

VII

LAS NUEVAS TENDENCIAS EN LA PROTECCIÓN SOCIAL COMUNITARIA DE LOS TRABAJADORES NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES: EL RETO DE GARANTIZAR LA IGUALDAD

Roberto FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Becario de Investigación y Formación
del Profesorado (Junta de Castilla y León)
Área de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS RELACIONES CON LA SEGURIDAD SOCIAL.
3. CAMPO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL.
4. UN OBSTÁCULO A LA IGUALDAD: LA CLÁUSULA DE NACIONALIDAD.
5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El sustancial cambio demográfico al que se han visto sometidas todas las grandes regiones después de la Segunda Guerra Mundial ha provocado una modificación radical en los movimientos migratorios a nivel mundial. El Viejo Continente, un lugar tradicionalmente de emigrantes, ha pasado a ser en el último medio siglo el sueño dorado de muchos de los habitantes de los denominados países «subdesarrollados» ⁽¹⁾.

Las instituciones comunitarias no han hecho oídos sordos a transformaciones de tan hondo calado, definiendo en el Consejo Europeo de Tampere —celebrado en Finlandia los días 16 y 17 de octubre de 1999— las directrices principales de una política común de inmigración, a saber: colaboración con los países de origen de los migrantes, un sistema europeo común de asilo, un trato justo de los nacionales de terceros países y la gestión de los flujos migratorios ⁽²⁾.

En la consecución de un tratamiento lo más cercano posible a la idea de igualdad, junto a las políticas encaminadas a aproximar las legislaciones nacionales en ciertas cuestiones como las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países ⁽³⁾, no cabe olvidar el fundamental papel a desempeñar por la regulación de la protección social de los migrantes extracomunitarios, cuya actuación debe ir encaminada a ofrecerles cierta seguridad,

⁽¹⁾ «Su gran desarrollo económico y el envejecimiento de su población, en relación con el subdesarrollo económico y el auge demográfico de otras regiones vecinas, como el Magreb, ha propiciado y lo seguirá haciendo la consolidación de esos flujos migratorios, a los que se han unido en la última década otros procedentes del Este de Europa por causas no sólo económicas sino también políticas», JIMÉNEZ PIERNAS, C.: «El marco normativo internacional y comunitario de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», *Social mes a mes*, núm. 61, 2001, pp. 1 y 2.

⁽²⁾ Estos principios generales aparecen especificados en los puntos 10 a 27 de las Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo de Tampere.

⁽³⁾ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «La nueva Ley española de Extranjería: ¿Ruptura e incumplimiento de Tampere?, ¿Innovación o seguimiento del modelo italiano?», *Revista Migraciones*, núm. 7, 2000, p. 108.

garantizándoles, en la medida de lo posible, su acceso a los principios aplicables a todo trabajador comunitario ⁽⁴⁾.

2. LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS RELACIONES CON LA SEGURIDAD SOCIAL

Uno de los pilares básicos sobre los cuales siempre se ha asentado la construcción de una Europa sin fronteras es la libre circulación de personas ⁽⁵⁾. Este derecho para ser realmente útil debe ir acompañado de medidas complementarias tanto de índole laboral, como aquellas tendentes a superar la diversidad de regímenes jurídicos existentes en los distintos Estados en materia de Seguridad Social.

En efecto, los promotores de la Comunidad fueron conscientes de que tales diferencias constituían un factor importante de distorsión de la competencia —«*dumping* social» ⁽⁶⁾—: de un lado por cuanto las empresas instaladas en países con cotizaciones sociales más elevadas estaban en posición de desventaja competitiva frente a las de Estados con una menor exigencia contributiva ⁽⁷⁾; y, de otro, porque la apertura de las fronteras en el seno de un mercado común suponía una fuga de capitales hacia los países con bajos costes sociales, con un efecto secundario: «la predisposición de los legisladores de los Estados origi-

⁽⁴⁾ La regulación debe estar dirigida principalmente «a establecer un equilibrio igualizante en el seno de las relaciones laborales y a organizar un sistema de solidaridad respecto de los riesgos que afectan a los trabajadores (tales como el accidente, la enfermedad, la vejez, el desempleo, etcétera)», MONEREO PÉREZ, J.L.: «Un futuro para la política social europea», *Revista Agora*, núm. 2, 1999, p. 81.

