

La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea

LOURDES LÓPEZ CUMBRE*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. RASGOS QUE DEFINEN LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA EN SU DIMENSIÓN COMUNITARIA.—1. Insuficiente desarrollo normativo en materia de protección social complementaria comunitaria. Factores que determinan la necesidad de un marco jurídico específico.—2. Contenido de la protección complementaria. Principales definiciones.—II. PRINCIPIOS COMUNITARIOS BÁSICOS QUE INFORMAN LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA COMUNITARIA.—1. El contenido de los principios de libre circulación y de igualdad en el ámbito de la protección complementaria comunitaria.—2. Igualdad y protección complementaria comunitaria. La protección complementaria como forma de retribución.—a) Reglas generales surgidas en torno a la discriminación salarial.—b) Diferente edad de acceso a la pensión complementaria por razón de sexo.—c) Colectivos especialmente vulnerables: Trabajadores a tiempo parcial, trabajadores temporales y trabajadores que prestan servicios a empresas de trabajo temporal.—III. DIVERSIDAD DE FÓRMULAS DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA EN LOS ESTADOS MIEMBROS.—1. Rasgos generales en la diversidad.—2. Fondos internos o reservas contables. Una forma de financiación en retroceso.—3. Fondos externos. Una forma de financiación en auge. Particular atención a los planes y fondos de pensiones.—IV. UN PRINCIPIO DETERMINANTE PARA EL FUTURO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA EUROPEA: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES.—1. Pago de prestaciones y libre movimiento de capitales.—2. Gestión e inversión de recursos.—V. PRINCIPALES PROBLEMAS EN EL PROCESO DE UNIFORMIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA.—1. Determinación del marco jurídico adecuado.—2. Garantía de la afiliación transfronteriza y reglas de adquisición de derechos.—3. Transferibilidad de los derechos adquiridos.—4. Tratamiento fiscal intracomunitario.—ANEXOS: 1. Normativa y proyectos normativos e informes citados.—2. Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas citadas.

I. INTRODUCCIÓN. RASGOS QUE DEFINEN LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA EN SU DIMENSIÓN COMUNITARIA

1. Insuficiente desarrollo normativo en materia de protección social complementaria comunitaria. Factores

que determinan la necesidad de un marco jurídico específico

1. Dificultad real, aun cuando superable, en el análisis comunitario de la protección social complementaria es la propia configuración del término «protección social». La convulsiva distinción entre seguridad social y protección social en los diferentes paí-

* Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. Doctora en Derecho.

ses miembros complica sobremanera una investigación acerca de los datos aportados por cada uno de ellos. Con todo, la UE no duda en considerar que «corresponde a los Estados miembros determinar las modalidades de organización y la financiación de su sistema de *protección social*»¹. Necesidad inicial a la que se suma la de concretar el contenido de la protección social *complementaria*. La consecución de una noción unívoca de este concepto no resulta sencilla toda vez que las normas comunitarias o internacionales reguladoras han sido incapaces de precisar una definición de la misma². Los tres pilares que como regla general integran la protección social (básico —público—; complementario colectivo —privado o público—; y complementario individual —privado—) impiden establecer caracteres de común identidad para determinar dicho concepto. Comparten todos un mismo rasgo cual es su origen en la iniciativa privada, a diferencia de los regímenes «legales» o básicos de protección social surgidos de una pretensión pública. Pese a ello, suelen ser considerados parte de la protección social, «en la medida en que sus prestaciones vienen a reemplazar o complementar las prestaciones básicas»³. Lo que sí parece estar definida es su función en tanto se trata de «aplicar los mecanismos que permitan a los antiguos trabajadores asalariados, que están jubilados después de una carrera completa, beneficiarse de una tasa de reemplazo razonable durante todo el período de su jubilación, teniendo en cuenta, si se da el caso, los sistemas legales y complementarios, manteniendo un equilibrio entre los intereses de las personas en activo y las jubiladas»⁴.

Un análisis que viene directamente marcado por el replanteamiento llevado a cabo

sobre la viabilidad de los sistemas públicos de protección y, por lo tanto, regido por el obligado impulso a la previsión privada para suplementar los espacios dejados vacíos por la previsión pública. Los riesgos que acechan a los sistemas públicos acrecientan la necesidad de recurrir al ahorro e inversión en fondos privados para garantizar el futuro de la protección social de los individuos, en especial, de los trabajadores. La opción de estos sistemas complementarios por un sistema de capitalización frente al de reparto —salvo algunas excepciones como la de los «*régimes complémentaires par répartition*» franceses o las provisiones de balance de las pensiones de jubilación alemanas—, unido al apoyo institucional dotando a las provisiones contables provenientes de aquéllos con atractivas deducciones fiscales, a la creencia en que el impulso de estos fondos eleva el ahorro nacional, y por tanto indirectamente la inversión, y al poder que ostentan quienes gestionan estos fondos como consecuencia de la internacionalización de los mercados financieros, determinan un conjunto de factores que propician un avance vertiginoso en la consolidación de estos regímenes complementarios. No en vano, se reafirma la funcionalidad de los regímenes por capitalización por cuanto pueden facilitar la reforma de los sistemas de reparto ofreciendo prestaciones que compensen la reducción de las que son devengadas por estos últimos⁵. Por lo demás, no ha de olvidarse que la consecución de fondos para invertir permite albergar a la UE la idea nada desdeñable de posibles cantidades destinadas a crear empleo⁶. De esta

¹ Recomendación 92/442/CEE.

² BOZZAO, P.: *La previdenza pensionistica complementare in Europa: Analisi Comparata*, en AAVV: *Il sistema previdenziale Europeo*, CEDAM, Padua, 1993, pág. 90.

³ Art. 2, Directiva 86/378/CEE, modificada por la Directiva 96/97/CEE.

⁴ Recomendación 92/442/CEE, punto 1.5 (h).

⁵ Libro Verde/97, pág. 17. Aun cuando sea preciso considerar que «la respectiva gravitación del reparto y la capitalización refleja elecciones que se han hecho dentro de configuraciones globales y distan de limitarse a un mero arbitraje técnico entre dos métodos de financiación»; REYNAUD, E.: «Financiamiento de las jubilaciones: reparto y capitalización en la Unión Europea», *RISSE*, núms. 3-4, 1995, pág. 67.

⁶ La protección social como factor de producción, tal y como pone de manifiesto la Comunicación de la Comisión sobre la *Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea*, 12 marzo 97, pág. 12.

forma, la protección complementaria se concibe asimismo como una posibilidad de desarrollar una fuente adicional de financiación al sistema de pensiones por cuanto contribuye a optimizar la rentabilidad de las inversiones, aumenta la seguridad y el crecimiento económico y estimula la creación de empleo⁷. Y todo ello sin dejar de considerar cómo el nivel de participación privada puede oscilar desde la mera gestión del sistema público hasta la plena financiación de una protección alternativa —sustitutoria— como la que prevén los defensores del modelo chileno de protección social. Los datos demuestran con rotundidad el auge experimentado por este tipo de previsión. Aun cuando los sistemas públicos de protección constituyen, por ejemplo, el 88% de la cobertura de la jubilación de los ciudadanos, en los últimos años, un total de 1.200 millares de ecus han sido invertidos en regímenes complementarios y aproximadamente unos 1.600 millares más lo fueron en seguros de vida, consiguiendo reunir un 7% del total de la protección social y cubriendo a un 23% de la población activa de la UE⁸.

Es éste un tema, por tanto, que requiere necesariamente de un planteamiento internacional —limitado en este estudio al ámbito de la UE exclusivamente—, excediendo el estrecho marco nacional que cada Estado miembro pueda fijar, en general con gran imprecisión, para la protección complementaria. Si se observa la obligada apertura de los mercados nacionales, insertos en un primer núcleo transfronterizo —el comunitario— como paso inicial para la conquista más ambiciosa de mercados extranjeros, esta perspectiva se antoja imprescindible.

2. Una exigencia que es consecuencia directa de que la regulación de la protección complementaria se halle en un estadio menos desarrollado que la protección básica. La implícita exclusión del ámbito de aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 574/72, *ex art.* 4 del primero de los mencionados, de todas las técnicas de aseguramiento que resulten extrañas por su fundamento o su estructura, obliga a exceptuar de la protección dispensada por esta norma a aquellas prestaciones establecidas por sistemas convencionales, cuya creación y gestión se traslada a los interesados. En efecto, la protección complementaria encuentra en la negociación colectiva su principal fuente de creación; acuerdos que, por su parte, no son concebidos por el TJCEE como «legislación» en el sentido en que tal término se utiliza por el art. 1. j. del Reglamento 1408/71, escapando así a su ámbito de aplicación⁹. El protagonismo casi pleno de la autonomía privada justifica la exclusión de una actuación que, aunque impone trabas a la libre circulación de trabajadores, es considerada como un obstáculo, tal vez, «inevitable».

Pese a ello, el protagonismo que adquiere la autonomía privada es indudable y determina que sea la negociación colectiva la encargada de consolidar a través de sus acuerdos interestatales el fundamento de este tipo de protección y las garantías para los trabajadores sometidos a estas nuevas condiciones transfronterizas de trabajo. Considerando que el art. 118 B del Tratado ha enfatizado la realización de este ámbito europeo de negociación, sólo se requiere que las partes sociales modifiquen sus estrategias negociadoras, ancladas en la actualidad en una organización nacional y no europea¹⁰.

3. La consecución de conceptos comunes supone un primer paso para abordar un problema de no sencilla solución: la opción entre

⁷ Introducción, punto 1.1. de la Comunicación/94. El papel potencial de los fondos de pensiones como fuentes de capital, de desarrollo y también de riesgo ha sido analizado en el estudio de WALSH, M. y MURRAY, J.: *Pension Fund Investment*, Irish Association of Pension Funds, Irlanda, 1993.

⁸ Libro Verde/97, págs. 6, 11 y 18.

⁹ Sentencia Comisión contra República Francesa.

