norma que produzca el efecto de que las personas ya protegidas por un régimen de seguridad social puedan optar por

seguir en ese régimen siempre que el nuevo trabajo en otro estado o no comprenda más de diez horas semanales.

Dicha norma «tendería un puente» entre las situaciones de empleo / trabajo no significativo en otro estado distinto al originalmente competente y las situaciones reguladas en el artículo 13(2)(f). No cabe duda de que la situación de los viajeros diarios al trabajo y de las carreras profesionales discontinuas (y también, por ejemplo, las normas nacionales relativas a periodos sin trabajar con derechos de pensión asociados, que establecen criterios adicionales de pertenencia) nos remiten al artículo 13(2)(f) del Reglamento.¹²⁸ Una persona para quien deja de ser aplicable (según la legislación nacional) la legislación del estado anteriormente competente, sin que sea aplicable la legislación de otro Estado miembro, estará sujeta a la legislación del estado de residencia (de acuerdo con las disposiciones de únicamente esa legislación).

Sin embargo, este puede ser el lugar idóneo para invocar el debate relativo a la renuncia a la norma de estado único y aceptar la lógica normativa subyacente de los diferentes regímenes de prestaciones, aplicando tanto el principio *lex loci laboris* como el *lex loci domicilii* en sus ámbitos de aplicación respectivos.¹²⁹ Los trabajadores fronterizos (ya sean trabajadores activos económicamente en un solo país o en dos o más Estados miembros) son precisamente el grupo que requiere tales reflexiones.

4.5 Gestión paneuropea del trabajador «migrante»

El desplazamiento de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia constituye un instrumento cada vez más importante de los mercados de trabajo internacionales. Van Zeven y Donders lo explican así: «En realidad, el término «migración» ya no es apropiado (las cifras de migración llevan años disminuyendo constantemente). Lo que observamos ahora es más correcto denominarlo movilidad internacional de corta duración y, dentro de sus límites, el desplazamiento de trabajadores está cobrando una importancia creciente.»¹³⁰

El artículo 14 del Reglamento contiene las normas relativas a los desplazamientos de trabajadores. Una persona que esté *normalmente* adscrita a una empresa o que trabaje por cuenta propia en un Estado miembro y que es enviada / se compromete a llevar a cabo un trabajo en otro Estado miembro seguirá estando sujeta a la legislación del primer Estado miembro, siempre que la duración prevista de ese trabajo no supere los 12 meses (y que no se le envíe para sustituir a otra persona que ha terminado su período de desplazamiento).¹³¹ Existe la posibilidad de ampliar la norma para otros 12 meses, si los Estados en cuestión lo consienten. Además, se suele utilizar el artículo 17, que contiene la posibilidad de un acuerdo común entre dos Estados miembros sobre exenciones de las normas generales, para ampliar el período aceptado en los casos de desplazamiento.¹³²

En la propuesta de la Comisión para simplificar el Reglamento, el desplazamiento se regula en el artículo 9, según el cual: «una persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y se desplace al territorio de otro Estado miembro para realizar un trabajo en nombre de su empresa, que contrata habitualmente personal en el territorio del primer Estado miembro, seguirá estando sujeto a la legislación de ese Estado, siempre que la duración prevista del trabajo no sobrepase los doce meses y que no sea enviado para sustituir a otra persona que ha terminado su período de desplazamiento». La

diferencia en relación con las normas actuales no parece ser significativa, exceptuando el hecho de que falta la norma (permissiva) relativa a la prolongación.¹³³ Pero, en lo que respecta a los trabajadores por cuenta propia, la norma propuesta exige que el trabajo ejercido normalmente en el país de origen sea «el mismo» que el realizado durante el desplazamiento.¹³⁴ En los parámetros adoptados posteriormente para la modernización del Reglamento, la propuesta de la Comisión se considera un «buen punto de partida» para discutir las futuras normas.

El desplazamiento se puede considerar un caso especial de gestión paneuropea; implica que una empresa manda a sus trabajadores a otro Estado miembro o que un trabajador por cuenta propia utiliza su libertad de suministrar servicios para ejercer actividades en otro Estado miembro distinto al de su domicilio social. Pero la *gestión paneuropea* también puede implicar que un empresario haga uso de trabajadores dentro de las actividades adecuadas en otro Estado miembro distinto al estado de origen. Los empleados que trabajan en un Estado miembro, pero para una empresa cuyas actividades se extienden a dos o más Estados miembros, están cubiertos por la legislación del país en el que la empresa tiene su sede, no necesariamente donde se realiza el trabajo (artículo 14(3)).¹³⁵ Cuando los empresarios son diferentes, aunque puede ser dentro de una «familia» de empresas relacionadas, nos encontramos con una situación de «carrera profesional transitoria», como las estudiadas en el apartado 4.3 anterior. La aplicación de las disposiciones del Reglamento a este tipo de movilidad de corta duración subraya la importancia de un contenido de conceptos claros e inequívocos como «empleado *normalmente* en el territorio de uno o más Estados miembros» del artículo 14(2) y «residencia».

En el caso de que el desplazamiento y las actividades de la empresa se extiendan a uno y otro lado de una frontera, el Reglamento contiene una excepción del principio general de la norma de coordinación –*lex loci laboris*– según la cual es aplicable la legislación del estado de trabajo original o del estado del domicilio social de la compañía. A esto podríamos llamarlo «principio *lex laboris* II».¹³⁶ En relación con los trabajadores de una empresa paneuropea, este principio simplemente sustituye al *lex loci laboris*, mientras que, en relación con los desplazamientos, el principio *lex laboris* II es una excepción de la norma *lex loci laboris*, aceptada sólo con limitaciones.

Esas restricciones reflejan una actitud de desconfianza hacia los desplazamientos por estar «típicamente» asociados al dumping social. La Directiva del Consejo 96/71/CE relativa a desplazamientos de trabajadores trata en parte el tema del dumping social exigiendo que, en lo relativo a condiciones laborales, prevalezca el principio *lex loci laboris*.¹³⁷ Sin embargo, en lo que se refiere a los costes de la seguridad social, se podría decir que el «dumping social» está aceptado en las disposiciones restringidas del Reglamento. Esto se podría atribuir al objetivo instrumental de fomentar la movilidad / integración incluso cuando haya que pagar un precio por ello, y podría ser el camino más rápido para conseguir una «verdadera integración» en los términos de unas condiciones sociales armonizadas para toda Europa.

El desplazamiento de trabajadores por cuenta propia del Reino Unido e Irlanda, por ejemplo, se ha asociado con frecuencia al dumping y causa bastante preocupación.¹³⁸ Sin embargo, tal como se ha indicado al principio, es demasiado simplista considerar la contratación externa (y, en muchos casos, el desplazamiento) de empleados como un empeño puramente precario. La provisión rápida

de recursos humanos también puede ser un objetivo empresarial legítimo realizado como «trabajo de calidad». Esos casos son, en realidad, análogos a cualquier caso de gestión paneuropea, y disminuir las restricciones del Reglamento sobre los desplazamientos puede favorecer al mercado interior europeo.¹³⁹ A un empleado que desempeña un trabajo en un país con una protección de seguridad social inferior a la del estado de trabajo de origen le puede interesar poder conservar los vínculos con el anterior régimen de seguridad social y aceptar un desplazamiento. En lo que atañe al desplazamiento del trabajador por cuenta propia, estamos aún más claramente ante un caso situado en la frontera entre el dumping social y la libertad de prestar servicios.¹⁴⁰

Recapitulando: en el caso de desplazamiento, así como en el caso de las empresas transfronterizas, debe considerarse operativo el principio *lex laboris* II en relación con la libre circulación de trabajadores y la libertad de prestar servicios. La obligación de cambiar el estatus de la seguridad social durante un periodo más o menos limitado disuadiría a la gente de su intención de migrar y obstaculizaría de este modo la movilidad laboral. Esta es otra razón para preferir que el estado de trabajo de origen siga siendo el estado competente en otros casos de movilidad internacional de corta duración, sobre todo en el seno de una «familia de empresas», si bien, desde este punto de vista, también habría que tomar en consideración la Sociedad en Red de Castell.¹⁴¹ (En esos casos, el desplazamiento del empleado parece ser la estrategia pertinente, dadas las normas actuales.) Sin embargo, se podría acusar a las normas sobre desplazamientos de no ser lo bastante flexibles y de no responder a las necesidades de las empresas internacionales con actividad transfronteriza y de sus empleados.¹⁴² En esos casos, la migración ya no es para recibir mejores condiciones en el sentido tradicional: la fuerza impulsora es el negocio integrado a escala internacional. Un derecho ilimitado al desplazamiento de trabajadores por cuenta ajena podría ser mejor si la «integración» llega de manera natural. En la mayoría de los Estados miembros, el derecho del trabajo nacional contiene las restricciones necesarias en materia de empresas de trabajo temporal y de contratación externa / interna de recursos humanos propiamente dichos.¹⁴³ «Después de todo, lo que hay tras el aumento del número de desplazamientos es la necesidad de movilidad. Las trabas administrativas dificultan este tipo de movilidad y crean obstáculos a la libre circulación».¹⁴⁴ No negaré, sin embargo, que la cuestión del dumping social continúa siendo pertinente, sobre todo con vistas a la ampliación. No obstante, en este punto conviene recordar la crítica de Schulte acerca de la opinión general en materia de dumping social.¹⁴⁵

5. Conclusiones

En este informe he optado por examinar la cobertura, el diseño y los criterios de pertenencia dentro de los regímenes de pensiones reglamentarios, así como la idoneidad de las normas sobre legislación aplicable del Reglamento (CEE) n° 1408/71, desde el punto de vista de los cambios actuales en el mercado de trabajo y en la sociedad en general.

Un punto de partida importante es que la seguridad social reglamentaria es un «sistema» complementario de los mercados de trabajo, constituyendo éstos el sistema dominante para la (re)producción y la distribución.

Todos los regímenes de pensiones reglamentarios europeos se enfrentan a ciertos desafíos, como el incremento de la esperanza de vida, las tasas de natalidad bajas y una actitud normativa (en la seguridad social y el derecho del trabajo) que convierten a la pensión en un derecho social, además de en una obligación a una edad determinada. En los mercados de trabajo hay que contar con los desarrollos tecnológicos y la «Sociedad del Conocimiento», los mercados globalizados, la flexibilización del trabajo y la exclusión tanto espontánea como institucional de las personas mayores. Todos estos cambios suponen una presión para los sistemas de seguridad social reglamentarios. Las pensiones sostenibles y el empleo sostenible exigen la no marginación de las personas mayores, la integración de trabajadores posjubilación, la integración de las mujeres, regímenes abiertos a carreras profesionales flexibles y a una «inactividad» socialmente valiosa y la garantía de condiciones de vida básicas y socialmente justificadas para todos.