⁽⁵⁾ Y que merece algunas de las reflexiones más lúcidas del Tribunal de Justicia aún de las Comunidades Europeas, como las contenidas en las SSTJCE 300/84, de 23 de octubre de 1986, asunto *Van Roosmalen* o 4/95 y 5/95, de 30 de enero de 1997, asuntos acumulados *Stöber* y *Piosa Pereira*, con fundamento en el artículo 3.1.c) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

⁽⁶⁾ «Conforme a la filosofía de fondo de los padres del proyecto europeo, el objetivo prioritario a lograr era el de propiciar un desarrollo económico de todos los Estados, en base a la creación de economías de escala a nivel europeo, de modo que se presumía que este crecimiento redundaría inmediatamente en el progreso y bienestar social del conjunto de los ciudadanos comunitarios. Tal es la razón de que sus actuaciones en el terreno laboral hayan estado dirigidas a evitar las situaciones de “*dumping* social”, es decir, aquellas desigualdades en el campo de las relaciones laborales que podrían entorpecer el libre y equilibrado desarrollo de la competencia mercantil», CRUZ VILLALÓN, J.: *Empleo y sociedad: la dimensión social de la Unión Europea*, Sevilla (Junta de Andalucía), 1998, p. 7.

⁽⁷⁾ CHASSARD, Y.: «La construction européenne et la protection sociale à la veille de l'élargissement de l'Union», *DS*, núm. 3, 1999, p. 268.

narios del capital y las empresas a revisar a la baja el estatuto social aplicado en sus respectivos territorios»⁽⁸⁾.

Junto a tan perjudicial efecto sobre la competencia, los redactores del Tratado atisbaron en el horizonte otro problema con unas consecuencias negativas similares al anterior. Difícilmente podría garantizarse una libertad de circulación plena si la movilidad intracomunitaria de los trabajadores suponía la pérdida de sus derechos y expectativas en materia de Seguridad Social.

En consecuencia, la consolidación de tan fundamental principio habrá de tener lugar con la continua adopción y renovación de todo tipo de instrumentos que sirvan para eliminar los obstáculos o ayuden a conseguir el objetivo de manera más eficaz. De esta manera, el artículo 51 del Tratado de Roma —actual artículo 42 tras la versión Ámsterdam— encomendó al Consejo la adopción de las medidas necesarias en materia de Seguridad Social para el establecimiento de la libre circulación de trabajadores, fundamentalmente mediante dos líneas de actuación: garantizar la totalización de los períodos de seguro para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones y asegurar eficazmente su pago a los ciudadanos con independencia de su país de residencia.

Sin embargo, la Seguridad Social no constituyó —ni constituye— por sí sola un objetivo final de la política social comunitaria, sino una medida tendente a garantizar «una de las piezas maestras del edificio europeo»⁽⁹⁾. Es decir, «ni la creación de un sistema comunitario de Seguridad Social, ni siquiera la creación de diferentes sistemas estatales uniformes de Seguridad Social constituyen objetivos comunitarios»⁽¹⁰⁾ y, por tal razón, «la garantía de un régimen de Seguridad Social fue concebida como una garantía privada de sustantividad propia o, lo que es igual, subordinada a la efectiva consecución de la libertad de circulación de trabajadores»⁽¹¹⁾.

Teniendo en cuenta su razón de ser, la normativa comunitaria sobre Seguridad Social se ha inclinado decididamente por la coordinación de sistemas⁽¹²⁾.

(8) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «“Globalización” económica y Seguridad Social: su porfía en la Europa del euro», *RL*, núm. 2, 2000, p. 13.

(9) VAN RAEPENBUSCH, S.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*, Madrid, MTSS, 1992, p. 169.

(10) PLENDER, R. y PÉREZ SANTOS, J.: *Introducción al Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Civitas, 1985, p. 142.

(11) VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro», *RL*, núm. 19, 1997, p. 1.

(12) «El enfoque general adoptado no tiene por objeto la armonización de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros, sino la coordinación eficaz de dichos sistemas en toda la Unión», COMISIÓN EUROPEA: *Libro Blanco. La Política Social Europea. Un paso adelante para la Unión*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1994, p. 40.

De esta manera, no pretende implantar un régimen común de Seguridad Social, al contrario, únicamente surte efectos directos sobre el funcionamiento de las legislaciones nacionales pero no modifica su contenido legal, si bien éste quedará afectado indirectamente en cuanto sus campos de aplicación resultan ampliados ⁽¹³⁾; es decir, su objetivo último radica en conseguir que en cada uno de los Estados miembros, los nacionales y los no nacionales de otros países miembros tengan un tratamiento similar a la hora de percibir prestaciones sociales, tendiendo un «puente jurídico» ⁽¹⁴⁾ capaz de permitir la coordinación entre sistemas dispares por naturaleza, y cuya construcción se intenta no a través de la sustitución, sino complementando el sistema interno de cada Estado ⁽¹⁵⁾.