¹⁰ TREU, T.: *Pubblico e privato nell'Europa sociale*, Lavoro e Diritto, núm. 3, 1990, pág. 10.

la armonización o la coordinación en las reglas de aplicación de la protección complementaria europea¹¹. Por una parte, la armonización exige utilizar normas de eficacia directa, y muy probablemente comenzar con normas de contenido mínimo con el objeto de garantizar el cumplimiento de las mismas. Por lo que se refiere a la coordinación, la experiencia avala su consagrado éxito a través de un cúmulo de reglas garantizadoras de la aplicación uniforme de un sistema europeo de Seguridad Social con los Reglamentos 1408/71 y 574/72. Una coordinación que debería «completar y no minar las disposiciones legales», con el respeto a los compromisos adquiridos y a las preferencias ya establecidas y que habría de estar basada en la preexistencia de un marco semejante al que se posee en los regímenes legales, con base en el art. 51 del Tratado o, subsidiariamente, fundamentando tal pretensión en el genérico art. 118¹². Opción esta última de la coordinación avalada asimismo por la Comisión de la CEE al considerar que así como en el campo del mercado de seguros, de vida o de no vida, las reglas son homogéneas y permiten una armonización de las mismas¹³, en el ámbito de la protección

complementaria la realidad se muestra bien distinta¹⁴. Los métodos de capitalización, la cuantía de los activos retenidos, el perfil jurídico e institucional e incluso la presión legal presentan diferencias y se convierten en peculiaridades nacionales celosamente preservadas y poco susceptibles de permitir la aplicación de reglas de armonización sobre las mismas¹⁵. Una dificultad que se suma a

cedida a las entidades de abrir agencias y sucursales en el territorio de otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales [Primeras Directivas]; le seguiría la necesidad de garantizar la libertad concedida a las entidades de ofrecer productos de seguro en el territorio de un Estado miembro sin necesidad de abrir una agencia o sucursal [Segundas Directivas]; y, por último, las Terceras Directivas perseguirán un triple objetivo: armonización de las normas que regulan el control financiero de la actividad aseguradora; reconocimiento mutuo de las autorizaciones y de los sistemas de control de cada uno de los Estados miembros; y concesión de una autorización única válida para todo el territorio de la Comunidad junto con la atribución del control de conjunto de la actividad desarrollada por una entidad aseguradora a la autoridad de control de su Estado de origen. *Vid.* sobre la consecución de este triple objetivo, VALLE SCHAAN, M. del: «La incorporación de las Terceras Directivas comunitarias», *Noticias de la UE*, núms. 139-140, 1996, págs. 121-126. Nada impediría, por lo demás, ampliar el alcance de estas normas, en especial las que se refieren a los contratos de seguros de vida de grupo en los que tendrían cabida los caracteres propios de los fondos de pensiones, logrando así una armonización entre éstos y aquéllos y una normativa global que incluyera una regulación más completa de los instrumentos de protección complementaria más importantes, Libro Verde/97, págs. 27 y 28.

¹⁴ La UE ha destacado expresamente y con insistencia la imposibilidad de poner en práctica, no ya la armonización de las normas sobre protección complementaria, sino la armonización de los sistemas básicos de Seguridad Social por lo que su opción por la coordinación, también en la protección complementaria, parece coherente. *Vid.* a este respecto BALANDI, G.: «Tendencias de la Seguridad Social en los países de la Unión Europea», *RL*, t. I, 1996, pág. 431. La coordinación es la vía que parece indicar la Comisión en su Comunicación sobre *Modernización y mejora de la protección social...*, *op. cit.*, pág. 32.

¹⁵ Libro Verde/94, pág. 139. En esta misma línea, analizan las dificultades de la armonización, PIETERS, D.: «Consecuencias del Mercado Unico Europeo para los sistemas nacionales de Seguridad Social: ¿Vamos hacia una armonización con vistas a 1993?» en AAVV: *Los sis-*

¹¹ Países como Grecia se muestran más partidarios de la coordinación que de la armonización, mientras que Francia y Luxemburgo parecen preferir esta última vía. En la Reunión de Directores Generales de Seguridad Social (Grupo *ad hoc*), de 11 noviembre 94 también manifestaron sus preferencias diferentes expertos, optando por la armonización alguno de ellos (Mme. Patakia) por entender que, a diferencia de los regímenes legales y básicos, en materia de protección complementaria rige el principio de libre circulación de trabajadores y no el de libre establecimiento del art. 51 del Tratado. Otros, por el contrario, se mostraron más partidarios de la fórmula de la coordinación, admitiendo la aplicación del precepto indicado también en materia de protección complementaria (M. Kontizas).

¹² Informe CES/91 y Dictamen CES/92, págs. 2 y 3, respectivamente.

¹³ En particular las reglas de armonización contenidas en las Terceras Directivas de Seguro de Vida y presentes asimismo en la Primeras y Segundas Directivas de Seguro de Vida. A estos efectos, el proceso de armonización sobre este punto se concibió de forma escalonada. En primer lugar, se trataba de garantizar la libertad con-

la más común según la cual algunos países comunitarios no logran ni siquiera establecer reglas entre los diferentes sistemas obligatorios que conforman su protección complementaria nacional, recurriendo a soluciones alternativas, como, por ejemplo, la aplicación de normas transitorias. De ahí que se considere especialmente gravoso el inicio de un proceso de coordinación que habría de lograr, en primer lugar, la promoción de normas de común reciprocidad en aspectos de muy diversa índole: patrocinio y creación de planes de pensiones y grado de representación de las empresas y miembros del plan; plazos de adquisición de derechos y de espera; separación de activos de los patrocinadores del plan de los de la institución de pensiones o regímenes equivalentes para asegurar el pago de los derechos acumulados en caso de insolvencia del patrocinador; preservación de derechos y valores justos de transferencia; determinadas cuestiones fiscales; protección de los derechos de los miembros, etc; aspectos todos que debieran ser precisados a través de esos esfuerzos de coordinación¹⁶. Sobre todo si se aprecia la reacción escéptica de algunos sectores de significación especial en esta materia, como el sector bancario, que califica de «prematura» cualquier regulación comunitaria que se lleve a cabo¹⁷.

temas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales, MTSS, Madrid, 1992, pág. 271; BROSCCHER, A.: «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la perspectiva del establecimiento del mercado interior», en AAVV, *Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo*, MTSS, Madrid, 1993, pág. 28 y OJEDA, A.: «El sistema común europeo de Seguridad Social», Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, en especial págs. 9-36. Sobre este punto resulta interesante la opinión de SIMITIS, cuestionando la validez de la armonización cuando, de hecho, la diferencia entre el Reglamento —directamente aplicable— y la Directiva —susceptible de adecuación— se diluye con el reconocimiento de una cierta «discrecionalidad» por parte de los Estados miembros, en «Europeizzazione o rinazionalizzazione del Diritto del Lavoro?», *GdiDLRI*, núm. 4, 1994, pág. 641.

¹⁶ Libro Verde/94, pág. 153.

¹⁷ Nota sobre «El contenido de una eventual propuesta de la Comisión para la salvaguarda de los dere-

Por el momento, el panorama legislativo se muestra ciertamente parco y, al margen de algunas Directivas que tangencialmente aportan garantía a la protección complementaria, otros instrumentos tienen mero valor de prospectiva al tratarse de Propuestas o Recomendaciones que claman por convertirse en derecho aplicable. En general, es éste un ámbito desasistido, pese a la contradicción que supone el que sea uno de los que más recursos económicos moviliza, y caracterizado por una criticable falta de garantía en el ámbito nacional y, sobredimensionada, en el ámbito comunitario.

4. Razón por la cual los principales interesados reclaman un marco jurídico estable y fiable. No en vano, estos sistemas complementarios no responden únicamente a la pretensión de mejorar las prestaciones de los trabajadores sino que sirven asimismo para satisfacer la exigencia de los empleadores de retener a los trabajadores más cualificados, que permanecerán en la empresa atraídos por estos sistemas y, de forma más genérica, aportarán bienestar —tranquilidad— a la plantilla. En efecto, la obligada modificación de las relaciones laborales, constreñidas antes al ámbito nacional, dispuestas hoy para su adaptación europea, encuentra su causa en la ostensible transformación experimentada por el trabajador que se desplaza en el territorio de la UE. A diferencia de lo que sucediera en los años cincuenta o sesenta, la antigua figura del emigrante proveniente de las partes más pobres de Europa en busca de trabajo ha quedado desterrada por la de quienes transitan por territorio europeo en su calidad de trabajadores altamente cualificados. Disputados por empresas de distintos países, la pertenencia de estos trabajadores a grupos profesionales con elevado nivel de formación

chos a pensión profesional o complementaria de los trabajadores como consecuencia de su derecho a la libre circulación», *Federación de Banca de la Unión Europea*, 19 diciembre 94, punto 2. En todo caso, opta esta Federación por el modelo de la armonización y no por el de la coordinación (puntos 1, 2, 4 y 5).

permite que negocien las condiciones de adaptación de su relación laboral a una movilidad geográfica que excede del mero traslado del trabajador. A la funcionalidad antes apuntada de estos sistemas se añade ahora su papel como mecanismo efectivo de gestión de recursos humanos¹⁸. Precisamente una de las condiciones objeto de negociación no es sino la garantía en el mantenimiento de los derechos adquiridos en el ámbito de la protección social complementaria, tan estrechamente unidos a la prestación de servicios en una empresa determinada y tan reacios a subsistir cuando el trabajador se incorpora a otra empresa distinta. Dado que el art. 51 del Tratado exige la remoción de cualquier obstáculo a la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores en el ámbito interno de la UE, nada debiera impedir que el trabajador «de la Unión Europea» pueda conservar todos sus derechos en el ámbito de la misma y, en especial, los derechos de protección social¹⁹.