En lo relativo a la cobertura y el diseño de los regímenes de pensiones reglamentarios, los cambios consisten en una tendencia hacia regímenes basados en períodos de rentas más largos o en una renta media de toda la vida con una edad pensionable superior o no establecida (apartado 3.2). La integración de las mujeres exige derechos individualizados abiertos a carreras profesionales flexibles y prestaciones «ganadas socialmente», como los años dedicados a criar a los hijos (apartado 3.3). El trabajo flexible, la integración de las personas mayores y las mujeres en el trabajo asalariado y, en consecuencia, en regímenes de pensiones menos uniformes subrayan la necesidad de unos niveles «internos» básicos garantizados en los regímenes de pensiones reglamentarios o, si no, de derechos a un nivel de vida mínimo para todos los miembros de la sociedad (3.4).

Representada en el ámbito normativo de la ley de seguridad social, la situación puede describirse en los términos siguientes:¹⁴⁶ como se ha demostrado en varios estudios,¹⁴⁷ las soluciones reglamentarias en la dimensión social oscilan entre tres modelos, o polos, normativos básicos de un ámbito normativo. Estos modelos pueden describirse como el modelo protector de la situación establecida, el modelo funcional para el mercado y el modelo de distribución justa o de justicia social. Dentro de los regímenes de seguridad social y de pensiones, un importante exponente del modelo que protege la situación establecida es el principio de la sustitución de ingresos destinado a garantizar el mantenimiento del nivel de vida después de la jubilación. Por su parte, el modelo funcional para el mercado tiene un exponente en las normas para definir las prestaciones basándose en principios de orientación más actuarial. Finalmente, las prestaciones basadas en la necesidad o que impliquen una redistribución de los recursos basada sobre todo en la solidaridad representan el modelo de distribución justa. Es evidente que los cambios actuales / necesarios de los regímenes de pensiones reglamentarios, por los que se pasa de regímenes de prestaciones definidas a regímenes de cotizaciones definidas y a prestaciones basadas en períodos de carencia más largos o en rentas medias de toda la vida, acercan las soluciones al modelo funcional para el mercado¹⁴⁸ y las alejan del de la situación establecida. Incluso se podría decir que el trabajo flexible y su reflejo en los regímenes de seguridad social reglamentarios implican que las posiciones ya no están tan establecidas. Por otra parte, el desarrollo de soluciones complementarias en forma de seguridad social básica — ya sea dentro de los regímenes de pensiones reglamentarios o en forma de pensiones híbridas o de asistencia social— representa un avance hacia el modelo

de distribución justa. El resultado final se puede describir como un equilibrio social y políticamente legítimo entre estos modelos normativos en conflicto.¹⁴⁹

The Normative Field of Social Security Law

Life-long average-earnings schemes

Just Distribution

Basic subsistence schemes

The Market -Functional Pattern

Accrued rights and
Actuarial principles

Protection of the Established Position

Replacement of lost earnings

En cualquier régimen de seguridad social *nacional* existe un principio inherente de territorialidad, principio que, en lo referente a los criterios de pertenencia, sufre las presiones de la UE y de la integración europea. La nacionalidad deja pues de ser un criterio de pertenencia permitido y las prestaciones de la seguridad social pasan a basarse en términos generales en el trabajo o en el lugar de residencia (o en ambos criterios, siendo el del trabajo el principal y el de residencia, un criterio de pertenencia adicional auxiliar). Cabe decir que esos criterios reflejan la base normativa sustancial de las prestaciones de que se trata, definiendo de este modo el «círculo de solidaridad» pertinente.

El Reglamento 1408/71 contiene normas de coordinación para garantizar la libertad de circulación y, por ende, la integración europea, sin que haya intención de armonizar los regímenes de seguridad social propiamente dichos. El Reglamento ofrece por lo tanto normas relativas a la legislación aplicable, en particular cuando los trabajadores se desplazan en el seno de la UE. El principio de *lex loci laboris* es un principio fundamental a tal efecto. Básicamente, parece tener eficacia instrumental de cara a los objetivos de movilidad e integración; además, armoniza con la política normativa de la Comunidad en relación con el «dumping social». El principio también es sustancialmente adecuado en lo relativo a los derechos sociales, basados principalmente en el trabajo y complementarios del trabajo asalariado en los mercados de trabajo.

Parte integrante de las aspiraciones integradoras del Reglamento es su función desarticuladora de los antiguos círculos de solidaridad de los regímenes de seguridad social nacionales y del principio de territorialidad inherente a ellos. Con este fin existen los principios fundamentales de igualdad de trato, suma de períodos de carencia y de seguro, exportabilidad y *pro rata temporis* en lo que se refiere a los derechos inalienables. Existe asimismo la norma de estado único.

El Reglamento contiene normas complejas sobre situaciones diferentes que implican tanto exenciones de la norma de estado único como desviaciones del principio *lex loci laboris*.

Nuestro trabajador migrante tradicional (apartado 4.2) «se lleva a casa» el nivel de vida / pensión típicamente más elevado del estado de trabajo cuando, al final de su vida laboral y de una carrera profesional «tradicional», regresa a su estado de origen. Semejante orden de cosas fomenta por lo general la libre circulación de los trabajadores y, de esta manera, mejora el mercado interior y la integración europea. El Reglamento deja espacio además para realizar algunos pagos de ayudas de no residentes en nombre del estado de trabajo, como las prestaciones por enfermedad en especie, etc.

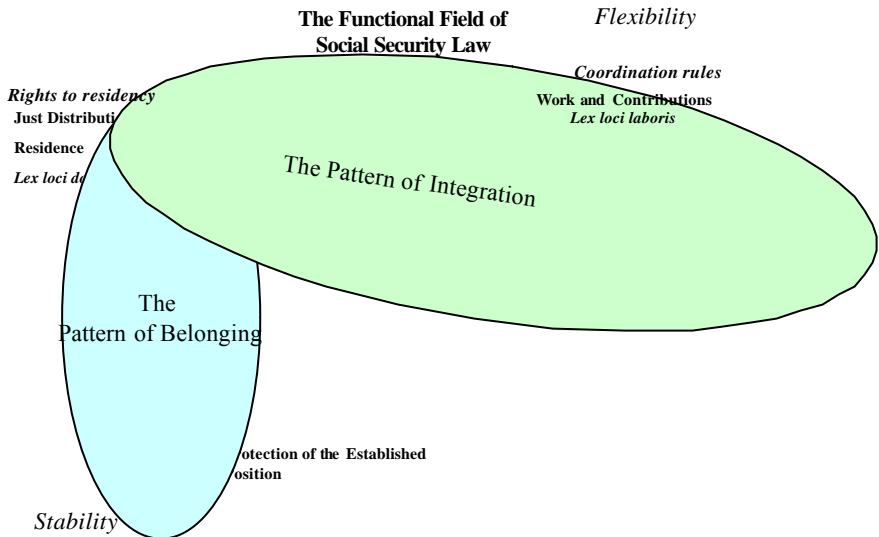
El cuadro se complica al llegar a los trabajadores flexibles (apartado 4.3). Con respecto a los «trabajadores del conocimiento» altamente cualificados, el principio *lex loci laboris* también parece funcionar muy bien. Sin embargo, muchos trabajadores de estos grupos podrían incluso sentirse más tentados a dar el paso de migrar temporalmente si ello no implicara un cambio en el régimen de la seguridad social. Una alternativa con relación a esa migración temporal sería la posibilidad de optar por el régimen de seguridad social del estado de origen, y otra, tratarla como viajeros diarios al trabajo. Esas preferencias también se pueden satisfacer hasta cierto punto en las normas sobre desplazamientos. No obstante, muchas veces se da por supuesto que unos modelos laborales flexibles van unidos a unas condiciones laborales más precarias en trabajos de escasa calidad. Es sumamente importante (re)diseñar los regímenes de pensiones reglamentarios para estas nuevas carreras profesionales. Además, es más probable que las personas de estos grupos acaben dependiendo de los regímenes de pensiones básicas y de otras prestaciones para conseguir un nivel de vida mínimo. El principio *lex loci laboris* es defectuoso en este punto, lo que se reconoce en las normas del Reglamento sobre prestaciones híbridas y queda también reflejado en las prestaciones que quedan fuera de este ámbito. La situación plantea cuestiones referentes a la exportabilidad de los distintos derechos de pensión, así como el derecho a protección básica en general. Además, las carreras profesionales flexibles y los derechos de pensión no basados en el trabajo se destacan en el artículo 13(2)(f) y en su futura aplicación. En última instancia, sin embargo, la movilidad y la integración efectiva quedarán reducidas al ámbito del principio de la libre circulación expresado como el derecho de residencia.

Con respecto al viajero diario transfronterizo (apartado 4.4), cabe considerar que las normas del artículo 14 del Reglamento añaden el *lex loci domicilii* como una norma secundaria del principio *lex loci laboris* en el caso de que el trabajo se lleve a cabo en los dos Estados miembros, algo que no siempre parece normativamente adecuado ni instrumentalmente efectivo de cara a la movilidad. La Comisión ha sugerido que la norma secundaria relativa al *lex loci domicilii* se aplique sólo cuando la persona ejerce una actividad sustancial en ese estado. Esa

norma refuerza el principio *lex loci laboris*. La opción de optar por seguir en el régimen de seguridad social que era aplicable en origen es una alternativa siempre que las actividades en otro estado no sean sustanciales. Sin embargo, las normas parecen adecuadas en el caso de que el trabajo se lleve a cabo en otro Estado miembro que no es el estado de residencia y sea de carácter temporal. Estas normas parecen incluso útiles en lo que respecta a las misiones temporales de corta duración en otros Estados miembros en las que el trabajador «migrante» no viaja al trabajo con regularidad. No obstante, el caso de los viajeros diarios al trabajo es a la larga el único que en particular plantearía la necesidad de renunciar a la norma de estado único y aplicar tanto el *lex loci laboris* como el *lex loci domicilii*.