El Reglamento 1408/71, de 4 de junio de 1971, y su norma de desarrollo el Reglamento 574/72, de 21 de marzo de 1972 ⁽¹⁶⁾, constituyen los instrumentos normativos encargados de dar cuerpo al sistema coordinatorio anunciado en el artículo 51 del TCEE (actual artículo 42 versión Ámsterdam).

Ambos textos han sufrido durante su ya larga vigencia los avatares de múltiples modificaciones ⁽¹⁷⁾. La justificación de tantos cambios responde unas veces a las sucesivas adaptaciones técnicas a realizar necesariamente como consecuencia de las adhesiones de nuevos Estados y otras veces traen causa en las innovaciones sustanciales que encuentran en ciertas ocasiones en la doctrina del Tribunal de Justicia Comunitario su más firme impulsor y otras son reflejo del cambio de objetivos de la Seguridad Social, resultado de su carácter dinámico.

⁽¹³⁾ WATSON, Ph.: *Social Security Law of the European Communities*, Londres, Mansell, 1980, p. 31.

⁽¹⁴⁾ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Granada, Comares, 1997, p. 2.

⁽¹⁵⁾ ORDEIG FOS, J.M.^a: «La Seguridad Social en la CEE», *TS*, núm. 22, 1992, p. 9.

⁽¹⁶⁾ La vigente actualización de los mismos está incorporada en el Reglamento núm. 118/97, de 2 de diciembre de 1996 (DOCE L 028, de 30 de enero de 1997), que ha procedido a la presentación tanto para el Reglamento 1408/71 como para el Reglamento 574/72 de un texto único incluido en la parte I y II del Anexo A del mismo.

⁽¹⁷⁾ Las últimas, mediante los Reglamentos 307/1999, de 8 de febrero de 1999 (DOCE L 038, de 12 de febrero de 1999), para incluir dentro del campo de aplicación del Reglamento a los estudiantes y 1399/1999, de 29 de abril (DOCE L 164, de 30 de junio de 1999), que modifica la pensión de orfandad y tiene en cuenta las variaciones introducidas por los Estados miembros en su legislación en materia de Seguridad Social.

No es posible olvidar que a principios de 1999, la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento para sustituir y derogar el actualmente en vigor: Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo (99/C38/08), relativo a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOCE C 38, de 12 de febrero de 1999).

3. CAMPO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 2 del Reglamento 1408/71 procede a delimitar su ámbito de aplicación personal incluyendo, a los efectos que aquí interesan, las siguientes categorías de sujetos:

- 1.º) Los trabajadores asalariados o autónomos que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o varios Estados miembros y sean nacionales de uno de los países miembros, o apátridas o refugiados residentes en el territorio de uno de ellos, así como los miembros de sus familias ⁽¹⁸⁾ y sus supervivientes ⁽¹⁹⁾ (artículo 2.1).
- 2.º) Los supervivientes de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de estos trabajadores, cuando sus supérstites sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados residentes en el territorio de uno de los países miembros (artículo 2.2).

La interpretación de semejante tenor literal no puede ser realizada sin tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento cuando, y a efectos exclusivamente de Seguridad Social, considera trabajador a quien esté o haya estado asegurado como tal, de manera obligatoria o voluntaria, en los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social, refiriéndose a toda persona, sin excepción, que posea la condición de asegurado con arreglo a la legislación de Seguridad Social de uno o de varios Estados miembros y con independencia de si ejerce o no una actividad profesional ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Entendiendo por tal, «toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones o, en los casos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 22 y en el artículo 31, por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside» [artículo 1.f) del Reglamento 1408/71].

⁽¹⁹⁾ Este término «designa a toda persona definida o admitida como superviviente por la legislación en virtud de la cual se concedan las prestaciones; no obstante, si esta legislación sólo considera como superviviente a una persona que hubiera vivido en el hogar del fallecido, esta condición se considerará cumplida cuando la persona de que se trate hubiera estado principalmente a cargo del fallecido» [artículo 1.g) del Reglamento 1408/71].

⁽²⁰⁾ SSTJCE 182/79, de 31 de mayo de 1979, asunto *Pierik II*; 194/1996, de 5 de marzo de 1998, asunto *Kulzer*; 85/1996, de 12 de mayo de 1998, asunto *Martínez Sala* o 275/1996, de 11 de junio de 1998, asunto *Kuusijärvi*.

Es posible hablar, así, del «carácter bicéfalo» del concepto de trabajador en el Derecho Comunitario ⁽²¹⁾, pues por un lado se encuentra el trabajador en el ámbito de la libre circulación y, por otro, el concepto de operario en el seno de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en el cual el término «trabajador migrante» queda superado por el de «trabajador beneficiario» ⁽²²⁾, olvidando incluso la existencia o no de relación laboral en el momento en que el sujeto ha de recibir esa protección. Por tal razón, sería un error no diferenciar esta noción en los dos ámbitos, habida cuenta la «deslaboralización» del concepto en el caso de la protección social ⁽²³⁾.