Un establecimiento muy rígido de las condiciones de obtención de estas prestaciones resultará contraproducente para la empresa; si se exige, por ejemplo, una cierta antigüedad, se dificultará la rotación en la misma; si se garantiza esta protección únicamente para quienes se retiren siendo trabajadores activos en ella, se está impidiendo no sólo la movilidad sino el desarrollo de sectores nuevos en tanto a los empresarios les resultará mucho más difícil contratar personal cualificado para potenciar dichos sectores. Por lo demás, la estabilidad inicialmente demandada no se contradice con la exigencia de un margen de maniobra amplio para la empresa. Una vez adoptada la decisión de establecer un plan de pensiones, la empresa exige libertad suficien-

te para planificar el método de financiación y gestión que mejor se adapte a sus circunstancias particulares. Por su parte, para el trabajador supone principalmente el beneficio de mejores prestaciones. Las estadísticas demuestran que la satisfacción en las tasas de sustitución de los regímenes públicos -rentas previas a la jubilación/rentas por jubilación- se consigue mejor en los niveles medio y bajo de rentas, resultando menos atractivos dichos regímenes para las rentas más altas que buscan la proximidad con sus ganancias previas a través de los regímenes complementarios. El establecimiento de límites máximos de percepción en los sistemas públicos desincentiva el efecto sustitución y provoca una insatisfacción generalizada en estas últimas. Además, el interés se antepone si se considera la importante reducción impositiva que se le aplica durante la etapa en que el trabajador permanece en activo contribuyendo a estos regímenes complementarios. La fiabilidad de estos sistemas complementarios destacaría en segundo lugar debido, entre otras razones, a la gran insensibilidad a la evolución demográfica de estos mecanismos de protección.

No consiguen anular todas estas ventajas algunos inconvenientes dignos de destacar. En primer lugar, la heterogeneidad en la cobertura que ha de salvar no sólo las diferencias intercomunitarias sino la diversidad interna en cada Estado miembro. En algunos casos, y en segundo lugar, los períodos exigidos para la adquisición definitiva de los derechos son excesivamente largos y, por tanto, de difícil consecución para el trabajador. Se aprecia, a su vez, una clara tendencia a propiciar discriminaciones indirectas si, por ejemplo, la jubilación se percibe a través de una cantidad a tanto alzado, en cuyo caso la mujer recibirá una cuantía relativamente más baja que la del hombre debido a su mayor longevidad. No existe, por lo demás, garantía alguna contra los efectos de la inflación y el rendimiento de los depósitos responde única-

¹⁸ Comunicación de la Comisión sobre la *Modernización y mejora de la protección social...*, op. cit., pág. 9 y LANG, J.: «La place des régimes complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs et leur incidence sur la libre circulation», *RBSS*, núm. 3, 1994, pág. 801.

¹⁹ CARDONI, G.: «Libera circolazione dei lavoratori e sicurezza sociale nella comunità europea», *AAVV, Il sistema previdenziale Europeo...*, op. cit., pág. 216.

mente a una mera expectativa²⁰. Con todo, el principal inconveniente radica en la generalizada falta de garantía en la percepción de las prestaciones y en la gestión de los fondos que sustentan la protección complementaria.

2. Contenido de la protección complementaria. Principales definiciones

1. Ante esta realidad, el Consejo de la CEE ha revelado como uno de sus principales objetivos la consecución de una «adecuada protección a los derechos, adquiridos o en curso de adquisición, de los partícipes y antiguos partícipes de planes de pensiones complementarios que se desplacen de un Estado miembro a otro dentro de la Unión Europea»²¹, mediante, entre otras, la exigencia de una gestión eficiente habida cuenta de los derechos, necesidades y situación de los interesados²². Hoy por hoy, este tipo de protección cuenta en el entorno comunitario con un ámbito objetivo estrecho dado que se refiere casi exclusivamente a la conservación de los derechos de pensión en los planes de pensiones tanto voluntarios como obligatorios, con la excepción de los ya cubiertos por el Reglamento 1408/71²³ y con un restringido campo

subjetivo limitado a los «partícipes o antiguos partícipes de planes de pensiones complementarios que hayan adquirido o estén en curso de adquisición de derechos en uno o más Estados miembros y sean nacionales de un Estado miembro, apátridas o refugiados que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro y a sus familiares y sus supervivientes independientemente de su nacionalidad», considerando como trabajador a cualquier trabajador por cuenta ajena o propia²⁴.

La presencia de los denominados «régimenes profesionales», externos al régimen público de Seguridad Social, en algunos países, ha propiciado la inclusión de este concepto en aquellas Directivas de aplicación sobre la materia. En este sentido, la Directiva 86/378/CEE, que completa la Directiva 79/7/CEE sobre igualdad de los regímenes profesionales de la Seguridad Social, considera como regímenes complementarios, por exclusión, a aquellos que no han sido regulados en la Directiva 79/7/CEE y cuyo fin radica en proporcionar a trabajadores encuadrados en una empresa o grupo de empresas de una rama industrial o de un sector profesional prestaciones destinadas a *completar o a sustituir* las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social. Exceptúa de la aplicación de esta Directiva (en la nueva redacción introducida por la Directiva 96/97/CEE) a todos los regímenes profesionales cuyas prestaciones se fi-

²⁰ Libro Verde/97, págs. 13 y 14.

²¹ PDC/97.

²² Recomendación 92/441/CEE.

²³ Art. 1 PDC/97. En una de las anteriores Propuestas se recogía expresamente la definición de «regímenes profesionales o complementarios» considerando como tales a «todos los regímenes no cubiertos por el Reglamento 1408/71 y que tienen como finalidad suministrar a los trabajadores asalariados o independientes agrupados dentro del marco de un empresa o un grupo de empresas, de una actividad económica o de un sector profesional, o en un marco interprofesional, de prestaciones a la tercera edad, de invalidez o de supervivencia destinadas a complementar las prestaciones de los regímenes legales de la Seguridad Social, o a sustituirla, según si la afiliación a esos regímenes sea obligatoria y optativa» [Art. 2 PDC/94]. Se trata de «velar para que sean protegidos de manera adecuada los derechos individuales, adquiridos o en vías de

adquisición, de afiliados o de ex-afiliados a regímenes complementarios de pensiones, que se desplazan de un país a otro en el seno de la UE. Esta protección concierne en particular al mantenimiento y al traslado de los derechos a pensión en calidad de regímenes complementarios tanto voluntarios como obligatorios excepción hecha de los regímenes ya cubiertos por el Reglamento 1408/71 del Consejo» [Art. 1 PDC/96].

²⁴ Art. 2 PDC/97. Con anterioridad, no se mencionaba expresamente a los partícipes sino a los «trabajadores asalariados o independientes, ciudadanos de alguno de los Estados miembros que están afiliados a los regímenes profesionales o complementarios» [Art. 3 PDC/94]. Sin embargo, en los PDC/95 y PDC/96 el término partícipe no se reconoce y ha sido sustituido por el de «afiliados o ex-afiliados» (art. 2).

nancien a partir de las contribuciones abonadas por los trabajadores con carácter voluntario [art. 2.e)]. Sin llegar a aceptar la consideración como auténticos «regímenes», en general, las «pensiones de empresas privadas» han sido tratadas por los poderes públicos con reticencia al inicio y con mayor permisividad en la actualidad. Hasta el punto de que para muchos países se trata de regímenes obligatorios que constituyen un segundo nivel de protección garantizada para los trabajadores. La necesidad de evitar que la protección se torne excesivamente selectiva —únicamente para determinadas categorías de trabajadores— y el deseo de potenciar la movilidad laboral, justificarán la elección de un régimen obligatorio frente a uno voluntario, sin excluir la existencia de estos últimos como posibilidad adicional²⁵.

Se impone asimismo el empleo como sinónimo de los términos «complementario» y «profesional» al considerar la protección complementaria como una protección profesional, que reconoce un tipo de previsión vinculada al salario del trabajador y, por tanto, consecuencia directa de una actividad profesional²⁶. Si bien,

²⁵ Países como R. Unido y Dinamarca han optado por un nuevo programa general de pensiones complementarias dirigido a grandes grupos de la población activa. Otros, como Francia y P. Bajos, examinan nuevas fórmulas tales como garantizar una cobertura obligatoria basada en la relación contractual que los interlocutores sociales habrían establecido previamente. Se consigue así regímenes de pensiones complementarias de amplia base, obligando a las empresas de determinados sectores industriales o económicos —o, como ocurre en Francia, a todos los trabajadores del sector privado— a pertenecer a una red contractual de pensiones complementarias organizada y gestionada por los interlocutores sociales. La única diferencia entre uno y otro supuesto es que en los P. Bajos estos fondos serán capitalizados, mientras que en Francia funcionarán a través de un sistema de reparto. En concreto P. Bajos, R. Unido, Dinamarca, Francia y Grecia mantienen la opción de los sistemas voluntarios como posibilidad adicional, *apud* Libro Verde/97, págs. 57 y 58.

²⁶ El empleo de ambos conceptos como sinónimos en la Comunicación/91 y en Libro Verde/94, págs. 2 y 3. Sobre la justificación de dicha utilización, LANG, J.: «La place des régimes complémentaires...», *op. cit.*, pág.

como se señala, la expresión «regímenes privados» plantea el problema de las fronteras, a veces difusas, con los regímenes públicos, y, en particular, el de la situación de los asalariados del sector público que no son funcionarios. Por su parte, la consideración de la expresión «regímenes profesionales» presenta el inconveniente de que es aplicable a todos los programas públicos específicamente dedicados a una profesión determinada, y de justificar que se incluya en las estadísticas a los regímenes de funcionarios en países donde, al igual que la previsión profesional privada, completan un régimen universal. A su vez, se pone de manifiesto cómo la denominación «fondos de pensiones» denota una acepción restrictiva, y limitada, porque se refiere implícitamente a los regímenes financiados por capitalización. En todo caso, la característica común será en tanto regímenes privados, la libertad de la que gozan sus promotores en su creación, en la gestión administrativa y financiera y en la determinación de las prestaciones previstas²⁷. Con todo, los regímenes complementarios o profesionales comprenden un plan de pensiones, y, por lo tanto, el correspondiente fondo de pensiones, determinadas prestaciones y un método de financiación. El plan de pensiones se circunscribe al «conjunto de normas que definen la cuantía de las prestaciones, incluida la indexación, las condiciones de acceso a la adquisición de tales derechos y el método de diferentes formas de financiación». El término fondo de pensiones se reserva a los «sistemas de pensión que utilizan un método de financiación particular, a saber, la capitalización a través de una entidad formalmente separada del empleador y establecida para el propósito es-

824. Destacando la ventaja de utilizar el término profesional por englobar no sólo a los regímenes complementarios del sector privado sino a los del sector público que no son complementarios, ROBERTS, L. A.: «Las jubilaciones complementarias: hacia una definición de los términos», *RISS*, núm. 4, 1993, pág. 64.