El trabajador migrante de gestión paneuropea (apartado 4.5) sigue el estado de origen del empresario o de la empresa, lo que he decidido llamar el principio *lex laboris* II. En cuanto a los trabajadores de una empresa paneuropea, este principio simplemente sustituye al principio *lex loci laboris*. Respecto al caso especial del *desplazamiento*, el principio *lex laboris* II es una excepción de la norma *lex loci laboris*, aceptada sólo con restricciones, restricciones que reflejan la actitud de desconfianza antes aludida que ve el desplazamiento «típicamente» asociado al dumping social. La Directiva de desplazamiento de trabajadores se ocupa parcialmente de la cuestión del dumping social y exige que, respecto a las condiciones laborales, prevalezca el principio *lex loci laboris*. Sin embargo, respecto a los costes de seguridad social, se puede decir que el dumping social está aceptado en las disposiciones restringidas del Reglamento. Aún así, cabe criticar a las normas de desplazamiento por no ser lo bastante flexibles y por no responder a las necesidades de las empresas internacionales con actividad transfronteriza ni a las de su personal. Un derecho ilimitado al desplazamiento de trabajadores por cuenta ajena podría ser mejor si la «integración» llega de manera natural. Las necesidades del mercado de trabajo constituyen el aspecto dominante y dinámico de la economía y el empleo sostenibles. Los trabajadores temporales, los viajeros diarios transfronterizos y la gestión paneuropea son de fundamental importancia para el desarrollo del mercado de trabajo y para la integración europea.¹⁵⁰ ¿Se adaptan realmente a ellos las normas de coordinación relativas a la legislación aplicable? La descripción de las normas relativas a la legislación aplicable del Reglamento partía del supuesto de que cualquier régimen de seguridad social *nacional* consta de un principio de territorialidad inherente y del establecimiento de la integración europea como objetivo instrumental del propio Reglamento. La UE, la integración europea y la realidad de la migración en una perspectiva global prohibieron hace tiempo la nacionalidad como criterio de pertenencia pertinente. En lugar de ello, las prestaciones de la seguridad social se basan en el trabajo o en la residencia. Se puede decir que esos criterios reflejan la base normativa sustancial de las prestaciones en cuestión, definiendo así el «círculo de solidaridad» pertinente de acuerdo con la función de cada prestación. Podemos concebirlo como el *patrón de pertenencia* correspondiente a la ley de seguridad social y, en el ámbito normativo de la seguridad social, situarlo sobre los polos de la posición establecida y la distribución justa. El patrón de pertenencia incluye una profunda buena disposición, pero también la obligación, del «grupo establecido»¹⁵¹ para compartirlo con (pero sólo con) la gente que ya está en cierto modo relacionada con las prestaciones de la sociedad. Esta noción tradicional no incluye de manera natural la integración de los extranjeros ni la igualdad de trato de cualquier individuo.

El objetivo de las políticas de integración europeas es poner fin a esta concepción tradicional de pertenencia y promover un ámbito más amplio y es, por lo tanto, el objetivo del Reglamento. Podemos hablar de la ampliación de los círculos normativos, de inclusión e integración, de cambio. He optado por ilustrar este tema con el *modelo de integración*, que abarca no sólo el modelo funcional para el mercado, sino también el modelo de justicia social / distribución justa.



Respecto a las normas relativas a la legislación aplicable, las situaría principalmente detrás del modelo funcional para el mercado. Es natural que un régimen legal que desafía a los conceptos tradicionales de pertenencia y a las situaciones establecidas tienda a inclinarse hacia el modelo flexible del polo funcional para el mercado. Como el objetivo global es la integración, la «estabilidad» de este modelo normativo es en principio incompatible con el modelo de protección de la situación establecida. Se puede decir que el principio *lex loci laboris* representa una actitud funcional para el mercado, como puede representarla una norma que implica derechos de pensión basados en el trabajo y en las cotizaciones como derechos inalienables.¹⁵² Sin embargo, como ya se ha indicado anteriormente, los cambios actuales en los mercados de trabajo y en los regímenes de la seguridad social también tienden a dejar más espacio para el modelo de distribución justa. Esto es necesario para crear «legitimidad». En este punto, las disposiciones del Reglamento relativas a la legislación aplicable no son necesariamente eficaces ni adecuadas. Dentro del Reglamento, existe un ámbito restringido (y que crece con el paso del tiempo) para la residencia y el *lex loci domicilii* como criterio de pertenencia pertinente. El *lex loci laboris*, como la norma de estado único, prohíbe utilizar la residencia como criterio de pertenencia.¹⁵³ La aceptación de las

prestaciones híbridas no exportables, así como del artículo 13(2)(f) y de la jurisprudencia que lo acompaña dan paso a nuevos desarrollos. Además, algunas prestaciones sociales esenciales, como la asistencia social, que representan el modelo de distribución justa no están en absoluto comprendidas en el ámbito del Reglamento. En este sentido no se necesita una modificación de las normas que *garantizan* la libertad de circulación (el Reglamento), *sino un ámbito más amplio para el propio principio de libertad de circulación*. Lo que se necesita es un cambio en las normas relativas al derecho de residencia en el seno de la Unión. Dicho cambio puede afectar sólo a los ciudadanos de la UE o puede incluir a ciudadanos de un país tercero y adquirir un significado completamente nuevo con vistas al proceso de ampliación.¹⁵⁴

Las circunstancias hasta aquí expuestas requieren un examen del concepto de integración europea, al que, lógicamente, no vamos a proceder aquí por no ser el lugar apropiado, aunque sí pueden ofrecerse algunas indicaciones para un análisis posterior.

El trabajo y, por ende, el principio *lex loci laboris* es sin duda decisivo para el proceso de *creación* del mercado interior. Pero, ¿es esa la situación actual? Con respecto a la cohesión social y a una integración europea auténtica, quizá sean ser más importantes otros valores normativos de solidaridad / criterios de pertenencia. Los estudiantes, los «migrantes» temporales de corta duración, los viajeros diarios al trabajo y los trabajadores «migrantes» paneuropeos –como mínimo– no necesariamente persiguen la integración en el sentido tradicional,¹⁵⁵ aunque sí tal vez en uno nuevo.

En los años noventa, la globalización y los aspectos «transnacionales» de la migración cobraron una importancia creciente en los estudios sobre migración.¹⁵⁶ Tradicionalmente, la migración era un movimiento de sentido único, una exención ocasional (y temporal) de una situación normal de residencia habitual y pertenencia a largo plazo. Últimamente, la migración y la transnacionalidad se están convirtiendo cada vez más en una «normalidad». Parece natural introducir los conceptos de asimilación (un concepto estático de integración en una dirección) y multiculturalismo (un concepto dinámico y abierto para culturas y sociedades verdaderamente integradas) en los debates comparativos sobre el concepto de migración.¹⁵⁷ A medida que pierde importancia la pertenencia nacional, la ciudadanía de la UN se convierte en la categoría más adecuada.

No cabe duda de que todavía necesitamos fomentar la migración individual. Pero, cuando miramos a las empresas, a los trabajadores y a los ciudadanos de la UE «realmente integrados» ¿no parecen necesitar soluciones concebidas de forma más ambiciosa? Estas soluciones podrían hallarse en una norma sobre el principio *lex loci domicilii*, así como sobre el *lex laboris* II. Renunciar a la norma de estado único y aceptar una mezcla de prestaciones laborales y de solidaridad, aplicando en consecuencia el *lex loci laboris* y el *lex loci domicilii* en diferentes ámbitos de aplicación puede constituir otra solución. Este replanteamiento de la base normativa de las prestaciones sociales parece ser un requisito a la larga del proceso global de integración europea. Después de todo, los derechos sociales y políticos que implica la ciudadanía de la UE no se basan en el trabajo. «Integración» significa que la asistencia social no puede quedar fuera del alcance del derecho comunitario.¹⁵⁸ Por otra parte, la existencia de pagos de ayuda para los no residentes en nombre de Estados de Trabajo anteriores puede ser instrumentalmente eficaz *en el proceso* de promover los derechos de residencia.

Por supuesto, la ampliación viene acompañada de problemas especiales. La cohesión social parece una visión mucho más lejana y ni siquiera es inequívoco el objetivo instrumental de mejorar la circulación de trabajadores (más bien se teme). Quizá para aquellos a los que, de todas formas, se les permitirá desplazarse pasarán a primer plano otros valores normativos destinados a incluirlos en prestaciones sociales distintas del objetivo instrumental de la movilidad, como la igualdad de trato y la lógica normativa del régimen de prestaciones sociales pertinente.

No obstante, cuando cambien los modelos de pertenencia y los que tienen que integrarse se hayan «establecido», habrá pasado una época. Tan natural como podía ser concentrarse en una primera fase en los modelos funcionales para el mercado para favorecer la movilidad, lo es seguir trabajando para fomentar un concepto más integrador de la distribución justa y la solidaridad¹⁵⁹ y para, finalmente, favorecer la estabilidad¹⁶⁰ en forma de regímenes de seguridad social de «calidad» armonizados en toda la Unión.

Bibliografía

- Atkinson, John, *Manpower Strategies for Flexible Organisations*, en: *Personnel Management*, agosto de 1984, Londres, 1984.
- Augusztovics, Maria, *Pensions Systems and Reforms – Britain, Hungary, Italy, Poland and Sweden*, en: *European Journal of Social Security* 1999, vol. 1/4 pp. 351–382.
- Basch, L., Glick Schiller, N. y Szanton Blanc, C., *Nations Unbound: Transnational Projects, Postcolonial Predicaments, and Deterritorialized Nation-States*, Gordon & Breach, Basilea, 1994.
- Becker, Ulrich, *Equal treatment – direct impact of Article 12(ex 6) of the EC-Treaty on the cross-border equality of all relevant aspects as regards coverage, entitlement and granting of benefits*, en: *Seguridad Social en Europa, Conferencia «El Tratado CE y el Reglamento 1408/71»*, 17 y 18 de junio de 1999, Viena, 1999.
- Ben-Israel, Ruth, *Social Security in the Year 2000: Potentialities and Problems*, General Report, Item III; presentado en el XIV Congreso Mundial de la SIDTSS, Seúl 1994.
- Bercússon, Brian, *Contemporary/alternative types of work and potential dimensions of mobility: the impact on Community co-ordination*, en: *The free movement of the self-employed within the European Union and the co-ordination of national social security systems, Athens, 21–23 September 2000*, Atenas, 2000, pp. 63–93.
- Bonoli, Giuliano, *The Politics of Pension Reform: Institutions and Policy Change in Western Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- Carlier, Jean-Yves, artículo 39 (antes 48) y artículo 12 (antes 6) del Tratado CE, en: *Seguridad Social en Europa, Conferencia «El Tratado CE y el Reglamento 1408/71»*, 17 y 18 de junio de 1999, Viena., 1999.
- Castells, Manuel, *The Information Age, Economy, society and Culture, Volume I: The Rise of the Network Society*, Blackwell Publishers Ltd, Reino Unido, 1996.
- Castles, S. y Miller, M.J., *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Segunda ed., The Guilford Press, Nueva York, 1998.
- Christensen, Anna, *Normative Grundmuster in Sozialrecht*, en: Tomandl (ed.), *Wie schlang kann soziale Sicherheit sein? Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht*, Viena, 1997.
- Christensen, Anna, *Normative Patterns and the Normative Field: A Post-liberal View on Law*, en: Wilhelmsson y Hurri (eds.), *From Dissonance to Sense. Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, Altershot, Ashgate, 1999 pp. 83–98.
- Christensen, Anna, *Protection of the Established Position: A Basic Normative Pattern*, en: *Scandinavian Studies in Law 2000*, Estocolmo, 2000, pp. 285–324.
- Christensen, Anna, y Malmstedt, Mattias, *Lex Loci Laboris versus Lex Loci Domicilii. An inquiry into the normative Foundations of European Social Security Law*, Euro-