En consecuencia, las previsiones del mentado precepto toman en consideración la existencia tanto de regímenes de Seguridad Social profesionales, en cuyo caso solamente los trabajadores están incluidos y, por tanto, la determinación será fácil; como de regímenes de Seguridad Social universalistas, protectores de la totalidad de la población, en los cuales para proceder a la delimitación será necesario acudir a «indicios de laboralidad» ⁽²⁴⁾, tales como la forma de gestión o financiación, la protección ante las contingencias profesionales o la inclusión del sujeto en una de las categorías establecidas en el Anexo I del Reglamento ⁽²⁵⁾.

El corolario lógico de lo hasta ahora significado permite concluir cómo trabajador y asegurado social constituyen «términos sinónimos» ⁽²⁶⁾. El criterio último para quedar bajo la esfera de aplicación del Reglamento 1408/71 es el de la afiliación ⁽²⁷⁾, lo cual sucederá «desde que el trabajador satisface las condiciones materiales fijadas objetivamente por el régimen de Seguridad So-

(21) SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La aplicación del Derecho Comunitario...*, cit., p. 177.

(22) GARRIDO PÉREZ, E.: «La noción de trabajador beneficiario de los Reglamentos Comunitarios de coordinación de Sistemas de Seguridad Social», en AA.VV. (López López, J., coord.): *Seguridad Social y Protección Social: Temas de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 75.

(23) ESPIN SÁEZ, M.: «El concepto de trabajador en la Unión Europea. A propósito de la STJCE de 12 de marzo de 1998», *RMTAS*, núm. 17, 1999, pp. 270 y 277.

(24) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^ª F.: «Ámbito de aplicación de las normas sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes», *TL*, núm. 35, 1995, p. 17.

(25) SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B.: «Ámbito aplicativo de los Reglamentos», en AA.VV. (Ríos Salmerón, B., dir.): *La Seguridad Social Internacional: Convenios bilaterales y Derecho comunitario*, Madrid, CGPJ, 1994, p. 63.

(26) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El Reglamento 1408/71. Principios de ordenación», *Noticias CEE*, núm. 36, 1988, p. 18.

(27) GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Madrid, MTSS, 1991, p. 207.

cial que le es aplicable, incluso si no se han cumplido los trámites necesarios para la afiliación a este régimen» (28).

4. UN OBSTÁCULO A LA IGUALDAD: LA CLÁUSULA DE NACIONALIDAD

Tener la condición de asegurado en el sistema de Seguridad Social de uno de los Estados miembros constituye una condición *sine qua non* para acceder a la protección concedida por la normativa supranacional. Ahora bien, su cumplimiento no significa estar incluido automáticamente en el sistema de protección social comunitario. El Reglamento exige, además, otro requisito adicional: poseer la nacionalidad de un Estado miembro, o bien tener el *status* de apátrida o refugiado residente en un país de la Unión.

En cuanto a los términos refugiado [artículo 1.d) del Reglamento 1408/71] y apátrida [artículo 1.e)] la normativa europea evita dar cualquier definición, remitiendo a los textos internacionales para conocer su significado y contenido. Son los artículos 1 del Convenio de Ginebra relativo al estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, y 1 del Convenio de Nueva York relativo al estatuto de los apátridas, de 28 de septiembre de 1954, los preceptos a tomar en consideración para conocer su correcta delimitación.

Mayores controversias presenta la cláusula de la nacionalidad. Las reglas sobre adquisición, conservación o pérdida de tan fundamental vínculo jurídico (artículo 11 de la CE) son de exclusiva competencia de cada uno de los Estados miembros (29), siendo nacional comunitario quien posea la de un país miembro acredite este requisito en «la época de la realización del trabajo, del pago

(28) STJCE 39/1976, de 15 de diciembre de 1976, asunto *Mouthaan*.

«El Tribunal comunitario intenta dar una noción de trabajador de alcance comunitario que escape de la competencia de las legislaciones nacionales, sin dependencia del Derecho interno de los Estados miembros. El TJCE se atribuyó una especie de monopolio hermenéutico y decidió que no podía dejarse al legislador nacional la definición de los conceptos claves», DUEÑAS HERRERO, L.J.: «La dimensión de la Seguridad Social en la Unión Europea y delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación», *RTSS*, núm. 21, 1996, p. 47.