²⁷ VOIRIN, M.: «Los regímenes de pensiones privados y públicos: claves para un enfoque comparativo», *RISS*, núms. 3-4, 1995, págs. 123 y 125, respectivamente.

·pecífico de financiar uno o varios planes de pensiones particulares»²⁸.

Con el afán de lograr objetivos más ciertos, las últimas propuestas del Consejo intentan identificar conceptos comunes que sirvan para alcanzar un consenso sobre la materia. Y así, se restringe el contenido de las pensiones complementarias a las «prestaciones de invalidez, jubilación y a los supervivientes que tengan por objeto complementar o sustituir las proporcionadas con respecto a las mismas contingencias por los regímenes legales de seguridad social», concretando que constituyen planes de pensiones complementarios «todos los planes de pensiones complementarios y otros acuerdos colectivos que tengan el mismo objeto, como los contratos de seguros de grupo, planes sectoriales o de rama del tipo de pago sobre la marcha o promesas de pensión respaldadas por reservas contables, que tengan como objeto proporcionar una pensión complementaria a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia», especificándose asimismo que los planes de pensiones complementarios aprobados son «planes de pensiones complementarios que, en un Estado miembro concreto, satisfacer las condiciones exigidas por ese Estado miembro para la concesión de las ventajas fiscales especiales a disposición de los planes de pensiones complementarios»²⁹, entre otras definiciones contenidas.

2. Esta pretensión homogeneizadora ha llevado a la UE no sólo a proponer conceptos comunes sino a identificar los rasgos definidores del elemento clave, las «prestaciones

complementarias». Se reconocen como tales, en primer lugar, a las que demuestran la *complementariedad* que las caracteriza y, por tanto, «a aquellas que se destinan a garantizar que la persona cubierta adquiere el derecho a una prestación en dinero en caso de jubilación que constituye renta añadida a la debida por la misma contingencia en el régimen público». En segundo lugar, destaca su origen *colectivo*, por cuanto se trata de una «cobertura colectiva, esto es, establece como beneficiario a un grupo de personas, entendiéndose que dentro de la misma se incluye la opción individual a adherirse a un sistema colectivamente planificado». Por lo demás, se admite tanto la pertenencia *obligatoria* como *facultativa* a cualquier régimen complementario, en la consideración como obligatorio de «un plan en el que se impone a la empresa la obligación legal o contractual de afiliar a sus trabajadores».

Y, en definitiva, con un *perfil institucional* definido porque, por un lado, los agentes que participan en el patrocinio de estos planes de pensiones suelen ser las empresas, los sindicatos o los representantes de las profesiones o categorías en cuestión; por otra parte, el grado de libertad de creación de los mismos se encuentra restringido, en cada país, por una serie de normas, aceptadas por los interesados en virtud de las ventajas fiscales que traen consigo; se exige, en todo caso, una entidad que asuma la responsabilidad de la gestión del patrimonio; y, por último, los intereses de quienes intervienen en estos compromisos (empresas, beneficiarios y miembros) se encuentran protegidos por la representación de los mismos en los órganos de dirección y gestión de los fondos creados. Conviene advertir, por último, y en relación a este punto que la mayor parte de pronunciamientos de la UE respecto de la protección complementaria giran en torno a la vejez y a la jubilación, dejando en un segundo plano al resto de prestaciones y postponiendo por ejemplo, el tratamiento del seguro complementario de enfermedad. La complejidad de estos sistemas complementa-

²⁸ Libro Verde/97, pág.1.

²⁹ Art. 3 PDC/95 y por el art. 3 PDC/96, si bien en este último la referencia se hace a «todos los regímenes profesionales de pensiones así como otras disposiciones de naturaleza colectiva, tales como contratos de seguro de grupo, los regímenes por derrama (reparto) concertados por sector o por rama, o las promesas de jubilación garantizadas por fondos del balance de las empresas destinados a dar una pensión complementaria a trabajadores asalariados o autónomos».

rios y las marcadas diferencias en relación a los sistemas de jubilación en los Estados miembros avalan esta decisión ³⁰.

II. PRINCIPIOS COMUNITARIOS BÁSICOS QUE INFORMAN LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA COMUNITARIA

1. El contenido de los principios de libre circulación y de igualdad en el ámbito de la protección complementaria comunitaria

1. El tradicional entendimiento de la Comunidad «Económica» Europea como el desarrollo armónico de actividades económicas, exenta de un contenido social, ha llevado a considerar la creación del Mercado Único como objetivo exclusivo del esfuerzo común. Supeditado a esta finalidad y, por lo tanto, ligado al ejercicio de cada una de las libertades económicas reconocidas en el Título III del Tratado, el principio de libre circulación ha de garantizar que los ciudadanos puedan desarrollar sus actividades económicas estableciéndose o prestando servicios en el territorio de la Comunidad ³¹. Un planteamiento economicista salvado únicamente porque, en ocasiones, «los jueces comunitarios han captado hasta el fondo la enorme carga humana de los problemas a los que da lugar la circulación de los trabajadores», plasmado en un doble propósito: derivar del principio de libre circulación derechos subjetivos que puedan ser invocados por el trabajador migrante ante los tribunales nacionales y garantizar una aplicación uniforme de la normativa comunitaria, suprimiendo así las abundantes discriminaciones directas e indirectas producidas por

las normas legales y por la práctica administrativa de los diferentes Estados miembros ³².

Esta libertad abarca, en primer término, un conjunto de derechos de movilidad física o territorial en los que se enmarcan tanto el libre desplazamiento como la libertad de residencia. En segundo lugar, se trata de un principio que contiene un mandato directo, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad que, con una formulación positiva, supone la plena equiparación del ciudadano comunitario con el nacional en virtud de la aplicación del principio general de igualdad de trato contenido en el art. 6 del Tratado y desarrollado, respectivamente, por los arts. 48, 52 y 59. La confluencia de estos dos principios rectores, el principio de libre circulación *in stricto sensu* y el principio de igualdad, caracteriza pues esta materia. Esta configuración del principio de libre circulación aplicada a la protección complementaria sirve para analizar autónomamente el principio de igualdad y para circunscribir el amplio contenido del principio de libre circulación (desplazamiento y residencia) a la percepción de prestaciones y, en su caso, a las dificultades surgidas del movimiento de capitales. Para este último supuesto el principio de libre circulación adopta una vertiente negativa, por cuanto se trata de eliminar las trabas existentes al comercio comunitario; por el contrario, la libre circulación de personas se adecua a una consideración positiva de la misma, dado que se traduce en la creación de un conjunto de derechos subjetivos para el ciudadano de la UE. La conexión entre ambas resulta, sin embargo, sencilla, la igualdad ha de funcionar como

³⁰ Libro Verde/97, págs. 57 y 58, Libro Verde/94, págs. 2 y 3 y Comunicación/91, pág.3, punto 2.1, respectivamente.

³¹ Sentencia AUER (I) y Sentencia MORSON y JHANIAN.

³² MANCINI, F.: «La circulación de los trabajadores por cuenta ajena en la jurisprudencia comunitaria», Universidad de Granada, Granada, 1990, págs. 10 y 11. Un exhaustivo estudio jurisprudencial en DURÁN LÓPEZ, F.: «Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE», Ed. La Ley, Madrid, 1984 y «Las libertades fundamentales en la CEE: la libre circulación de trabajadores», en AAVV, *Cuestiones Actuales de Derecho Comunitario Europeo*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992, págs. 101-121.

un criterio de referencia necesario en la concreción de la idea de libertad³³.

Sabido es que el intercambio de bienes y servicios que todo mercado supone determina la existencia de factores de producción como la mano de obra o el capital. A su vez, la libre circulación de personas aparenta ser principio básico para garantizar dicho mercado. Unidas ambas consideraciones se deduce la exigencia ineludible de conseguir la plena desaparición de obstáculos a la movilidad de los trabajadores³⁴. Un objetivo que, si bien se enmarca en un ámbito más jurídico-social que económico, no esconde para este último una trascendencia significativa por cuanto la flexibilidad en los mercados de trabajo tanto internos como externos se revela como factor determinante sobre la competitividad y el empleo. Para lograrlo se impone necesariamente una exigencia: la «abolición, entre los trabajadores de los Estados miembros, de toda discriminación fundada sobre la nacionalidad, en lo referente al empleo, la remuneración y las demás condiciones de trabajo», consagrándose, de este modo, el principio de igualdad al servicio del objetivo económico de la libre circulación de trabajadores³⁵. Esta consideración como elemento meramente instrumental al servicio de la consecución del Mercado Único, impedía garantizar la igualdad de tratamiento de los trabajadores comunitarios y se limitaba a facilitar el desplazamiento

de los mismos, concebidos como una «mercancía» más a la que había de permitírsele circular libremente por el espacio económico comunitario. Sin embargo, una evolución normativa y jurisprudencial del tratamiento de este principio le ha dotado de una autonomía tal que puede afirmarse cómo en la actualidad excede de un planteamiento estrictamente económico y potencia su expansión en el ámbito social³⁶. De hecho, en la materia que nos ocupa, una excesiva divergencia en el tratamiento de la misma puede llevar consigo dos conclusiones no queridas: el impedimento —y hasta la anulación— de la libre circulación de trabajadores y el agravamiento de las disparidades regionales dentro de la UE si en unas se adoptan soluciones más favorables que en otras.