- pean *Journal of Social Security* 2000, vol 2/1 pp. 69–111.
- Christensen, Anna, Structural Aspects of Anti-Discriminatory Legislation and Processes of Normative Change, en: *Legal perspectives on equal treatment and non-discrimination*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.
- Christensen Anna, *Labour Market Change and Pension Reform in Europe*, 2002 (en imprenta).
- Concialdi, Pierre, Demography, the Labour Market and Competitiveness, en: Hughes, Gerard y Stewart, Jim (eds.), *Pensions in the European Union; Adapting to Economic and Social Change*, Kluwer Academic Publishers, La Haya 2000.
- Cornelissen, R., The Principle of Territoriality and the Community Regulations on Social Security (Regulations 1408/71 and 574/72), en: *Common Market Law Review*, Vol. 33, N° 3, 1996, pp. 439–471.
- Eichenhofer, Eberhard, How to simplify the Co-ordination of Social Security, En: *European Journal of Social Security* 2000, vol 2/3, pp. 231–240.
- Eliasson, Nils, *Protection of Accrued Pension Rights, A Comparative Inquiry into Statutory and Occupational Pension Schemes*, (diss.), Juristförlaget i Lund, Norma 4, Lund 2001.
- Engblom, Samuel, Equal Treatment of Employees and Self-employed Workers, en: Numhauser-Henning (ed.), *Legal perspectives on equal treatment and non-discrimination*, Kluwer Law International, La Haya 2001.
- Fillon, Jean-Claude, The influence of Article 17(ex 8), Article 18(ex 8a) and Article 12 (ex 6) of the EC-Treaty on the co-ordination of social security schemes, en: *Seguridad Social en Europa, Conferencia «El Tratado CE y el Reglamento 1408/71»*, 17 y 18 de junio de 1999, Viena, 1999.
- Greve, B., Economics of Migration, en: Eichenhofer (ed.), *Social Security of Migrants in the European Union of Tomorrow*, Osnabruck, IMIS-Schriften 4, 1997.
- Hughes, Gerard y Stewart, Jim (eds.), *Pensions in the European Union; Adapting to Economic and Social Change*, Kluwer Academic Publishers, La Haya, 2000.
- Jorens, Yves y Schulte, Berndt, The implementation on Regulation 1408/71 in the Member States of the European Union, en: *European Journal of Social Security*, 2001, n° 3, pp. 237–256.
- Numhauser-Henning, Ann, Arbetets flexibilisering, en: *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman*, utgivna av Arbetsrättsliga föreningen, Iustus förlag, Uppsala 1993, pp. 255–296.
- Numhauser-Henning, Ann, Premiépension för hela slanten. Det chilenska exemplet, en: *Juridisk Tidskrift* 1997–98 N° 4 pp. 1266–1292, Estocolmo, 1998.
- Numhauser-Henning, Ann, Rätt att gå vid 67?, en: Numhauser-Henning (red.), *Normativa perspektiv, Festskrift till Anna Christensen*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000.
- Numhauser-Henning, Ann, Flexible Qualification – a Key to Labour Law?, en: *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2001, Volumen 17.
- Numhauser-Henning, Ann (ed.), *Legal perspectives on equal treatment and non-discrimination*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.
- Marino, Marco, Social Protection and European Integration: an Unfinished Process, en: *European Journal of Social Security*, 1999, n° 3 pp. 283–294.
- Malmstedt, Mattias, From Employee to EU Citizen – A Development from Equal Treatment as a means to Equal Treatment as a Goal?, en: Numhauser-Henning (ed.), *Legal perspectives on equal treatment and non-discrimination*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.
- Malmstedt, Mattias, *Tillhörighet och sociala förmåner, Från 1600-talets Laws of Settlement till Förordning 1408/71*, Juristförlaget i Lund, Norma 5, Lund 2002.
- Ojeda Avilés, Antonio, How the Current Provisions of Regulation (EEC) 1408/71 Could be Simplified, En: *25 Years of Regulation (EEC) 1408/71 on Social Security for Migrant Workers*, Estocolmo, 1997.

- Pennings, Frans, The European Commission Proposal to Simplify Regulation 1408/71, en: *European Journal of Social Security* 2000, vol 3/1 pp. 45–60.
- Pennings, Frans, Regulation 1408/71 and the Room for Manipulation of the Facts, en: Numhauser-Henning (ed.), *Normativa perspektiv, Festskrift till Anna Christensen*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000, pp. 321–345.
- Pennings, Frans, The Place of Equal Protection on Grounds of Nationality in EU Law, comments on Mattias Malmstedt's article, en: Numhauser-Henning (ed.), *Legal perspectives on equal treatment and non-discrimination*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.
- Pieter van der Mei, Anne, Freedom of Movement and Financial Aid for Students: Some Reflections on *Grzelczyk* and *Fahmi and Esmoris-CerdeiroPinedo Amoris*, *European Journal of Social Security* 2001, vol 3/3 pp. 181–208.
- Pieters, Danny y van Steenkiste, S., *The Thirteenth State, Towards a European Community Social Insurance Scheme for Intra-Community Migrants*, Leuven, Acco 1993.
- Pieters, Danny, Towards a Radical Simplification of Social Security Co-ordination, En: Schoukens (ed.), *Prospsects of Social Security Co-ordination*, Leuven, 1997.
- Pieters, Danny (ed.), *Changing Work Patterns and Social Security*, EISS Yearbook 1999, Kluwer, La Haya, 2000.
- Pieters, Danny, An overview of alternative solutions for overcoming the problematic issues of co-ordination, en: *The free movement of the self-employed within the European Union and the co-ordination of national social security systems*, Athens, 21–23 September 2000, Atenas, 2000 pp. 127–163 (2000b).
- Rönmmar, Mia, Redundant Because of Lack of Competence? Swedish Employees in the Knowledge Society, en: *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2001 Volumen 17.
- Sakslin, Maija, Can the Principles of the Nordic conventions on Social Protection Contribute to the Modernisation and Simplification of Regulation (EEC) No. 1708/771?, En: *25 Years of Regulation (EEC) 1408/71 on Social Security for Migrant Workers*, Estocolmo, 1997.
- Sakslin, Maija, Social Security Co-ordination – Adapting to Change, En: *European Journal of Social Security* 2000, vol 2/2 p. 169–188.
- Sarfati, Hedva y Bonoli, Giuliano, *Coordinating labour market and social protection policies*, ISSA Initiative Research Findings No. 1, ponencia en el Congreso ISSA, Estocolmo, 2001.
- Sarfati, Hedva y Bonoli, Giuliano (eds.), *Labour market and Social Protection Reforms in International Perspective, Parallel or converging tracks?*, Ashgate, Aldershot, 2002.
- Schoukens, Paul, Comparison of the Social Security Law for Self-Employed Persons in the Member-States of the European Union, en: Pieters (ed.), *Changing Work Patterns and Social Security*, Kluwer, La Haya, 2000, pp 63–98.
- Schulte, Berndt, The Welfare State and European Integration, *European Journal of Social Security* 1999, vol 1/1 pp. 7–62.
- Schulte, Berndt y Jorens, Yves, *European Report 2001*, Observatorio Europeo de la Seguridad Social para trabajadores migrantes, proyecto, Amberes, 2001.
- Schömann, Klaus, Rogowski, Ralf y Kruppe, Thomas, *Labour Market Efficiency in the European Union, Employment protection and fixed-term contracts*, Routledge, Londres, 1998.
- van den Berg, Axel, Furåker, Bengt y Johansson, Leif (eds.), *Labour Market Regimes and Patterns of Flexibility, A Sweden-Canada Comparison*, Arkiv Förlag, Lund 1997.
- van Oorschot, Wim y Boos, Cees, Dutch Pension Policy and the Ageing of the Population, *European Journal of Social Security* 1999, vol 1/3, pp. 295–312.
- van Zeben, Maarten y Donders, Peter, Co-ordination of Social Security: Developments in the Area of Posting, en: *European Journal of Social Security* 2001, vol 3/2, pp. 107–116.
- Vanpoucke, Bart, *Crossborder-Mobility in the HNFK-Zone (Belgium-France)*, A brief overview of the actual situation, ponencia presentada en la Conferencia Internacional sobre Seguridad Social para Trabajadores Fronterizos en Europa, Aachen, 22 y 23 de

noviembre de 2001.

Vertovec, S, Conceiving and researching transnationalism, *Ethnic and Racial Studies* 22(2): 447-462, 1999.

Vonk, Gijsbert, Migration, Social Security and the Law: Some European Dilemmas, en: *European Journal of Social Security* 2001, vol 3/4, pp. 315-332.

Whiteford, Elaine, *Adapting to Change: Occupational Pension Schemes, Women and Migrant Workers*, Kluwer, La Haya, 1996.

Notas

- 1 Véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 15 y 16 de marzo de 2002, p. 33, así como las Conclusiones de la Presidencia de la Reunión del Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001 y las Conclusiones del Consejo (Política Social y de Empleo) sobre la propuesta de un Reglamento relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social: Parámetros para la modernización del Reglamento (CEE) nº 1408/71.
- 2 Y lo mismo puede decirse respecto al Reglamento; véase más adelante el apartado 4.
- 3 El discurso sobre la flexibilidad del derecho de trabajo suele insistir en la segmentación del mercado de trabajo y en la división de los trabajadores en grupos principales de trabajadores, por un lado, y trabajadores marginados, por otro. Con frecuencia, la discusión se ha centrado en el enfrentamiento entre el empleo tradicional y la protección del empleo, por una parte, y las llamadas *nuevas formas de trabajo* o *trabajo atípico*, por la otra. No hay un consenso total respecto a estos conceptos, si bien se puede decir que las nuevas formas de trabajo o el trabajo atípico se asocian con todos los esquemas laborales que no encajan en el concepto de empleo *tradicional*, esto es, el trabajo a tiempo completo, por cuenta ajena y con un contrato de duración indefinida con la empresa. Un modelo adelantado (y que quizás sigue siendo el más conocido) de la nueva forma de organizar el trabajo es el modelo de Atkinson descrito en «The Flexible Firm» (Atkinson, 1984). En general, los cambios del mercado de trabajo y la mayor necesidad de flexibilidad de asignación se han percibido como si constituyeran una tendencia hacia la mano de obra periférica y distanciada. Eso supone un aumento del trabajo a tiempo parcial, del trabajo de duración determinada, del trabajo mediante ETT y de otras relaciones de empleo inestables, en adelante referidas como «trabajo flexible». Aunque a estas nuevas formas de trabajo se las suele calificar de «precarias», no están necesariamente dirigidas a trabajadores «marginados». Por el contrario, también pueden ser características y útiles para el «trabajo cualitativo» de la sociedad del conocimiento. Véase también, por ejemplo, van den Berg et al. y Schömann et al., pero también Numhauser-Henning, 2001 y Rönmmar, 2001.
- 4 Sarfati y Bonoli 2002.
- 5 Véase también la comunicación definitiva de la Comisión sobre «Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión europea para el desarrollo sostenible, COM(2001)264 final. En cuanto al concepto «sostenible», en general nos remitimos a la definición de la Comisión Brundtland de 1987: Desarrollo sostenible es aquel que satisface «las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades».
- 6 COM(2002) 9 final.
- 7 Véase el marcador de política social de la Comisión para la cumbre de Barcelona.
- 8 Véase el informe del Comité de Protección Social y el Comité de Política Económica sobre «Calidad y viabilidad de las pensiones – Informe conjunto sobre los objetivos y métodos de trabajo en el ámbito de las pensiones».
- 9 Véanse las Conclusiones de la Presidencia, p. 33. Para el Plan de Acción, véase COM(2002) 72
- 10 El Grupo de Trabajo se creó en junio de 2001 como consecuencia de la Comunicación de la Comisión sobre nuevos mercados de trabajo europeos, refrendada por reunión de primavera del Consejo Europeo en Estocolmo, COM(2001) 116.