(29) Por todos, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Nacionalidad y emigración*, Madrid, La Ley, 1990; «Binacionalidad en el ordenamiento español y su repercusión en la Unión Europea», en AA.VV. (Díaz Fraile, J.M.³, coord.): *Estudios de Derecho Europeo Privado*, Madrid (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), 1994, pp. 27 y ss.; «Pérdida y recuperación de la nacionalidad española», en AA.VV.: *Jornadas sobre Nacionalidad y Extranjería*, Madrid (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), 1994, pp. 11 y ss.; *Guía de la nacionalidad española*, 2.^a ed., Madrid, MTAS, 1996 o «Movimientos migratorios y Derecho de la Nacionalidad. Especial referencia a la legislación española vigente y las propuestas de reforma», en AA.VV.: *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. II, San Sebastián (Universidad del País Vasco), 2000, pp. 107 y ss. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «Le droit espagnol de la nationalité», en AA.VV. (Nascimbene, B., ed.): *Le Droit de la Nationalité dans l'Union Européenne*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 207 y ss.

de las cuotas relativas a los períodos de afiliación y de adquisición de los derechos correspondientes»⁽³⁰⁾, no en el de solicitar la prestación.

La exigencia de este requisito supondrá, como regla general, la no aplicación de los instrumentos de coordinación comunitarios a los nacionales de terceros Estados prestadores de servicios en un país miembro, aun cuando estén plenamente integrados en su sistema de Seguridad Social.

Ahora bien, las situaciones son diversas y abarcan desde los supuestos de quienes no disfrutaban de ninguna protección en materia de Seguridad Social en sus desplazamientos intracomunitarios, hasta quienes pueden acceder de manera excepcional —y por vía indirecta— a cierta protección, siempre y cuando se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: ser familiar de un ciudadano comunitario⁽³¹⁾; prestar servicios en el sentido del artículo 49 del TCEE; poseer la nacionalidad de uno de los Terceros Estados que hayan estipulado alguno de los acuerdos de asociación y/o cooperación con la Comunidad (por ejemplo Marruecos, Argelia, Túnez, Turquía o Países de Europa Central y Oriental⁽³²⁾); pertenecer a uno de los Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo —firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992⁽³³⁾—, es decir, en la actualidad —y tras la no ratificación del mismo por Suiza—, Islandia, Noruega y Liechtenstein⁽³⁴⁾; ser nacional de terceros países cubiertos por el Acuerdo

(30) SSTJCE 10/1978, de 12 de octubre de 1978, asunto *Belbouab* ó 105/1989, de 14 de noviembre de 1990, asunto *Buhari Haji*.

(31) «Una vez que, previo cumplimiento de las referidas condiciones, el sujeto ha quedado incluido en la interconexión comunitaria pasan a estarlo también los miembros de su familia y sus supervivientes, pero, y esto es muy importante, con independencia de la nacionalidad que los mismos ostenten», SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Problemas aplicativos de los Reglamentos Comunitarios: perspectiva doctrinal», en AA.VV. (Fernández de Mata, E., dir.): *Seguridad Social Internacional*, Madrid, CGPJ, 1998, p. 155.

(32) Sobre el contenido y régimen jurídico de estos Acuerdos, GARÇON ESTRADA, H.: «Los nacionales de países terceros y Europa», *Noticias UE*, núm. 157, 1998, pp. 37 y ss.; MORENO CALIZ, S.: «Aplicación de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social a los trabajadores extracomunitarios», *RMTAS*, núm. 22, 2000, pp. 42 y ss. o ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes», *RMTAS*, núm. 27, 2000, pp. 65 y ss. y *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 268 y ss.

(33) Cuya entrada en vigor estaba prevista el 1 de enero de 1994, salvo para Liechtenstein para quien lo hizo el 1 de mayo de 1995.

(34) Sobre los movimientos comunitarios para la incorporación de nuevos países a las directrices marcadas por la Unión en materia de Seguridad Social, VIVES CABALLERO, M.: «La extensión territorial del Reglamento CEE 1408/71. Nuevas adhesiones. Espacio Económico Europeo. Las negociaciones con otros Estados no miembros de la Unión Europea: Suiza», *Noticias UE*, núm. 157, 1998, pp. 47 y ss. o JORENS, Y.; SCHULTE, B. y SCHUMACHER, C.: «Co-ordination of the Social Security and the Accession of Central and Eastern European Countries to the European Union», *European Journal of Social Security*, vol. 1, núm. 3, 1999, pp. 269 y ss.

interino europeo de 11 de diciembre de 1953 del Consejo de Europa o por otros acuerdos internacionales; finalmente, pertenecer a un país que haya firmado un Convenio bilateral de Seguridad Social con un Estado miembro.