2. Con el fin de evitar consecuencias tan inaceptables, la UE ha ido adoptando decisiones de distinta envergadura, resultando determinante la defensa del principio de igualdad (arts. 6 y 48, respectivamente y 117 y 119, en materia de retribución). Pese a que, ante la inexistencia de un reconocimiento global del principio de igualdad³⁷, Reglamentos y Directivas hayan colaborado asimismo en el desarrollo de este principio. De entre los primeros, los Reglamentos del Consejo 1612/68 y 1291/70 establecen cómo en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales. Entre las materias que se regulan en estos Reglamentos destaca con especial énfasis la declaración de nulidad de pleno derecho de toda aquella

³³ LIROLA DELGADO, M.^a (I): «Libre circulación de personas y Unión Europea», Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1994, págs. 46, 47 y 48.

³⁴ Un deseo expresado inicialmente en la Comunicación de la Comisión sobre *El futuro de la protección social: marco para un debate europeo*, 31 octubre 95 [COM (95) 466] de la Comisión y reiterado en la más reciente sobre *Modernización y mejora de la protección social...*, *op. cit.* La denominada *Acción para el empleo en Europa: un pacto de confianza*, 6 mayo 96 [SEC (96) 1093] y CARDONI, G.: «Libera circolazione dei lavoratori...», *op. cit.*, pág. 215, destacan la necesidad de plantear este debate.

³⁵ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea», AAVV, *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 25.

³⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: «Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario», *ibidem*, pág. 42.

³⁷ Como señala ALARCÓN CARACUEL, esta falta de reconocimiento global podría venir derivada de la propia configuración del derecho europeo aun cuando también en los Estados Federales o de Comunidades Autónomas se recoge asimismo una pluralidad de ordenamientos sin que se impida una aplicación general del principio de igualdad entre sus habitantes, en «El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea...», *op. cit.*, pág. 20.

cláusula de Convenio Colectivo o contrato individual que contenga condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros. Por lo que se refiere a las segundas, la Directiva 88/361/CEE desarrolla el art. 67 del Tratado y exige un mismo trato para hombres y mujeres en el interior de los Estados e interestatalmente³⁸. Por lo demás y aun cuando el art. 119 del Tratado se refiriera únicamente a la igualdad de retribución, como así lo desarrollaría la Directiva 75/117/CEE, la 76/207/CEE ampliaría esta obligación respecto al acceso al empleo, formación, promoción profesional, condiciones de trabajo, etc.

Partiendo del reconocimiento genérico del derecho de todo trabajador a una «protección social adecuada» (art. 10 Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores), el art. 3.1. del Reglamento 1408/71 establece la posibilidad de que los trabajadores puedan acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, mientras la Directiva 79/7/CEE recoge los requisitos necesarios para garantizar la igualdad en materia de Seguridad Social. Se cumple así el objetivo pretendido por el art. 51 del Tratado, alentando a los Estados miembros a que traten de impedir que la Seguridad Social constituya un obstáculo para los movimientos de la mano de obra. Un deseo que se verá cumplido al garantizar los Reglamentos 1408/71 y 574/72 un tratamiento homogéneo de los períodos cotizados en cualquier país del entorno comunitario como períodos susceptibles de aceptación en la adquisición o conservación de las pensiones nacionales, relegando de esta forma a la nación a un papel de mero gestor de la pensión del trabajador.

3. Alcanzado este grado de homogeneización en la protección básica, se trata a continuación de conseguir un mismo nivel en la protección complementaria para culminar

³⁸ Destacan asimismo Directivas como la 64/221/CEE, la 68/360/CEE, la 72/194/CEE y la 90/265/CEE.

ese proyecto de «protección social adecuada». Se revela así un nuevo desafío de la UE: el mantenimiento de los derechos a la protección complementaria, garantizando su permanente participación en este tipo de sistemas de previsión aunque cambie la empresa para la que presta sus servicios e incluso el país en el que los presta. Las reticencias son, sin duda, más numerosas en este último supuesto que en aquél referenciado, aunque ambos compartan una finalidad común: la de garantizar la percepción de determinadas prestaciones para los trabajadores. El planteamiento ha de extenderse de forma obligada a quienes, en el ámbito de aplicación del principio de libre circulación, se denominan los «económicamente inactivos». Las Directivas que desarrollan este principio han diferenciado a estos últimos de los «económicamente activos», entendiéndose que así como éstos se caracterizan básicamente por prestar servicios, aquéllos son principalmente receptores de los mismos y, por tanto, requieren de un distinto tratamiento. En materia de protección complementaria el análisis ha de efectuarse de forma obligada desde ambas perspectivas; la de quien, cuando se halla en activo, participa en la financiación de los sistemas y la de quienes, cuando suspenden su prestación o se retiran definitivamente del mercado de trabajo, reciben una prestación social complementaria. Expresamente se consideran inactivos, «los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional» y se encuentran protegidos en su derecho de residencia y, en más amplio margen en su derecho a la libre circulación, tanto por el Reglamento 1251/70 como por las Directivas 75/34/CEE y 90/365/CEE³⁹.

Desde bien temprano, el TJCEE se ha planteado la necesidad de tratar de evitar que los trabajadores se encuentren obligados a abandonar el territorio en el que trabajan o

³⁹ JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P.: «El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria», Tecnos, Madrid, 1994, en especial, págs. 49-95.

han trabajado para precisamente poder disfrutar de la protección social que dispensa otro Estado, por regla general el de origen⁴⁰. Algunos avances en esta materia ya parecen constatables. Así, el pago de las prestaciones complementarias en cualquier país de la Comunidad es desde hace tiempo posible en virtud del art. 51.b del Tratado o, por ejemplo, se considera de todo punto improbable que en sistemas como los que se analizan, basados en la autonomía privada, pueda resultar determinante el dato de la residencia de los beneficiarios en el acceso al derecho a la prestación correspondiente; la exigencia de un período de espera o de un período de calificación se torna, por último, de difícil cumplimiento en estos supuestos. Razones por las que se ha llegado a afirmar que si se dificulta el acceso en el ámbito comunitario a la protección complementaria puede alcanzarse la paradoja de que tal vez sea más fácil adquirir una protección internacional complementaria que una protección intracomunitaria, olvidando que de la aplicación de los arts. 49 y 51 del Tratado se impone la existencia de un procedimiento que facilite el acceso a todo tipo de prestaciones derivadas de la protección social, incluida la complementaria. De ahí que el Consejo de la CEE recomiende la promoción «cuando sea necesario, de los cambios en las condiciones que regulan la adquisición de pensiones y especialmente de pensiones suplementarias con objeto de eliminar obstáculos a la circulación de los trabajadores por cuenta ajena»⁴¹.

2. Igualdad y protección complementaria comunitaria. La protección complementaria como forma de retribución

a) Reglas generales surgidas en torno a la discriminación salarial

1. La principal conexión entre el principio de igualdad y la protección complementaria

se deriva de la interpretación realizada sobre el art. 119 del Tratado que impide todo tipo de discriminación salarial por razón de sexo⁴². Reconoce el TJCEE que el concepto de retribución contenido en el art. 119 del Tratado comprende todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aun indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo, incluso aunque las prestaciones sean pagadas tras la extinción de la misma⁴³. Esta paridad alcanza a todos los conceptos económicos y, por tanto, a los estrictamente salariales, a los indemnizatorios y a los que se refieren a prestaciones sociales⁴⁴. De ahí que sea la Directiva 75/117/CEE la que contenga básicamente los criterios de aplicación sobre este principio en las legislaciones nacionales.

Aun cuando sería con la Sentencia *Defrenne* con la que el TJCEE procedería a invocar por primera vez el efecto directo del art. 119 del Tratado, la Sentencia *Bilka-Kaufhaus* establecerá, con carácter determinante, que las prestaciones recibidas por un régimen complementario de empresa se consideran parte integrante del contrato de trabajo y, en concreto, una forma de retribución más del servicio prestado, admitiéndose expresamente que el derecho a la protección complementaria forma parte del contenido del art. 119 del Tratado y, por tanto, la aplicación del principio de igualdad a este tipo de protección. No en vano, el TJCEE ha considerado ya en reiteradas ocasiones que, en el contexto de un

⁴² Sentencia *BILKA-KAUFHAUS* y Sentencia *BARBER*.

⁴³ Sentencia *BARBER*, Sentencia *GARLAND*, Sentencia *KOWALSKA*, Sentencia *TEN OEVER*, Sentencia *BÔTEL*. Sobre el concepto de retribución adoptado en este precepto del Tratado y en aplicación a la protección complementaria, *vid.* AVIO, «La Previdenza integrativa: cenni al quadro europeo», *Lavoro et Diritto*, núm. 2, 1991, pág. 660 y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras en el art. 119 del Tratado de Roma», *RL*, 1986, t. 1, págs. 1131-1156.

⁴⁴ Sentencia *GARLAND*, Sentencia *BARBER* y Sentencia *KOWALSKA*.

⁴⁰ Sentencia *MARSMAN* y Sentencia *INZIRILLE*.

⁴¹ Recomendación 92/442/CEE.

plan de pensiones de empresa con prestaciones definidas, el compromiso que adquiere el empresario se refiere al pago de una pensión periódica cuyos criterios de fijación son conocidos en el momento del compromiso por lo que, en opinión de dicho Tribunal, no puede sino tratarse de una retribución en el sentido del art. 119 del Tratado⁴⁵. Compromiso que no recoge, sin embargo, la modalidad de financiación que garantiza el pago periódico de la pensión, de lo que se deduce que dichas modalidades, a diferencia de lo anterior, quedan excluidas del ámbito de aplicación del art. 119 antes mencionado. Esta consideración de las aportaciones a los sistemas complementarios como parte de la estructura retributiva de la empresa supone, como señalan los sindicatos ingleses, una buena fórmula para convertir en propietarios de los fondos a los trabajadores, motivando su participación directa y personal en la administración y gestión de los mismos.

Del planteamiento elaborado por la jurisprudencia del TJCEE puede desprenderse una conclusión inicial y es que, como regla general, y tras la comprobación de la existencia de fondos privados sujetos a la Directiva sobre igualdad salarial, frente a los fondos públicos sujetos a las Directivas 79/7/CEE y 86/378/CEE, el Tribunal tiende a atraer los casos sometidos a su jurisdicción hacia el ámbito de aplicación de la Directiva 75/177/CEE sobre igualdad salarial⁴⁶. Esta intención de ampliar el ámbito subjetivo de la misma y del art. 119 del Tratado, en detrimento del contenido de las Directivas sobre igualdad en los regímenes de protección social y de fondos profesionales autónomos ha sido, de algún modo, el origen de la Directiva 96/97/CEE.