- 11 Tabla 5, p. 42. De hecho, el principal componente del cambio de población en la UE durante el período 1995–2000 fue la migración neta positiva, que supuso un aumento anual del 0,2% de la población de la Unión; véase Tabla 68, p. 42.
- 12 Tabla 5, p. 42.
- 13 Ib. p. 43.
- 14 En los últimos diez años, el 38% de los ciudadanos de la UE cambió de residencia. El 21% se trasladó a otra región del mismo Estado miembro, y tan sólo el 4,4% se trasladó a otro Estado miembro. Los niveles de movilidad entre los Estados miembros siguen estando claramente por debajo de los niveles más altos de los años cincuenta y sesenta. Por el contrario, el número de viajeros diarios al trabajo continúa creciendo. Véase el informe del Grupo de Trabajo de Alto Nivel, p. 12.
- 15 Empleo en Europa en el 2001, Tabla 15, p. 51. – En el caso de Bélgica, en 1999 había 19.062 viajeros diarios al trabajo de origen francés y 6.200 de los Países Bajos. En el caso de Luxemburgo, los franceses también eran el grupo más numeroso (41.500), seguidos de los belgas (22.100) y los alemanes (14.800). En cuanto a los Países Bajos, los viajeros diarios procedían de Bélgica y Alemania por partes casi iguales (16.740 y 16.534, respectivamente). Alemania también cuenta con un importante número de viajeros diarios transfronterizos, la mayoría de Francia, Austria, Países Bajos y Alemania. Para estas cifras, véase el Plan de Acción sobre las Capacidades y la Movilidad, Anexo II, Anexo estadístico, p. 31.
- 16 Informe Empleo en Europa en el 2001, p. 50.
- 17 Ib.
- 18 Ib. p. 40 ss.
- 19 Compárese, por ejemplo, el informe del Grupo de Trabajo de Alto Nivel: «En la década pasada, el trabajo único para toda la vida se ha convertido en la excepción más que en la norma» (p.7).
- 20 Vanpoucke nos da un ejemplo de la frontera francobelga, donde el número de los «clásicos» obreros belgas que se trasladaban a trabajar a Francia ha pasado de más de 16.000 a mediados de los setenta a unos 5.000. Sin embargo, las distintas estrategias de modernización / reconversión industrial y sus distintos resultados también han provocado un espectacular incremento del número de obreros franceses que aceptan empleos en Bélgica desde finales de los años ochenta. Al mismo tiempo, existe un grupo reducido pero discretamente creciente de profesionales transfronterizos jóvenes que pasan de Bélgica a Francia. Vanpoucke 2001.
- 21 Informe Empleo en Europa en 2001, Tabla 24 p. 72. Los europeos tienden a no cambiar mucho de puesto de trabajo: en el año 2000, por término medio, sólo el 16,4% había estado menos de 1 año con la misma empresa (comparado con un 30% en Estados Unidos); véase el Plan de Acción sobre las Capacidades y la Movilidad, Anexo II, Anexo estadístico, p. 31.
- 22 Informe Empleo en Europa en 2001, Tabla 12, p. 50.
- 23 Ib. p. 45 ss.
- 24 Plan de Acción sobre las Capacidades y la Movilidad, p. 10.
- 25 http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2001/mar/54_en.html 2001-05-08.
- 26 Extraído de la ponencia de Christensen en el XVI Congreso Mundial de la SIDTSS, Jerusalén, 2000. Véase también Christensen, 2002. Esta sección de mi informe bebe mucho del citado artículo de Christensen, en el que se ofrece una descripción completa y un análisis global de los cambios del mercado de trabajo y las reformas de pensiones en Europa. Para ver una presentación detallada de las reformas de pensiones, véase también, por ejemplo, Whiteford, 1996; Pieters, 2000 y Hughes y Stewart, 2000. Bonoli 2000 examina las implicaciones de las distintas instituciones políticas en la formulación de las reformas de los sistemas de pensiones, en concreto en Gran Bretaña, Suiza y Francia. Sobre el problema especial de los derechos de pensión acumulados en relación con la reforma de los sistemas de pensiones, véase Eliasson, 2001.
- 27 Christensen, 2002. Concialdi has extraído la conclusión de que el mayor desafío al

- que se enfrenta la economía europea en el futuro es su capacidad potencial para absorber la mano de obra disponible, no a un relativamente ligero descenso del número de personas en edad activa. Concialdi, 2000.
- 28 Cuando se introdujo en Alemania el sistema de Bismarck al final del siglo diecinueve, la edad de jubilación estaba fijada a los 70 años. No muchos trabajadores vivían tanto, hasta el punto de que entre las pensiones pagadas en 1913, las pensiones de vejez eran menos del 10%. Además, el nivel de la pensión de vejez era bajo. En 1891, la pensión media ascendía a tan sólo el 18% del salario normal. Las pensiones de vejez que se introdujeron en otros países europeos al principio del siglo veinte siguieron la misma pauta; véase Christensen, 2002.
- 29 La idea básica latente detrás de la gran reforma de las pensiones que se estaba empezando a preparar cuando se puso en marcha el milagro alemán, y que se prolongó a lo largo de 1957, era alterar la función de la pensión desde la idea de subsidio a la de pensión que mantiene un determinado nivel de vida, Christensen, 2002. – Compárese con el objetivo común con respecto al «objetivo social adecuado» de los regímenes de pensiones que subyace en la Proceso de Pensiones descrito anteriormente.
- 30 Véase, por ejemplo, Schulte, 1999 p. 21. Ben Israel utiliza en cambio la metáfora del «sistema de tres pilares»; véase Ben Israel, 1994. No todos los países tienen estos sistemas «múltiples», sin embargo; véase, por ejemplo, Augusztinovics, 1999 p. 355 y siguientes, donde también critica de otras maneras esta forma de clasificación.
- 31 Varios Estados miembros, entre ellos Alemania, han comenzado a recortar la importancia de los regímenes de seguridad social reglamentarios (y del Reglamento nº 1408/71) sustituyéndolos por regímenes suplementarios (profesionales o privados) que no están comprendidos en el ámbito del sistema de coordinación del Reglamento; véase Schulte y Jorens, 2001 p. 14. En relación con el desarrollo de los regímenes de pensiones profesionales, véanse también Whiteford, 1994 y Eliasson, 2001.
- 32 Véase la Directiva del Consejo 98/49/CE relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, la Comunicación de la Comisión «Hacia un mercado único para pensiones complementarias, resultados del Libro Verde sobre pensiones complementarias en el mercado único», COM(1999) 134 final; el Proyecto de una directiva sobre las actividades de las instituciones para la provisión de la jubilación profesional, COM(2000) 507 final; y la Comunicación de la comisión al Consejo, el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social sobre la eliminación de los obstáculos fiscales a la prestación transfronteriza de pensiones profesionales, DO 2001 C165/4.
- 33 No hay necesariamente, sin embargo, una línea divisoria clara entre los regímenes de prestaciones definidas y los regímenes de cotizaciones definidas. Muchos regímenes contienen elementos de ambos modelos, como las cláusulas de indexación de los regímenes de prestaciones definidas.
- 34 Véase, por ejemplo, Numhauser-Henning, 1998. En el nuevo régimen de pensiones reglamentario sueco, por ejemplo, hay una parte que es de capitalización.
- 35 Véase, por ejemplo, Christensen, 2002 y Numhauser-Henning, 1998.
- 36 Véase además Eliasson, 2001.
- 37 La residencia ha sustituido por lo tanto a la nacionalidad en un mundo cada vez más «móvil»/integrado. Aún así, la nacionalidad sigue siendo crucial en materia de derechos de residencia y de trabajo en el territorio de una nación. El hecho de considerar al trabajo como criterio pertinente tiene su explicación en el carácter de la seguridad social en cuanto complemento del trabajo asalariado con el mercado de trabajo como sistema dominante, y en el carácter de los regímenes de seguridad social en el aspecto de que son regímenes cada vez más asociados a los ingresos.
- 38 La ciudadanía de la Unión es, sin embargo, un criterio de pertenencia todavía relativamente nuevo pero extraordinariamente relevante en el derecho comunitario y la UE. La exclusión de los nacionales de terceros países del derecho comunitario,

- incluyendo el Reglamento nº 1408/71, sigue siendo un problema no resuelto; véase además el punto 4 siguiente.
- 39 Véase además Malmstedt, 2002. El tema de la discriminación está desarrollado también en Christensen, 2001 y Christensen y Malmstedt, 2001. Compárese también la sentencia *Gaygusuz*, donde el tribunal dictamina que la desigualdad de trato en materia de la seguridad social por la única razón de la nacionalidad puede constituir una violación de artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, a no ser que esté justificado por razones substanciales, *Gaygusuz v. Austria* (16 de septiembre de 1996, ECtHR, 39/1995/545/631).
- 40 Véase, por ejemplo, la sentencia del caso de TJE C-85/96 *Martínez Sala* [1998] ECR I-2691, el memorandum explicativo de la propuesta de la Comisión de una Directiva relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros COM(2001) 257 final.; y también los apartados 4.1 y 5.
- 41 Véase, por ejemplo, Cornelissen, 1996.
- 42 Véase además el apartado 4 siguiente.
- 43 En relación con los conceptos prestaciones *basadas en el trabajo* y prestaciones de *solidaridad*, véase también Christensen y Malmstedt, 2000.
- 44 Sarfati y Bonoli, 2001. Véase también Sarfati y Bonoli (eds.), 2002.
- 45 Para tener una visión general de los regímenes de pensiones de los Estados miembros, véase el Apéndice a la Comunicación de la Comisión sobre la evolución futura de la protección social desde un perspectiva a largo plazo. Pensiones seguras y sostenibles, COM(2000) 622 final.
- 46 Christensen, 2002. Christensen discierne esta tendencia también en el ámbito de los regímenes profesionales. Véase además Eliasson, 2001. El nuevo sistema de pensiones reglamentario *sueco*, introducido en 1998, constituye un buen ejemplo de sistema adaptado a los nuevos desafíos. Es un sistema de cotización definida donde una cantidad equivalente al 18,5% de la renta pensionable se transfiere al sistema de pensiones; el 16% de esta cantidad va a parar al sistema basado en el método de reparto, mientras que el 2,5% restante se invierte en cantidades individuales en un sistema de capitalización. No hay edad pensionable fija en el sistema asociado con la renta, aparte del hecho de que no se pueden reclamar los derechos de pensión antes de los 61 años de edad. El sistema es extraordinariamente flexible, y una persona que sigue trabajando después de la edad de pensión «normal» continua acumulando nuevos derechos de pensión. Las reformas de las pensiones en Italia se encaminan hacia un sistema de cotizaciones definidas realmente justo, con una edad pensionable flexible; véase Augusztnovics, 1999. Una separación entre el número de años requerido para obtener una pensión completa y la duración real de las carreras profesionales de las personas erosiona el núcleo normativo del principio de prestaciones definidas; compárense, por ejemplo, las reformas de las pensiones francesas en los noventa.
- 47 Véase, por ejemplo, Engblom 2001 y Schoukens, 2000.
- 48 Véase además el apartado 4.
- 49 Véase un argumento a favor de la flexibilidad de la empleabilidad y los requisitos como «piedra de toque» más pertinente para el derecho del trabajo que la protección del empleo y las formas de empleo; véase Numhauser-Henning, 2001. Véase también Rönnmar, 2001.
- 50 Véase también la propuesta de la Comisión de una directiva relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales, COM(2002) 149 final.
- 51 Un ejemplo sueco podría ser ilustrativo. De acuerdo con el Acta de Protección del Empleo de 1982, la protección del empleo en el caso de un trabajo por cuenta ajena de duración indefinida termina (y se tiene la obligación de dejar el trabajo si la empresa lo requiere) cuando el trabajador se jubila de conformidad con el convenio colectivo aplicable, generalmente a los 65 años. Durante años, el gobierno ha intentado en vano convencer a los interlocutores sociales para que lleguen a un acuerdo que eleve