Tales excepciones han llevado a algún autor a interpretar que ha tenido lugar una cierta «relativización» de la exigencia de nacionalidad⁽³⁵⁾. Sin embargo, la intensidad del régimen de aseguramiento varía en función de la categoría a la cual pertenezca el extracomunitario, llegando a afirmarse cómo «todos los inmigrantes son iguales, pero unos más iguales que otros»⁽³⁶⁾.

Atendiendo a tan acertado símil *orwelliano*, la exigencia de semejante requisito merece una enérgica crítica. El argumento es simple pero contundente, el actual marco normativo ampara una situación claramente discriminatoria al conceder un trato diferente a situaciones idénticas⁽³⁷⁾, «puesto que frente a la misma vida laboral cumplida bajo las legislaciones de varios Estados miembros, con idénticas razones un ciudadano comunitario se puede beneficiar del sistema de coordinación implantado por el Reglamento, mientras un no comunitario no, (lo cual) es discriminatorio»⁽³⁸⁾.

Múltiples han sido las voces en la doctrina científica⁽³⁹⁾ proclives a extender la protección otorgada por el Reglamento a todos los incluidos en el régimen de Seguridad Social de las legislaciones nacionales a coordinar, con independencia de cuál sea su nacionalidad. En este coro no han desentonado las

(35) LÓPEZ LÓPEZ, J.: «La coordinación comunitaria de los sistemas de protección social de los países miembros», en AA.VV. (López López, J., coord.): *Seguridad Social y Protección Social: Temas de actualidad*, cit., p. 53.

(36) Analizando los distintos niveles de protección aplicables a los nacionales de terceros países MERCADER UGUINA, J.R.: *La protección social de los trabajadores extranjeros*, Ponencia III presentada al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, ejemplar multicopiado, 2001, p. 16.

(37) «El hecho de que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro, en ocasiones desde hace mucho tiempo, que coticen igual que los nacionales a los regímenes de Seguridad Social a los que están afiliados y de que se benefician de las mismas prestaciones de Seguridad Social, hace pensar lógicamente que debería dárseles un trato similar al de los nacionales a fin de que puedan beneficiarse de las ventajas vinculadas a la coordinación establecida en favor de los nacionales comunitarios», GARÇON ESTRADA, H.: «Los nacionales de países terceros y Europa», cit., p. 38.

(38) RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, J.: «Visión general de la Seguridad Social en el derecho comunitario europeo», *RMTAS*, núm. 2, 1997, p. 118.

(39) Entre otros, PIETERS, D.: «¿Hacia un espacio europeo de Seguridad Social en 1992?», *RSS*, núm. 36, 1987, p. 73; GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: «La Seguridad Social de los migrantes no comunitarios que trabajan en la Comunidad Europea», *RTSS*, núm. 9, 1993, pp. 169 y ss. o DE LA VILLA GIL, L.E.: «La promoción y defensa del principio de libre circulación en la Unión Europea», *RMTAS*, núm. 12, 1998, p. 233.

instituciones comunitarias⁽⁴⁰⁾, elaborando tanto la Comisión⁽⁴¹⁾ como el Consejo⁽⁴²⁾ sendas propuestas para la aplicación de la normativa analizada a los nacionales extracomunitarios.

Los objetivos son dos: de un lado, garantizar la igualdad de trato en el ámbito social entre estas personas y los nacionales comunitarios y simplificar y clarificar las normas jurídicas aplicables en la Comunidad; de otro, respetar los derechos y libertades fundamentales de las personas (en particular, la libertad, la igualdad y la justicia social) reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea⁽⁴³⁾.

No obstante, tal y como ha señalado el Consejo en la mencionada Propuesta, esta extensión «no debe conferir a los interesados ningún derecho a la entrada, la estancia o la residencia ni al acceso al mercado de trabajo de un Estado miembro», habida cuenta tales cuestiones pertenecen a la cooperación en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior⁽⁴⁴⁾.

Sin embargo, todos los esfuerzos realizados han sido baldíos, pues la reforma permanece en un compás de espera, sin llegar aún a su meta final.

(40) Sin lugar a dudas es necesario tomar en consideración el posible efecto de la sentencia de 16 de septiembre de 1996 sobre el Asunto *Gaygusuz* dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que habría llevado a la Comisión a preparar la reforma. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «Las relaciones exteriores comunitarias...», cit., p. 91, citando a SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *Derechos Humanos y protección social: el «affaire» Gaygusuz*, Comunicación presentada a las XVII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 9 (ejemplar multicopiado).