2. En la determinación de la aplicación del art. 119 del Tratado ha resultado asimis-

⁴⁵ Sentencia TEN OEVER, Sentencia MORONI y Sentencia BIRD EYE.

⁴⁶ CARUSO, B.: «La aplicación judicial de las normas sobre igualdad de trato», AAVV, *La igualdad de trato...*, op. cit., pág. 87.

mo decisivo el pronunciamiento de la Sentencia Barber, reiterado en posteriores ocasiones por nuevos pronunciamientos del TJCEE⁴⁷. De conformidad con estas decisiones, el art. 119 del Tratado sólo puede ser invocado para exigir la igualdad de trato en materia de planes de pensiones de empresa respecto a las prestaciones debidas por períodos de empleo posteriores al 17 mayo 90, fecha en que fuera dictada la Sentencia Barber. Para períodos anteriores, la sentencia elude la aplicación de un principio retroactivo y admite que, para los mismos períodos, el derecho comunitario no ha de imponer obligación alguna de justificar las medidas que establezcan *a posteriori* las ventajas con que las mujeres se han beneficiado con anterioridad, salvada alguna puntual excepción⁴⁸. Una doctrina no exenta de crítica al considerar que no se trata tanto de la invocación del principio de irretroactividad como de la invocación de una razón que justifique el trato diferenciado que va a originar una prestación distinta en el futuro⁴⁹.

Sus efectos se extienden a todas las prestaciones pagaderas al trabajador por un plan de pensiones, ya sea contributivo o no contributivo. Independientemente del origen de su financiación, la imputación de las aportaciones al empresario o al trabajador carece de incidencia alguna en el concepto de retribución en el que se enmarcan las pensiones de empresa, que han de ser globalmente conformes al principio de igualdad. Se justifica, por todo ello, el empleo de criterios actuariales diferenciados en función del sexo en el ámbito

⁴⁷ Sentencia NEATH, Sentencia MORONI y Sentencia TEN OEVER, entre otras.

⁴⁸ Se admite en este sentido la excepción prevista en favor de los trabajadores o de sus causahabientes que, antes de la fecha en que se dictó la sentencia (17 mayo 90) hubieran iniciado una acción judicial o hubiesen formulado una reclamación equivalente según el derecho nacional aplicable.

⁴⁹ LANGLOIS, Ph.: «La réversion dans les régimes complémentaires obligatoires et l'égalité entre les hommes et les femmes», *Droit Social*, núm. 4, 1995, págs. 424-427.

de los regímenes profesionales, pues sólo en los regímenes legales la cotización se determina de manera general según la prestación de servicios, al margen del sexo, mientras que en los regímenes profesionales las aportaciones o las prestaciones son comprometidas por el empresario con cada trabajador⁵⁰. No abarca, por tanto, el art. 119 del Tratado este tipo de consideraciones que, sin embargo, vienen determinadas en buena parte de las ocasiones por las diferencias de sexo. Partiendo de una hipótesis demográfica y constatada la mayor longevidad de la mujer, su prestación resulta mucho más onerosa para el empresario que la del hombre. De ahí que algunos pronunciamientos entiendan justificada, en el ámbito de la protección complementaria, una diferencia de cuantías entre hombres y mujeres basada en razones objetivas, que no subjetivas, bien distintas⁵¹. Pero resulta evidente, pese a cualquier matización interesada que se pretenda, que mientras las mujeres perciban, como regla general, un salario menor que los hombres, siendo así que las pensiones se mantienen proporcionales a los ingresos, la débil situación económica se verá reflejada y mantenida en términos idénticos en la protección complementaria. De ahí que se recomiende, en un avance por la superación de estas desigualdades, una atención más próxima a aquellas pensiones que, en el sistema de Seguridad Social, se garantizan a las mujeres dependientes de las pensiones de sus maridos o, en su caso, de su familia⁵².

⁵⁰ Sentencia NEATH y Sentencia BALLESTRA.

⁵¹ Sentencia BIRD EYE. Se destaca en dicha sentencia que cuando se impide a mujeres casadas participar en el plan de pensiones se está vulnerando directamente el art. 119 del Tratado pero cuando la exclusión afecta a todos los trabajadores a tiempo parcial, dicha disposición sólo infringe el precepto mencionado si afecta a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que el empresario demuestre que se debe a factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

⁵² Enmienda 7 del Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva de 21 octubre 91 [DO.C.12 diciembre 92].

Mas no todos los aspectos contemplados en estos pronunciamientos a raíz de la Sentencia *Barber* han resultado exentos de crítica. Y así, el alcance de los efectos de esta sentencia ha supuesto una cuestión que ha provocado numerosas discusiones en la práctica judicial comunitaria. En posteriores pronunciamientos se ha echado en falta que la mencionada Sentencia no haya considerado la peculiaridad de esta forma retributiva, que consiste en una disociación temporal entre la constitución del derecho a la pensión —que se realiza de forma progresiva a lo largo de la vida profesional del trabajador— y el pago efectivo de la prestación —que, por el contrario, queda aplazado hasta una edad determinada—. Por un lado, el Tribunal tiene en cuenta en la Sentencia *Barber* las características de los mecanismos financieros de las pensiones de empresa y, por tanto, la relación contable que existe en cada caso concreto entre las cotizaciones periódicas y las cantidades a pagar en el futuro. Y, sin embargo, queda claro tras dicho pronunciamiento que, si se movilizan los derechos de un plan de pensiones a otro, ni el plan que ha llevado a cabo la movilización ni el que lo ha recibido están obligados a adoptar las medidas financieras para restablecer la situación de igualdad en relación a los períodos de empleo anteriores a la mencionada Sentencia. De ahí que, en ocasiones, la efectividad de dicha decisión haya permanecido necesariamente limitada a aquellas discriminaciones toleradas por los empresarios como consecuencia de las excepciones transitorias previstas por el derecho comunitario.

Algunos incluso han quedado pendientes de resolución. En este sentido se cuestiona si en los supuestos en que un plan de pensiones haya sido promovido por una empresa como consecuencia de una obligación legal, la entidad que ejecuta y gestiona el plan se halla obligada a aplicar el principio de igualdad de trato en sus actuaciones. De ser así, el trabajador que resulte perjudicado podrá hacer valer su pretensión directamente frente al plan

o al fondo de pensiones, en su caso, como si se tratara del empresario. Un planteamiento que ha venido dado en el ámbito comunitario porque algunos tribunales nacionales carecen de competencia para dilucidar una cuestión considerada extracontractual y no directamente vinculada con el contrato de trabajo. No ha dudado el TJCEE en admitir que, puesto que los administradores de un plan de pensiones deben abonar prestaciones que constituyen una retribución con arreglo al art. 119, están asimismo obligados a cumplir dicha disposición haciendo todo cuanto sea de su competencia para garantizar el respeto al principio de igualdad de trato en la materia, por lo que los partícipes deben invocar frente a ellos la aplicación de dicho principio⁵³.

3. Este tipo de planteamientos ha servido para defender incluso una nueva hipótesis; la posibilidad de alegar la igualdad de trato para participar en un plan de pensiones no sólo desde el momento en que se dicta la sentencia sino desde aquél en que se produce la discriminación indicada⁵⁴. La opinión mayoritaria se muestra contraria a aplicar este carácter retroactivo. Es el momento en que se dicta la sentencia el que determina la obligación del empresario de facilitar la afiliación de quienes se encuentran discriminados; lo contrario supondría eximir a la trabajadora de las primas que debería haber pagado si se le hubiera permitido participar anteriormente en el fondo de pensiones, siendo así que el restablecimiento de la igualdad de trato ha de reponer al trabajador discriminado en la *misma* situación que la de los trabajadores de otro sexo, no en una situación más favorable. Es ésta una interpretación que sólo admitirá ser matizada ante aquellos litigios iniciados con anterioridad a este pronunciamiento⁵⁵.

⁵³ Sentencia FISSCHER, Sentencia VROEGE y Sentencia DIETZ.

⁵⁴ Sentencia FISSCHER, Sentencia VROEGE y Sentencia DIETZ.

⁵⁵ Tal y como lo recoge el Protocolo 2 sobre el art. 119 del Tratado, Anexo al Tratado de Maastricht.

En cierto modo, todo ello esconde una discriminación indirecta. Para que dicha discriminación se aprecie es necesario demostrar que el uso de un criterio aparentemente neutro, esto es, aplicable por igual a ambos sexos, afecta a un número mayor de personas de un sexo respecto de otro, salvo que el autor de la discriminación pruebe que su actuación estuvo justificada. Para llegar a esta consideración se necesitan dos aproximaciones; en primer lugar, el establecimiento de un criterio cierto que permita confirmar que la medida adoptada afecta desproporcionadamente a uno de los sexos y, en segundo lugar, que, pese a ello, la práctica se encuentra justificada. A este fin se requiere, por una parte, que el objetivo perseguido sea legítimo y, por otra, que la práctica discriminatoria constituya un medio apropiado y necesario para alcanzar el mismo⁵⁶. Una necesidad real de la empresa o la consecución de los objetivos planteados en materia de política social pueden servir para que el TJCEE acepte la justificación a la inaplicación de la paridad de criterios⁵⁷. Establecida la necesidad de conseguir el objetivo perseguido, será el Tribunal nacional el que deba considerar si los medios para la consecución del mismo son necesarios o, por contra, la finalidad pretendida puede lograrse a través de medios mucho menos gravosos, pudiendo utilizar para ello el principio de la proporcionalidad, un principio utilizado por el TJCEE de forma muy

⁵⁶ La constatación de estas exigencias en la evolución de la jurisprudencia del TJCEE y la dificultad de aplicación en la práctica, en SENDEN, L.: «La igualdad salarial en la Legislación Comunitaria», AAVV, *La igualdad de trato...*, op. cit., pág. 148; SÁEZ LARA, C.: «Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas», CES, Madrid, 1994, QUINTANILLA, B.: «El principio de igualdad de retribución en el Tratado de la Unión Europea (TUE)», Maastricht 1991 (I y II), *Actualidad y Derecho*, núms. 22 y 23, 1992, págs. 3-8 y 2-6, respectivamente y ORTIZ LALLANA, C.: «El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas por razón del sexo en el ordenamiento comunitario y en España», *REDT*, núm. 29, 1987, págs. 71-109.