la edad pensionable fijada en los acuerdos colectivos a los 67 años. Desde el 1 de septiembre de 2001, el Acta de 1982 contiene una disposición obligatoria relativa al derecho del trabajador por cuenta ajena a seguir trabajando hasta cumplir los 67 años. (Desde el 1 de enero de 2003, esta disposición se aplica a pesar del contenido de los convenios colectivos también establecidos, algo que ha hecho que los sindicatos recurran a la OIT, argumentando una posible violación de las Convenciones 98 y 154 relativas a la negociación colectiva). El antecedente de esta reforma es el nuevo régimen de pensiones reglamentario, que no establece una edad pensionable fija, y la necesidad de que las personas de la tercera edad trabajen más para que el sistema sea sostenible a largo plazo. Los críticos arguyen que sería mejor relajar la protección del empleo después de los 61 años, cuando, según el nuevo régimen, se tiene derecho a las pensiones asociadas con la renta. Desde el lado de los sindicatos, por el contrario, se ha visto en la reforma un intento de socavar «el derecho a la jubilación». A pesar de su diseño como derecho (voluntario) a permanecer en el trabajo hasta la edad de 67 años, temen que se transforme en una *obligación* de trabajar hasta esa edad para cobrar la pensión «normal». Y éste es por supuesto el meollo de la cuestión: ¿dónde está el punto de encuentro de los regímenes de pensiones sostenibles y las carreras profesionales? La «jubilación anticipada» y la abolición de la protección del empleo tras la edad de 61 años abriría una nueva segmentación de los mercados de trabajo, con una línea divisoria entre carreras profesionales «primarias», protegidas, y carreras profesionales «secundarias», desprotegidas. Toda edad pensionable «real» se fija en función de estructuras de vías alternativas para financiar el coste de la vida. Cuando estos sistemas se basan principalmente en las rentas de toda la vida, no queda ningún argumento inherente que justifique su relación con la protección del empleo. Véase también en Numhauser-Henning, 2000 un análisis en la misma línea.

52 Véase también Christensen, 2001.

53 Christensen, 2002.

54 Todos los países europeos introdujeron pensiones de viudedad. Ahora están desapareciendo, o por lo menos están a la baja. Para una descripción detallada de las reformas recientes relativas a las pensiones de viudedad en Suecia y Alemania, véase Eliasson, 2001.

55 La forma tradicional de calcular las prestaciones de la pensión únicamente en base a los «mejores años» puede sin embargo favorecer a las mujeres, puesto que los años de crianza de los hijos y los años de trabajos a tiempo parcial no entrarían en el cálculo de las prestaciones. Sin embargo, ello presupone que las mujeres cumplen en primer lugar el requisito de los años exigidos para tener una pensión.

56 En Alemania, el número de años de crianza de hijos que implican derechos de pensión ha aumentado de uno a tres, y la cuantía de la pensión se calcula de una forma más favorable. Compárese la sentencia *Elsen*, C-135/99 [2000] ECR I-10409. De acuerdo con el nuevo régimen de pensiones *sueco*, desde 1996 una madre / un padre que cría a un hijo de menos de cuatro años obtiene derechos de pensión correspondientes a su renta anterior al nacimiento del hijo o al 75% de la renta nacional media. Estas disposiciones fueron introducidas con el objeto principal de evitar que las pensiones de las mujeres fueran más bajas con el sistema nuevo que con el sistema anterior. (El trabajo a tiempo parcial no afectaba a la cuantía de la pensión en el esquema anterior, pues los derechos de pensión se calculaban sobre la base de los 15 mejores años). Dichas normas, sin embargo, son neutrales desde el punto de vista del género. Los padres deciden cuál de ellos se adjudica los años de crianza de los hijos. Si no lo hacen, los derechos van a parar al que tiene una renta menor, generalmente la mujer.

57 C 43/75 [1976] ECR 455.

58 DO 1979 L6/1.

59 C-171/88 [1989] ECR 2743.

60 C-102/88 [1989] ECR 4311.

61 Caso 30/85 [1987] ECR 2497.

62 C-226/91 [1992] ECR I-5943.

- 63 DO 1986 L225/40, y corrig. DO 1986 L283/27.
- 64 DO 1997 L 46/20.
- 65 Esto es aplicable incluso a los regímenes profesionales «contratados», es decir, a los regímenes que sustituyen a un régimen reglamentario que en caso contrario sería obligatorio. (Caso Barber C 262/88 [1990] ECR 1889). Véase también el caso C-7/93 *Beune* [1994] ECR I-4471. Otra resolución en el caso 19/81 *Burton* [1982] ECR 555.
- 66 Véase, por ejemplo, el caso *Bilka-Kaufhaus*, caso 179/84 [1986] ECR 1607, que atañe indirectamente a las normas de discriminación en relación con la pérdida de derechos de pensión profesional de los trabajadores a tiempo parcial. El caso *Kowalska*, C-33/89 [1990] ECR I-2591, implicaba el diferente trato que reciben los trabajadores a tiempo parcial en relación con las prestaciones por desempleo. Véanse también los casos C-189/91 *Kirshammer-Hack* [1991] ECR I-6185, C-167/97 *Seymour-Smith y Perez* [1999] ECR I- 623 y C-322/98 *Kachelmann* [2000] ECR I-7505.
- 67 Schulte, 1999 p. 13. Véase también Vonk sobre el propio concepto de «seguridad social», Vonk, 2001 p. 318.
- 68 En Suecia, la pensión básica anterior se concedía previamente a todos los residentes y en su cuantía total. Cuando fue aplicable el Reglamento 1408/71, esa noción básica cambió, y la cuantía de la pensión pasó a ser proporcional al número de años de residencia. Se pasó a exigir 40 años de residencia para cobrar la pensión completa. La «grada interna» del Nuevo Sistema de Pensiones Sueco, la pensión garantizada, tiene la misma concepción. Este cambio implicará el cobro de pensiones más bajas por parte de los emigrantes que se establezcan en Suecia con más edad y decidan permanecer en Suecia tras la edad pensionable; ahora estos inmigrantes sólo tienen derecho a una pensión garantizada reducida. Para satisfacer las legítimas reclamaciones de un nivel de vida digno para todos, el régimen de pensiones legal ha sido complementado recientemente por una nueva prestación, la prestación de apoyo a la tercera edad (*Åldreförsörjningsstöd*). Es éste un régimen con control de recursos aplicable a personas de 65 años o mayores, concebido como complemento de otra renta basado en la residencia.
- 69 Augustinovic, 1999. El estudio mostraba también, sin embargo, que más de la mitad del gasto público era absorbida por la redistribución del ciclo de vida, aproximadamente un tercio por la garantía de riesgos, y menos del 10% por la ayuda a los más desfavorecidos (con la excepción de Gran Bretaña, donde la última cifra era más alta.)
- 70 Schulte, 1999, p. 16; también con referencia a Ferrera.
- 71 Compárense Schulte y Jorens, 2001 p. 10.
- 72 Compárense el apartado 3.1 anterior sobre los criterios de pertenencia / el principio de territorialidad inherentes a los regímenes de seguridad social nacionales.
- 73 Véanse también los artículos 43 (sobre la libertad de establecimiento de los trabajadores por cuenta propia) y 49 (sobre la libertad de proporcionar servicios). – Los predecesores del Reglamento eran los reglamentos 3 y 4 de 1958, basados en idénticos principios. El Reglamento 574/72 complementa al Reglamento 1408/71 en cuanto a su ámbito de aplicación.
- 74 El Tratado y su artículo 42 prohíben la aplicación de las legislaciones nacionales que causen pérdidas a las personas que quieren extender sus actividades a otro Estado miembro; caso C-443/93 *Vougioukas* [1995] ECR I-4033. Schulte y Jorens, 2001 p. 18: los derechos basados en el Reglamento no pueden menoscabar los derechos que un trabajador inmigrante ya posee en virtud de legislación nacional. (el principio Petroni, caso 24/75 *Petroni* ECR [1975] 1149). Compárense también la noción de derechos inalienables y el juicio *Gaygusuz* (16 de septiembre de 1996, ECtHR 39/1995/545/631).
- 75 Artículos 2 y 3 CE.
- 76 DO 1997 L 18/1.
- 77 La cuestión de si el principio de igualdad de trato como tal (no sólo como instrumento para promover la integración / libertad de movimiento) puede constituir o