Este fallo vincula cotizaciones efectuadas con derecho de propiedad a la prestación, lo que llevará probablemente a unificar «el tratamiento a los extracomunitarios en el sentido de aplicarles el entero Reglamento si trabajan en algún Estado miembro, en la línea que entendemos más lógica de protección al “asegurado” y no únicamente al trabajador nacional de un Estado miembro», OJEDA AVILÉS, A.: «Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De “zonas grises” a cuerpo central?», en AA.VV.: *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Granada, Comares-Instituto Europeo de Relaciones Industriales, 1999, p. 84.

(41) Propuesta de la Comisión, COM (97) 561 final, de 12 de noviembre de 1997.

(42) Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo (98/C6/06) por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71, en lo relativo a su ampliación a nacionales de terceros países (DOCE C 6, de 10 de enero de 1998). Asimismo, el artículo 1 de la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo (99/C38/08), relativo a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOCE C 38, de 12 de febrero de 1999), cuando procede a definir su campo de aplicación personal no realiza ninguna referencia a la nacionalidad de los beneficiarios.

(43) Defendiendo la posible naturaleza de la Seguridad Social como derecho humano en diferentes textos internacionales, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., pp. 23-33.

(44) PALMERO ZURDO, J.: «1998: Un año de cambios para la coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social», AS, 1998, tomo V, p. 1034.

Mientras la situación continúe en los parámetros actuales, el enunciado del artículo 2 obliga al jurista a ceñir la interpretación a sus términos restrictivos y a tener presente que los trabajadores extracomunitarios seguirán al margen de la coordinación comunitaria en materia de Seguridad Social y, por tanto, «sometidos a una conexión transfronteriza débil»⁽⁴⁵⁾.

5. CONCLUSIONES

Las líneas hasta el momento trazadas permiten reseñar cómo las normas de coordinación han cumplido, con mayor o menor eficacia⁽⁴⁶⁾, su objetivo respecto a los trabajadores nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, los cambios acaecidos en el contexto económico han provocado la existencia de algunas lagunas de significada importancia para ciertas categorías de operarios⁽⁴⁷⁾. De esta manera, un migrante extracomunitario en posesión de los oportunos permisos de trabajo y residencia legal desplazado a otro Estado miembro puede perder total o parcialmente su derecho a las prestaciones de Seguridad Social, al no tener garantizada, salvo las excepciones ya reseñadas, su obtención una vez haya abandonado el país donde ha estado prestando servicios, con lo cual el interesado puede verse obligado a prolongar su estancia en ese país, sin posibilidad de buscar una mejora en sus condiciones de vida y trabajo.

Semejante desprotección desatiende una elemental exigencia: la tutela de los derechos sociales fundamentales de unos sujetos insertados plenamente en el círculo de protección social de los ordenamientos nacionales⁽⁴⁸⁾. En este sentido es necesario tener presente aquellos textos internacionales encargados de reconocer los derechos y libertades fundamentales de las personas. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York firmado el 16 de diciembre de 1966 garantiza a toda persona el derecho a la Seguridad Social (artículo 9). De igual manera, y en el ámbito europeo, la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, en su artículo

(45) OJEDA AVILÉS, A.: «Las conexiones transfronterizas débiles...», cit., p. 61.

(46) Hay quien no ha dudado en afirmar cómo «el Reglamento 1408/71 sirve hoy peor a los emigrantes que en el pasado. No ha solucionado sus carencias históricas, ni ha resuelto —todo lo contrario, las ha agravado— todas las imperfecciones que limitan la libre circulación de trabajadores, contraviniendo su fundamento, esto es, el de prohibición de discriminaciones por razón de nacionalidad o residencia», GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Excepciones al principio de igualdad en los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social», en AA.VV.: *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, cit., p. 16.

(47) BOSSCHER, A.: «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la perspectiva del establecimiento del mercado interior», en AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo*, Madrid, MTSS, 1993, p. 24.

(48) GIUBBONI, S.: «Sicurezza sociale comunitaria e lavoratori migranti da “paesi terzi”: problemi e prospettive», *Il Dir. Lav.*, núms. 2-3, 1999, p. 189.

12 apartado 4 insta a las Partes Contratantes a tomar medidas tendentes a lograr la igualdad de trato en lo relativo a los derechos de la Seguridad Social, «incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes».

La plasmación práctica de semejantes principios pasa por otorgar a los aspectos sociales una importancia similar a la concedida a los económicos avanzando simultáneamente en una doble dirección: integración económica e integración social ⁽⁴⁹⁾. Ambos deben constituir el faro conforme al cual guiar el barco de la Unión Europea del futuro.

A tal fin, la Comisión ha elaborado una amplia revisión y reestructuración técnica en la coordinación de las disposiciones comunitarias en la materia con la finalidad de hacer frente eficazmente a las evoluciones y a las necesidades de la población derivadas tanto de nuevas formas de protección como de los actuales flujos migratorios ⁽⁵⁰⁾.