⁵⁷ Sirvan de ejemplo las Sentencias BILKA y RINNER-KÜHN.

estricta y, por tanto, con una interpretación restrictiva del mismo⁵⁸. En esta línea, conviene advertir la dificultad que entraña no sólo la interpretación que el TJCEE pueda hacer de este tipo de discriminación —y ampliaría el argumento también a la discriminación directa— sino los obstáculos tanto para probar como para impedir la misma. En muchas ocasiones, la falta de conocimiento de que la discriminación se está produciendo, impide su desaparición. Por otro lado, conseguido el conocimiento por parte de los sujetos perjudicados, el acceso a la vía judicial no se muestra sencillo, en especial por la dificultad probatoria que se exige a cualquier pleito que dirima cuestiones de igualdad⁵⁹.

Es necesario señalar, por último y en relación a este apartado, que la denominada Directiva «*post-Barber*»⁶⁰, adoptada como consecuencia de todos los pronunciamientos del TJCEE, aporta nuevos criterios para la aplicación del principio de igualdad de trato en esta materia. Entre otros, impide que la gestión de los fondos de pensiones perjudique a las mujeres, encontrándose estas últimas penalizadas por su mayor longevidad. Así ocurriría si se exigiera el abono de cotizaciones adicionales —reduciéndose en consecuencia la retribución neta de las trabajadoras— o si los empresarios se mostrasen reacios a contratar mujeres como consecuencia del incremento del coste laboral de las mismas por garantizar la protección complementaria en los términos semejantes a la población trabajadora masculina.

b) Diferente edad de acceso a la pensión complementaria por razón de sexo

1. Al igual que la anterior, la distinta edad de acceso a las pensiones complementa-

⁵⁸ Son pocos los supuestos en que el TJCEE concreta el alcance del mismo. Por todos, Sentencia RUIZUS y Sentencia TEULING.

⁵⁹ Un planteamiento exhaustivo de esta cuestión en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^ª E.: «La aplicación de la Directiva 75/117 en España», AAVV, *La igualdad de trato...*, op. cit., págs. 175 y ss.

⁶⁰ Directiva 96/97/CEE.

rias —y, de forma muy especial, a la jubilación— ha constituido un foco de incumplimiento del principio de igualdad. Aun cuando la exigencia de una edad de jubilación igual para hombres y mujeres ha resultado clara en relación a los regímenes legales de Seguridad Social de los países pertenecientes a la UE, no ocurre así en los regímenes complementarios, cuyo paralelismo con el anterior en este punto ha resultado ser sencillamente nulo. En efecto, si se tiene en cuenta que la mayor parte de las pretensiones de las que conoce el TJCEE han estado motivadas por el hecho de que los trabajadores masculinos no causan derecho a una pensión de empresa hasta los 65 años a diferencia de las trabajadoras, quienes pueden acogerse a ella a los 60 años, la anterior afirmación queda plenamente contrastada.

La existencia de las Directivas relativas a la aplicación del principio de igualdad en los regímenes profesionales, en especial la Directiva 86/378/CEE, así como la de algunas propuestas más específicas en materia de jubilación⁶¹ no ha impedido el que los particulares hayan invocado directamente el art. 119 del Tratado ante los órganos jurisdiccionales nacionales para protegerse de tales desigualdades. En respuesta a estas pretensiones, la Sentencia *Barber* no sólo establecería la prohibición de toda discriminación en materia de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, sino además y en particular, la prohibición de fijar un requisito de edad distinto según el sexo para las pensiones pagadas en el marco de un plan profesional convencionalmente excluido del régimen general, incluso aunque la diferencia entre las edades de jubilación de los hombres y de las mujeres corresponda a la prevista por el régimen legal nacional. Dos son las opciones que presenta este pronunciamiento para su correcto cum-

⁶¹ Propuesta de Directiva sobre igualdad en la edad de jubilación [COM (87) 494 final] y Resolución del Consejo, 10 junio 93 relativa a los regímenes flexibles [D.O.C 188, 10 junio 93].

plimiento: o bien conceder a los hombres las mismas ventajas de que disfrutaban las mujeres o, por otro lado, retrasar la edad de estas últimas para equipararla a la de aquéllos. Ninguna de ellas exenta de críticas. La opción por el retraso de la edad de jubilación con el fin de homogeneizar la misma para todos los trabajadores no es aceptada por quienes se sienten perjudicados en sus expectativas por tal decisión. Por otra parte, la anulación de las ventajas de la categoría privilegiada ha de ser inmediata, pues si se adoptan fórmulas de carácter progresivo se estaría permitiendo el mantenimiento, siquiera transitorio o excepcional, de una situación discriminatoria. No es nueva la alusión al concepto de inderogabilidad del principio de igualdad formal para identificar la irrenunciabilidad en la eliminación de las situaciones de discriminación, ni siquiera cuando se cuenta con el consentimiento del trabajador afectado porque, para él, la situación resultara paradójicamente muy ventajosa⁶². Cualquiera de los supuestos no contempla más que meras expectativas, nunca derechos consolidados que impidieran la plena aplicación del art. 119 del Tratado⁶³.

2. Queda pendiente un problema adicional, antes aludido. Sentado ya que los efectos de la Sentencia *Barber* se extienden a partir del 17 mayo 90, fecha en la que dicha sentencia fuera dictada, surge la duda de cómo aplicar esta doctrina al período comprendido desde que se dicta la sentencia hasta que el empresario adopta una decisión uniforme para ambos sexos y cómo afectará este pronuncia-

miento a las prestaciones anteriores a la fecha de dicha sentencia. Las propuestas son de muy diversa índole. Algunas soluciones optaban por trasladar la decisión sobre el alcance de los efectos de esta sentencia a una decisión de ámbito local, considerando que el efecto constitutivo en el tiempo del art. 119 del Tratado ha de estar reservado, en todo caso, a la decisión de los órganos jurisdiccionales nacionales. Otras proponían disponer como fecha límite la del 1 enero 93, fecha fijada en el apdo. 1 del art. 8 de la Directiva 86/378/CEE para lograr la igualdad en el ámbito de la Seguridad Social básica.

Sin embargo, la decisión del TJCEE parece bien tajante y considera que desde la fecha de la sentencia hasta la fecha en que la empresa adopta una determinación al respecto, los derechos de los trabajadores masculinos deberán calcularse en función de la edad de jubilación de las trabajadoras. Ninguna justificación puede alterar esta conclusión, ni siquiera las dificultades por las que atraviesa la empresa, argumento tenido en cuenta por la Sentencia *Barber* para un período de tiempo más amplio que el que aquí se apunta. En relación a los períodos anteriores, la solución se torna sencilla: se excluye la aplicabilidad directa del art. 119 del Tratado a las prestaciones devengadas con anterioridad a la fecha en que se dictara la Sentencia *Barber*. Esto supone que si un antiguo trabajador ya era pensionista de acuerdo con un plan promovido por la empresa en la fecha en que fue dictada la sentencia o hubiera hecho efectivo el derecho a la pensión conforme a uno de estos planes, la decisión posterior del empresario en uno u otro sentido no podrá afectarle. Por contra, un trabajador que cesa anticipadamente de prestar servicios en la empresa y, en el momento de causar derecho a la prestación, se conoce ya el pronunciamiento judicial anteriormente aludido, no podrá evitar la aplicación del mismo y la solución adoptada en un sentido u otro por el empresario⁶⁴. Teniendo en cuenta, por lo demás,

⁶² Sentencia NELLEKE, en la que no se acepta ni siquiera el mantenimiento excepcional y limitado a un grupo reducido de trabajadoras.

⁶³ Sentencia C.C.E. SMITICH en la que las mujeres reclaman la indemnización correspondiente por el perjuicio sufrido al elevar su edad de jubilación de 60 a 65 años para equipararla con la de los hombres. Como señala la Sentencia BALLESTRA, la Directiva 79/7/CEE permite justificar una diferente edad de acceso a la jubilación si se deriva de una distinta forma de calcular las prestaciones objetivas y necesariamente vinculada a la distinta edad de jubilación.

⁶⁴ Sentencia MORONI.

que la equiparación de derechos de los trabajadores masculinos sobre la misma edad que las trabajadoras es una regla de imposible cumplimiento, por ejemplo, en aquellos regímenes en los que el cálculo de la pensión no se efectúa en función de la edad de la jubilación, sino en relación a otros factores⁶⁵.

c) *Colectivos especialmente vulnerables: Trabajadores a tiempo parcial, trabajadores temporales y trabajadores que prestan servicios a empresas de trabajo temporal*

1. Resulta una cuestión de hecho que los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores con contratos temporales no pueden beneficiarse de las prestaciones complementarias por cuanto las reglas de acceso a los sistemas de protección, ya nacionales ya comunitarias, se tornan excesivamente gravosas para los mismos. Si a ello se añade el protagonismo que la mujer alcanza en estos colectivos de mayor precariedad, la relación entre vulneración del principio de igualdad y protección complementaria se hace cada vez más palmaria y, por supuesto, más cuestionada, a raíz de las consideraciones expuestas en los anteriores apartados⁶⁶. Sin embargo, la defensa elaborada por el TJCEE en los pronunciamientos que sobre esta cuestión se han dado a conocer no persigue tanto el derecho a una determinada prestación, que ha de estar basada en criterios de proporcionalidad por el trabajo de menor duración realizado, sino

⁶⁵ En este sentido, y en referencia al sistema francés, LANGLOIS, Ph.: «La réversion dans les régimes complémentaires obligatoires...», *op. cit.*, págs. 424-427.