- no la base normativa de reclamaciones de derechos de seguridad social según el derecho comunitario plantea sus propias dudas. Véase además Malmstedt, 2001. Comentarios en Pennings, 2001. Véase también el juicio *Martínez Sala*, caso C-85(96) [1998] ECR I-2691. Con respecto a la relación entre la prohibición general de la discriminación por razón de nacionalidad del artículo 12 CE y las disposiciones más concretas de los artículos 39 y 41, véase también Becker, 1999.
- 78 Tal como se describirá a continuación, sin embargo, la residencia ha pasado a abastecer también en numerosas situaciones el principio *lex loci laboris* en relación con el Reglamento, y constituye la norma general con respecto a algunas «prestaciones no contributivas especiales», denominadas prestaciones híbridas, que no son exportables (artículo 10a(1)). Las exenciones del principio *lex loci laboris* se encuentran en los artículos 14–17.
- 79 Véase también, por ejemplo, Becker, 1999.
- 80 Sin embargo, el Reglamento n° 3/58 no contenía dicha disposición; véase, por ejemplo, el caso 92/63 *Nonnenmacher* [1964] ECR 281. Hay todavía exenciones a la norma de estado único, artículo 14(c)(b) y Anexo VII. En cuanto al futuro, el parámetro general 5, p. 15, de «Parámetros para la modernización del Reglamento (CEE) n° 1408/71» recalca de forma especial la importancia de la «norma de estado único» a efectos de «claridad».
- 81 Esta restricción es conforme también a la competencia en materia de normas de coordinación de acuerdo con el artículo 42 EC.
- 82 Reglamento n° 1390/81 basado en el artículo 308 del tratado de Roma.
- 83 Reglamento 1606/98. Compárese también con caso el C-443/93 *Vougioukas* [1995] ECR I-4033.
- 84 Reglamento n° 307/99.
- 85 Sin embargo, los artículos 22(1)(a) y 22(1)(c) son aplicables a todos los ciudadanos asegurados en uno de los Estados miembros, artículo 22a.
- 86 En lo que respecta a los familiares y los supérstites, tienen en principio únicamente el derecho a prestaciones derivadas y no los derechos aplicables sólo a los trabajadores; véase el caso 40/76 *Kermaschek* [1976] ECR 1669 y C-308/93 *Cabanis-Issarte* [1996] ECR I-2097.
- 87 Caso 75/63 *Unger* [1964] ECR 177 y C-2/89 *Kits van Heijnigen* [1990] ECR 1755.
- 88 Compárense Christensen y Malmstedt 2000, que ponen en cuestión la compatibilidad de estas «Directivas CE de asentamiento» y las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía europea. Véase también Carlier, 1999 y Fillon 1999.
- 89 Con la excepción de los apátridas o los refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como los miembros de sus familias y los supérstites; compárese con lo anterior. Vonk, 2001, contiene un análisis interesante sobre las políticas de migración y la seguridad social de nacionales de terceros países. Véase Vonk, 2001.
- 90 Véase también el informe del profesor Sagardoy a este congreso.
- 91 Conclusiones de la Presidencia, p. 18 y 21. La Comisión propuso inicialmente esto mismo en 1997, COM(1997) 561 def., una propuesta que ha retirado ahora (COM(2002)59 final); véase más información a continuación.
- 92 Conclusiones de la Presidencia, reunión del Consejo Europeo en Laeken, 14 y 15 de diciembre de 2001, p. 29. Véanse también las Conclusiones del Consejo (Política Social y de Empleo) relativas a la Propuesta de Reglamento sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social: ampliación del Reglamento (CEE) n° 1408/71 a nacionales de terceros países (base legal) presentada a la reunión del Consejo.
- 93 COM(2002)59 final. Marino 1999.
- 94 Compárese el caso *Khalil*, C-95/99 [2001] ECR I-7413.
- 95 DO C 240 E, 28.12.2001, p. 79.
- 96 RI «Plan de acción para mejorar la libre circulación de los trabajadores».
- 97 Pieters y van Steenkiste, 1993.
- 98 Compárese el caso *Khalil*, C-95/99[2001] ECR I-7413.

- 99 Eichenhofer, 2000.
- 100 Sakslin, 2000.
- 101 Ojeda Avilés, 1997.
- 102 Greve, 1997.
- 103 Sakslin, 1997 así como Christensen y Malmstedt, 2000.
- 104 Pieters, 1997.
- 105 Propuesta de Reglamento del Consejo (CE) sobre coordinación de los sistemas de seguridad social COM(1998)779 final.
- 106 Véase además Pennings, 2001.
- 107 Conclusiones del Consejo (Política Social y de Empleo) relativas a la Propuesta de Reglamento sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social: Parámetros para la modernización del Reglamento (CEEC) nº 1408/71.
- 108 Schulte y Jorens, 2001 p. 9. Compárense los parámetros, p. 6. Véase también el apartado 1 anterior. Véase en Marino, 1999, un motivo para una *acquis* Europea social.
- 109 En primer lugar está la cuantía teórica de la pensión según las normas nacionales, calculada como si todos los periodos de seguro hubieran sido completados bajo el régimen nacional (46(2)(a)). Acto seguido se calculará la cuantía total de acuerdo con la proporción de los periodos cubiertos por el seguro o los periodos de residencia completados bajo la legislación nacional (46(2)(b)). El reclamante tiene derecho a la pensión más alta según el artículo 46(1)(a)(i) y el artículo 46(2) respectivamente (artículo 46(3)).
- 110 Generalmente, hay también diferencias en caso de pensiones del Anexo 4.
- 111 En el ámbito de los regímenes de pensiones con derechos derivados, una esposa que trabaja / ha trabajado representa un tipo de «naturaleza dual» en la que están implicadas las normas de coordinación del Reglamento. En primer lugar, es una trabajadora con sus propios derechos, y en segundo lugar es un miembro de la familia de un trabajador y por ello le corresponden los derechos derivados existentes. La resolución del Tribunal Supremo Administrativo Sueco del famoso caso *Kuusijärvi* (C-275/96 [1998] ECR I-3419) muestra que esta situación puede constituir no sólo una «naturaleza dual» sino incluso una «naturaleza mixta». Ese caso en concreto implicaba prestaciones parentales y prestaciones familiares. Según el TJE, la señora Kuusijärvi no tenía derecho, en su calidad de trabajadora inmigrante, a las prestaciones parentales suecas una vez que había dejado todo trabajo en Suecia y había vuelto a su lugar de origen. No obstante, en su calidad de esposa de un trabajador inmigrante que seguía trabajando en Suecia, tenía derecho a prestaciones familiares. Sin embargo, según el tribunal nacional, en este caso las prestaciones se deberían pagar, no al nivel de garantía, sino en función de sus anteriores ingresos propios en Suecia!
- 112 Las diferencias en la edad pensionable pueden complicar la situación, aunque, en nuestro caso, la tierra de trabajo es la que tiene la edad de jubilación más alta. Si nuestro emigrante optara por volver a casa a una edad inferior a la edad de jubilación de su tierra de origen, tendrá que esperar a que se materialice su pensión de la tierra de trabajo. Si tiene derecho o no a una pensión en su tierra de origen es una decisión que depende de las normas de coordinación (y de las normas del régimen nacional). Además, cabe señalar que no todas las pensiones están sujetas a la jubilación. Las nuevas pensiones de vejez suecas, por ejemplo, no lo están: una persona que realiza un trabajo en otro país puede seguir recibiendo una pensión de vejez sueca y la pensión básica garantizada a la que pueda tener derecho.
- 113 «La norma de solidaridad no puede justificar nunca que el beneficiario consiga una posición mejor que la de otras personas», Christensen y Malmstedt, 2000.
- 114 La cuestión de un posible periodo de referencia en relación con la aplicación del artículo 14(2)(b)(i) se analiza en Pennings, 2000, p. 334, donde se sugiere un periodo de doce meses. Cabe recordar en este sentido que el Reglamento contiene una disposición especial en el artículo 48 por la que un Estado miembro no tiene la

- obligación de conceder prestaciones de pensión por períodos completados bajo su legislación que no lleguen a un año.
- 115 Compárese el caso *Elsen*, C-135/99 [2000] ECR I-10409.
- 116 En la propuesta de la Comisión de 1998 (COM(1998) 779 final) hay una descripción más bien sucinta de las prestaciones que pueden ser tratadas como híbridas; son prestaciones «estrechamente relacionadas con un contexto económico y social concreto», que son concedidas tras un control de recursos o que están destinadas a proporcionar protección específica a los discapacitados. Sin embargo, compárense también los casos *Jauch y Leclere*, caso C-215/99 [2001] ECR I-1901 y C-43/99 [2001] ECR I-4265, respectivamente.
- 117 Y, posiblemente, la que se ha dado en llamar «Directiva residual» 90/364 CE relativa al derecho de residencia.
- 118 Véanse además Christensen y Malmstedt, 2000, y también Carlier, 1999, y Fillon, 1999.
- 119 No obstante, Fillon argumenta que, a la hora de satisfacer la condición de recursos mínimos de conformidad con esa directiva, deben ser tenidas en cuenta las prestaciones no contributivas especiales del estado huésped (en caso de que existan) Fillon, 1999, p. 58.
- 120 Compárese Fillon: «Tendríamos una situación ridícula en la que la mayoría de los nacionales de los estados más ricos podrían vivir en cualquier otro Estado, mientras que la mayoría de los nacionales de los Estados menos ricos no podrían vivir en ningún otro sitio», Fillon, 1999, p. 72.
- 121 Compárese la nueva norma en relación con las personas que trabajan en dos Estados miembros según la propuesta de la Comisión de un nuevo reglamento, artículo 10(1)(a) (COM(1998) 779 final).
- 122 Compárese Pennings, 2000, p. 344 y ss.
- 123 En cuanto a un escenario futuro, ténganse en cuenta las posibles implicaciones del principio de igualdad de trato expresado en la Directiva de trabajo a tiempo parcial y en la Directiva de trabajo de duración determinada, respectivamente.
- 124 Datos derivados de un memorándum de la conferencia de Aachen, 22 de noviembre de 2001; Johan ten Geuzendam, «*EURES helps cross border commuters*».
- 125 Las normas mencionadas son sólo las normas principales; el Reglamento contiene además numerosas normas detalladas para situaciones más o menos específicas. El artículo 14(c)(a) regula la situación de las personas que tienen simultáneamente un trabajo por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y un trabajo por cuenta propia en el territorio de otro Estado miembro. En principio, en este caso se considera que el estado competente es el estado de trabajo por cuenta ajena. Sin embargo, el Anexo VII del Reglamento enumera diferentes situaciones en las que no es aplicable la norma de estado único, sino que son aplicables tanto la legislación del estado de trabajo por cuenta ajena como la del estado en el que esa persona realiza actividades por cuenta propia. Véase en Pieters, 2000b, un análisis relativo a la justificación de las diferentes normas de coordinación que son aplicables a los trabajadores por cuenta propia.
- 126 Pennings menciona dos casos —la obtención de un trabajo en el estado de residencia cuando se está trabajando por cuenta ajena en otro Estado miembro y el inicio de un trabajo por cuenta ajena en un estado cuando se está trabajando por cuenta propia en otro estado— como dos de cuatro posibilidades importantes de manipulación de los hechos relacionados con el Reglamento (las otras dos situaciones son el desplazamiento por empresas de trabajo temporal y como trabajador por cuenta propia, respectivamente); véase Pennings, 2000.
- 127 Pennings, 2000 p. 344.
- 128 En cuanto a soluciones anteriores, véase el caso 302/84 *Ten Holder* [1986] ECR 1821 (el estado de trabajo sigue siendo el estado competente también cuando una persona ha dejado de trabajar), el caso 140/88 *Noij* [1991] ECR I-387 y el caso 245/88 *Daalmeijer* [1991] ECR I-555 (el artículo 13.3(a) no es aplicable cuando una