Los objetivos básicos de una actuación en tal sentido serían ⁽⁵¹⁾: garantizar un nivel de vida mínimo decoroso a toda persona que resida legalmente en un Estado miembro y contribuir a favorecer tanto la inserción social del conjunto de personas legalmente residentes, como la inserción en la vida económica de todas las que están en edad y aptitud de ejercer una actividad remunerada, política que debe llevar asociadas medidas referentes a la promoción de empleo, la formación y la vivienda ⁽⁵²⁾.

De esta manera, «si es rentable para la Comunidad que los trabajadores migrantes puedan moverse libremente dentro de la Comunidad allá donde sus

⁽⁴⁹⁾ CRESPO VARELA, S.: «La cobertura de las necesidades sociales en la Europa Comunitaria», en AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid (MTSS), 1992, p. 315.

La construcción de una Europa como realidad supranacional cuyos objetivos van ampliándose progresivamente hacia fines generales-sociales y no exclusivamente económicos, exige aprender la lección y tener presente el fracaso de un intento de unificación sobre la base única de la economía. RODOTA, S.: *Quale Stato*, Roma (Sisifo), 1994, p. 37, *apud* LÓPEZ LÓPEZ, J.: «La coordinación comunitaria de los sistemas de protección social de los países miembros», *cit.*, p. 70.

⁽⁵⁰⁾ COMISIÓN EUROPEA: *Libro Blanco. La política social europea. Un paso adelante para la Unión*, *cit.*, pp. 40-41.

⁽⁵¹⁾ Como con gran acierto ha puesto de manifiesto CHASSARD, Y.: «Pour une convergence des politiques des États membres de la Communauté dans le domaine de la protection sociale», *DS*, núm. 2, 1991, p. 164.

⁽⁵²⁾ «Es hora de inspirarse en el principio de diferencia de John Rawls, según el cual las desigualdades sociales sólo se justifican si sirven para elevar el nivel de vida de las personas en situación de mayor desventaja. El bienestar colectivo no puede limitarse a la mera acumulación de riqueza material, ni nutrirse de una creciente exclusión social», EUZEBY, Ch.: «La Seguridad Social del siglo XXI», *RIntSS*, vol. 51, núm. 2, 1998, p. 18.

servicios son más necesarios, éste será el caso tanto para los migrantes que son de países de fuera de la Comunidad como para los nacionales de la Comunidad»⁽⁵³⁾. Por tal razón, de no tener lugar una ampliación del ámbito subjetivo de los Reglamentos destinada a incluir a los trabajadores extracomunitarios sería deseable, al menos, adoptar medidas adicionales para garantizar a estos migrantes la obtención de una protección social adecuada, en especial cuando exista un desplazamiento intracomunitario⁽⁵⁴⁾.

En definitiva, la Europa del siglo XXI ha de hacer frente a un «nuevo problema social»⁽⁵⁵⁾: los cambios tan acelerados en los flujos migratorios. No es posible cerrar los ojos ante la avalancha de trabajadores extracomunitarios —magrebíes, subsaharianos, latinoamericanos, centroeuropeos, etcétera— que reciben a diario los países miembros de la Unión, cuya movilidad dentro de sus fronteras es constante en la búsqueda de un trabajo capaz de cubrir sus necesidades vitales.

En manos de las instituciones comunitarias, también en la voluntad política de los Estados miembros, está el que estos migrantes reciban, en la medida de lo posible, un trato similar al dispensado a un ciudadano comunitario y puedan desplazarse dentro de la Unión sin temor a perder las prestaciones sociales adquiridas en algún Estado miembro, al serles de aplicación los principios de coordinación comunitarios: igualdad de trato; aplicación de una única legislación a su relación; exportación de prestaciones; conservación de los derechos en curso de adquisición y totalización de los períodos de seguro.

La Europa sin fronteras estará más cerca de ser una realidad social y no sólo económica si el nacional de un tercer Estado queda incluido bajo el manto protector de la normativa comunitaria. Quedará entonces cumplido el mandato bíblico: «si un extranjero se establece en vuestra tierra, en medio de vosotros, no lo molestaréis; será para vosotros como un compatriota más, y lo amarás como a ti mismo, pues también vosotros fuisteis extranjeros en Egipto» (Levítico 19, 33-34).

(53) VAN LANGENDOCK, P.: «El papel de los sistemas de Seguridad Social en la creación del Mercado Único Europeo», en AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo*, cit., p. 45.

(54) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*, Ponencia General presentada al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, ejemplar fotocopiado, 2001, p. 63.

(55) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M.^ª E. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las incertidumbres de lo social en el Mercado Único», *RL*, núm. 1, 1993, pp. 8 y 9.