- persona ha dejado de trabajar definitivamente, sin conflicto de normas), el caso C-215/90 *Twomey* [1992] ECR I-1823 (pero sí es aplicable a los que han dejado de trabajar sólo temporalmente). El artículo 13(2)(f) es aplicable a una persona que ha dejado «todo trabajo por cuenta ajena» pero que no ha dejado de trabajar de forma necesariamente definitiva desde una perspectiva a más largo plazo; véase *Kuusijärvi* [1998] ECR I-3419.
- 129 Compárese Christensen y Malmstedt, 2000, pero también Sakslin, 2000. En ese caso sería necesario un concepto de residencia del derecho comunitario que sirviera como norma de coordinación sobre la legislación aplicable; véase también Christensen y Malmstedt, *ib.*
- 130 van Zeben y Donders, 2001, p. 108.
- 131 La jurisprudencia y las decisiones del TJE de la Comisión Administrativa (aunque no legalmente vinculantes) se han sumado a estos requisitos del Reglamento. Durante el período de desplazamiento tienen que quedar vínculos orgánicos entre la empresa y la persona desplazada, la empresa que desplaza a los trabajadores debe llevar a cabo regularmente actividades en el país desde el que los desplaza, y el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia debe estar sujeto al sistema de seguridad social del país desde el que ha sido desplazado. Se ha de tener la convicción de que el trabajador por cuenta propia lleva a cabo actividades significativas en el país de origen en aspectos como el pago de cotizaciones e impuestos, etc. En estos casos se expide un certificado de desplazamiento, formulario E101, que implica necesariamente que no es aplicable el sistema de seguridad social del país receptor. Véase, entre otros, los casos *Fitzwilliam* y *Banks*, C-202/97 [2000] ECR I-883 y C-178/97 [2000] ECR I-2005.
- 132 Sobre estas prácticas, véase por ejemplo Jorens y Schulte, 2001, p. 242 y ss.
- 133 El nuevo artículo 13 prevé, sin embargo, prolongaciones pactadas, como es el caso del actual artículo 17.
- 134 En cuanto a la situación actual, compárese el caso *Banks* (C-178/97), de acuerdo con cuya sentencia el «trabajo» en el estado huésped puede ser de un tipo diferente e incluso puede haber sido realizado como trabajador por cuenta ajena.
- 135 Lo mismo es válido para un trabajador por cuenta propia cuya tarea se desempeña a ambos lados de la frontera común de dos Estados miembros; véase 14a(3).
- 136 Compárese Vonk, que llama «régimen de adscripción internacional» a la práctica de pertenencia continuada al sistema de seguridad social del país de origen, práctica que tiene por objeto garantizar que los trabajadores no tengan que hacer frente continuamente a cambios de legislación cuando trabajan temporalmente en otros países; Vonk, 2001 p. 328.
- 137 Véase en Bercússon, 2000 p. 80 y ss. un análisis de las posibles dificultades para trazar la frontera entre condiciones laborales y mecanismos de seguridad social.
- 138 Esa persona debe ser considerada trabajador por cuenta propia según el derecho de su tierra de origen, a pesar de que pueda ser considerada trabajador por cuenta ajena en el estado de trabajo. Este es el antecedente del caso *Banks*, C-178/97. Véase además, por ejemplo, van Zeben y Donders, 2001 pero también Schulte y Jorens, 2001 p. 19 y ss.
- 139 Compárese van Zeben y Donders cuando comentan la prohibición de sustitución incluida en el artículo 14(1)(a): «A la luz de la intención con que se incluyó en el Reglamento, su eliminación parecería ser una mejor respuesta a la necesidad actual de movilidad en el campo empresarial e industrial»; van Zeben y Donders, 2001, p. 111. Pennings, sin embargo, parece apoyar un aumento de las restricciones y sugiere que el desplazamiento de un trabajador sólo debería estar permitido cuando haya trabajado un mínimo de seis meses en esa misma empresa; véase Pennings, 2000, p. 344.
- 140 En relación con el carácter dual de los «trabajadores» por cuenta propia, véase asimismo Engblom, 2001. Obsérvense también aquí las dificultades especiales que supone diferenciar el desplazamiento de un trabajador por cuenta propia del desempeño simultáneo de varias actividades en dos o más Estados miembros regulado en el artículo 14a; véase también Pieters, 2000b p. 146 y ss.

- 141 Castells, 1996. La organización en red de actividades comerciales se puede considerar como parte del proceso de flexibilización, pues se trata de un grupo fácilmente adaptable de empresas colaboradoras que no necesariamente tienen vínculos orgánicos.
- 142 Jorens y Schulte, 2001, p. 242 y ss. y Schulte y Jorens, 2001, p. 21.
- 143 Compárese también el Proyecto de Directiva de la Comisión sobre las condiciones laborales de los trabajadores temporales, COM(2002) 149 final. El objetivo declarado es mejorar la calidad del trabajo temporal garantizando la aplicación del principio de igualdad de trato y estableciendo un marco adecuado para la utilización del trabajo temporal con el fin de contribuir al funcionamiento más fluido de la fuerza de trabajo y del mercado de trabajo (artículo 2). Se supone que la mejora de la protección mínima de los trabajadores temporales propuesta en el proyecto de directiva permitirá revisar y posiblemente levantar las posibles restricciones o prohibiciones sobre el trabajo temporal (artículo 4), si no están ya justificadas por razón del interés general en relación, sobre todo, con la protección de los trabajadores.
- 144 van Zeven y Donders, p. 116.
- 145 Schulte critica el término «dumping social» sobre la base de que en teoría comercial se habla de dumping sólo si proveedores extranjeros venden a precios más bajos que los nacionales (o piden precios inferiores a su coste medio). No son por lo tanto «únicamente las *diferencias* (cursiva mía) en los costes sociales, sino los esfuerzos para reducirlos a fin de hacerlos conformes a la legislación social europea lo que distorsiona la competencia», Schulte, 1999, p. 35.
- 146 La teoría del desarrollo normativo / legal como el equilibrio de los modelos normativos básicos en un campo normativo fue desarrollada por la difunta profesora Anna Christensen y la autora del presente texto. Véase Christensen, 1997, 1999 y 2000, así como Numhauser-Henning (ed.), 2001 y 1993. Esta teoría está basada en la opinión de que es posible distinguir los diferentes modelos normativos básicos en la multitud de normas legales. Los patrones normativos básicos tienen por objeto reflejar las prácticas normativas útiles para la sociedad y las relaciones humanas. En consecuencia, reflejan (y codifican) las concepciones y prácticas normativas sociales destinadas a posibilitar las relaciones humanas duraderas y sociedades sostenibles, y están estrechamente relacionadas con las condiciones sociales.
- ¹⁴⁷ Véase además el sitio web del programa de investigación Norma. www.jur.lu.se/forskning_norma.
- 148 Mientras que las pensiones basadas en las cotizaciones / trabajo *pro-rata* y los derechos de pensión descritos como acumulados se pueden considerar, en principio, exponentes del modelo normativo funcional para el mercado, puede merecer la pena señalar que la edificación de un régimen basado en el método de reparto conecta las pensiones con la situación de la futura generación contribuyente (¡aunque viva en otro país!) y, por lo tanto, con la distribución justa y con elementos de solidaridad.
- 149 Véase además un análisis más extenso de los cambios actuales en Christensen, 2002, y también en Christensen, 1997.
- 150 «Los instrumentos utilizados en el pasado, como el Reglamento 1408/71 relativo a la coordinación de la seguridad social, no están ya adaptados a las pautas de movilidad que se están concretando actualmente en la Unión»; véase van Zeven y Donders, 2001, p. 108 y ss.
- 151 ¡Compárese con la noción de derechos derivados!
- 152 Se puede decir, sin embargo, que el principio *lex laboris* II aplicable a los casos de desplazamientos y gestión paneuropea refleja en cierta medida la protección de la posición establecida. De todas formas, en el caso de los desplazamientos (y quizás también hasta cierto punto en la gestión paneuropea), hay (aunque no siempre) un elemento de dumping social que hace que sea pertinente el modelo funcional para el mercado.
- 153 Compárese Sakslin, 2000. «Es problemático que el TJE haya apreciado repetidamente que la condición de residencia es discriminatoria incluso allá donde se utiliza

como una condición para la inclusión en regímenes basados en la residencia, mientras que en el caso de los regímenes basados en el trabajo por cuenta ajena, el seguro o las cotizaciones, las condiciones nacionales para el seguro en relación con el trabajo por cuenta ajena o el pago de cotizaciones nunca han sido consideradas discriminatorias. El TJE no hace ninguna distinción entre, por un lado, la residencia en un país como condición para estar amparado por un régimen y, por el otro lado, la residencia como condición para la concesión de una prestación». Véase también Becker, 1999.

- 154 Compárese la propuesta de la Comisión de una Directiva relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, COM(2001) 257 final; la propuesta «en consonancia con los nuevos desarrollos de la movilidad, los esquemas laborales y los estilos de vida menos unidos a un solo lugar» crea un derecho de residencia durante seis meses sin formalidades, con independencia de si los afectados desempeñan o no una actividad retribuida; posteriormente, y durante los primeros cuatro años de residencia, siguen estando sujetos a la obligación de tener suficientes recursos y un seguro médico; tras cuatro años de residencia legal continua, se crea un nuevo derecho a la residencia permanente. Los «Parámetros para la modernización del Reglamento (CEE) n° 1408/71» recalcan que el Tratado garantiza el libre movimiento de los ciudadanos europeos dentro de la UE, pero «sujetos a las limitaciones y condiciones que establece» (p. 5). El ámbito del Reglamento en cuanto tal es «cualquier persona que está o ha estado sujeta a la legislación de seguridad social de uno o más Estados miembros», incluyendo las personas económicamente activas, las no activas y los nacionales de terceros países, pero está especialmente articulada (p. 11) la necesidad de «encontrar una solución que tenga en cuenta las restricciones asociadas a las características especiales de los sistemas basados en la residencia». Con respecto a la exportación de prestaciones («cláusulas de renuncia a la residencia»), está claramente establecido que, siendo esencial cumplir los requisitos básicos del derecho Comunitario, deben permitirse «excepciones debidamente justificadas y exactamente definidas», sobre todo en relación con «las prestaciones no contributivas del tipo mixto» (Pág. 14). Sobre la compatibilidad con las disposiciones del Tratado, véanse también Carlier, Fillon y Becker, 1999.
- 155 En relación con los estudiantes, compárese Anne Pieter van der Mei, 2001, p. 195.
- 156 Basch et al, 1994 y Vertovec, 1999.
- 157 Castles y Miller, 1998.
- 158 Compárese Carlier, 1999, que sugiere un «salario del ciudadano» europeo común a todos los estados miembros.
- 159 Compárese Christensen y Malmstedt, 2000: «en un determinado punto de este proceso (de integración, añadido mío), los países miembros pondrán fin al pesado sistema de ayudas para no residentes».
- 160 La discernible tendencia hacia un nuevo ámbito para el principio *lex laboris* II se puede considerar un signo de este cambio.