⁶⁶ Sentencia JENKIS y Sentencia BILKA. Si bien en otros pronunciamientos como los de la Sentencia NOLTE, Sentencia MEGNER y, sobre todo, Sentencia KALANKE, esta afirmación se pone en entredicho considerándose conforme la expulsión de determinadas contingencias en la protección social para los trabajadores a tiempo parcial con una duración determinada, aun a sabiendas de que este tipo de trabajo afecta más a mujeres que a hombres. El alcance de un objetivo social ajeno a cualquier consideración discriminatoria por razón de sexo justifica la adopción de medidas nacionales en este sentido.

en la eliminación de cualquier tipo de obstáculo que impida la afiliación a un régimen profesional determinado. El contenido del art. 119 del Tratado no sólo abarca el derecho a una prestación abonada por un plan de pensiones sino el derecho a participar en el mismo⁶⁷.

Recientemente esta lista de colectivos desigualmente tratados ha sido ampliada para comprender a los trabajadores de empresas de trabajo temporal. Para esta clase de trabajadores, empleados sobre la base de una reiterada renovación de contratos de duración definida, de forma intermitente, y con una prestación realizada para una variedad de empresarios, se exigen dos soluciones. En primer lugar, la posibilidad de afiliarse de forma acumulativa, de manera tal que los períodos de servicio que finalmente den derecho a la pensión se calculen mediante la suma de todos los períodos de servicio cumplidos. Y, en segundo lugar, se exige que las legislaciones de los Estados miembros permitan la existencia de planes personales de pensiones transferibles y susceptibles de recibir cotizaciones apropiadas por parte de los empresarios con un tratamiento fiscal que no sea menos favorable que el aplicado a los sistemas profesionales de pensión.

2. La inquietud manifestada en el ámbito judicial se impone también en el ámbito legislativo. Y así, tanto el Parlamento Europeo como el Consejo Económico y Social han manifestado expresamente la necesidad de que los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores temporales, junto con otros colectivos desfavorecidos como el de los trabajadores a domicilio, disfruten de idénticos derechos en materia de protección complementaria, añadiendo la exigencia de que las prestaciones que se reciban sean simila-

⁶⁷ Sentencia BILKA y STJCEE 28 septiembre 94, DO.C 304/8; 29 octubre 94, AL, 1995-2, ref. 802, págs. 1583-85. En esta misma línea, DE VAL ARNAL, J. J. y ROMÁN CASTILLO, J.: «Planes de pensiones de empresa y Derecho Social de la Unión Europea», Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social. El modelo de pensiones complementarias*, MTAS, Madrid, 1997, pág. 271.

res, los períodos de adquisición y carencia idénticos y el cálculo de los valores de transferencia o puntos de pensión se efectúe de forma análoga a la empleada para los trabajadores a tiempo completo. De lo contrario podría observarse una grave distorsión de la competencia basada en la aplicación de criterios radicalmente distintos para un colectivo cada vez más numeroso⁶⁸.

III. DIVERSIDAD DE FÓRMULAS DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA EN LOS ESTADOS MIEMBROS

1. Rasgos generales en la diversidad

1. La existencia de una diversidad casi inagotable de regímenes complementarios de previsión social en los distintos países exige orientar el análisis⁶⁹. En algunos casos el primer nivel de protección es público y obligatorio y el segundo nivel —complementario— también resulta obligatorio, basado en un sistema de capitalización (Finlandia); en otros, el nivel complementario es obligatorio pero se basa en un principio de reparto (Francia); algunos disponen de un segundo nivel no obligatorio (R. Unido) y en buena parte de ellos el nivel complementario, no obligatorio, se financia en atención a fondos no capitalizados y anotados en las previsiones de balance de las empresas (Alemania, Austria, Luxemburgo, Suecia⁷⁰). Por lo demás, la *contribución* de estos sistemas a la protección social global varía de un Estado miembro a otro y está en función del porcentaje de la población total

⁶⁸ Dictamen CES/92.

⁶⁹ Los datos comparativos que se relacionan en este epígrafe han sido extraídos de la Comunicación/91, del Libro Verde/94 y, más recientemente, del Libro Verde/97, con la correspondiente puesta al día de los mismos.

⁷⁰ El nivel de cobertura es asimismo distinto y frente a un 90% de los trabajadores del sector privado en Francia, la protección complementaria en Italia sólo destina el 5% y sólo un tercio de las pensiones en los P. Bajos, *apud*. Libro Verde/97, pág.12.

acogida a tales sistemas, las condiciones de inclusión, el importe y la estructura de las prestaciones pagadas a los afiliados a los mismos, la calidad de la promesa de prestación —si se trata de un derecho exigible— y la cuantía de la inflación junto con la indexación de prestaciones en metálico, como elemento determinante contra aquélla. Abundando en esta línea, el *contenido* de la protección complementaria se manifiesta asimismo ciertamente heterogéneo.

Pese a lo cual, la observancia de algunos rasgos comunes y de ciertas tendencias orientadas hacia un mismo objetivo permiten definir, al menos en estos aspectos, una protección social comunitaria caracterizada, en primer término, por la promoción unilateral por parte de los empleadores en beneficio de sus trabajadores; en segundo lugar, por la gestión privada con la participación de organismos independientes o compañías de seguros y, por último, basada en formas de financiación próximas a la capitalización. Algunos países presentan, con todo, excepciones dignas de mención. Es el caso del R. Unido, que reconoce la posibilidad de dotar de pensiones personales individuales y no colectivas, o el supuesto de Francia que a través de las «Caisses de Retraite», de obligada contribución, emplea el sistema de reparto dentro del marco de una gestión privada, bien que institucional y con la participación de los agentes sociales.

2. Adoptando una sistemática más específica, cabe advertir que la *afiliación* puede comprender desde determinados grupos de empleados o incluso a empleados individuales dentro de una empresa, hasta todos los empleados de un país en el caso de Convenios Colectivos de ámbito nacional por el que se establece un sistema obligatorio. Rasgo distintivo, a su vez, es precisamente el grado de obligatoriedad en la afiliación. Los trabajadores individuales pueden tener un derecho legalmente protegido a excluirse de un sistema de empresa o, al menos, a negociar la afiliación a un sistema como parte de su contrato de trabajo. O, en el extremo opuesto, ni siquiera

la empresa cuenta con la libertad deseada para excluirse unilateralmente de un sistema complementario nacional, sectorial o profesional.

Por lo demás, el *grado de protección* también varía. En un sistema basado en el salario final plenamente indexado, los trabajadores retirados deberán recibir una jubilación ajustada a la inflación (o a las ganancias) proporcional a sus ingresos últimos. Los jubilados tienen garantizado así un nivel de vida constante, absoluto o relativo (comparado con el de los trabajadores), durante toda su jubilación. De esta forma, los beneficiarios sólo habrán de soportar el régimen de insolvencia del sistema o del empresario, riesgo cuyos efectos deberían quedar reducidos al mínimo mediante: a) un control actuarial eficiente y apropiado en el caso de un sistema de capitalización previa; b) el seguro obligatorio contra insolvencias ante la existencia de reservas contables; o c) la afiliación obligatoria en el supuesto de sistemas de reparto de las aportaciones obtenidas. A diferencia del anterior, el sistema de contribución definida supone imputar las contribuciones a la cuenta del individuo, limitando la promesa de prestación al capital acumulado. En definitiva, una forma más de ahorro individual en la que trabajadores y pensionistas soportan una parte mucho mayor del riesgo que implica la previsión de vejez, dado que factores tales como la inflación, los precios inmobiliarios, los rendimientos de las inversiones, etc afectarán directamente la situación financiera de un jubilado actual o futuro.

De ahí que la forma de *financiación* constituya asimismo un elemento determinante. De las tres opciones más comunes (capitalización, reparto, previsión inscrita en el pasivo del balance), ha sido la capitalización la fórmula más empleada por la protección complementaria. La creencia de que este sistema permanece inmune a los efectos de un crecimiento demográfico ha motivado tal conexión. Son muchos los factores que pueden hacer cuestionar esta preeminencia. Los activos depositados en los fondos capitalizados

pueden ver mermar su valor no sólo como consecuencia de la actuación normal de la oferta y la demanda sino en función de factores indirectos como, por ejemplo, la tributación de las inversiones que con ellos se realicen o, de forma directa, de acuerdo con la inflación de cada momento. Existe además un efecto contraproducente para la economía. El aumento del ahorro «contractualizado» para prever determinadas contingencias mediante fondos de pensiones o contratos de seguro puede repercutir en un descenso del ahorro de las empresas contribuyendo a la baja en inversión y beneficios de la misma. Razones que aconsejan la máxima prudencia al abordar cualquier reforma por su repercusión en el flujo financiero de las grandes cuantías recaudadas por estos sistemas complementarios⁷¹.

En otro orden de consideraciones y por lo que se refiere a la *gestión*, existen sistemas creados por empresarios y gestionados exclusivamente por ellos y sistemas establecidos por las propias personas protegidas, como ocurre con los trabajadores por cuenta propia. Cabe la gestión paritaria, con base en el modelo fijado por el Convenio Colectivo u otras formas de participación de los trabajadores. Pero, en general, la gestión se realiza a través de compañías de seguros (Bélgica, Alemania, Grecia, Francia, Italia, Luxemburgo, Portugal o R. Unido), fondos de pensiones (España, Irlanda, Holanda) o excepcionalmente con cuentas personales e individualizadas con reservas obligatorias (Dinamarca). Por último, rasgo de obligada referencia es el *tratamiento fiscal* tanto de aportaciones como de prestaciones abonadas o recibidas como consecuencia de la protección complementaria. La homogeneidad en la dispensa de un trato fiscal privilegiado se muestra como una característica destacable en este punto. Por regla general, las aportaciones de empresarios y trabajadores son deducibles de los impuestos, mientras que las prestaciones están sujetas a imposición. Cierto es que, en algu-

⁷¹ Comunicación/91, pág. 9.

nos casos, los sistemas que deseen disfrutar de un estatuto fiscal favorable deberán cumplir determinadas condiciones fijadas por el legislador, lo cual permite a los gobiernos disponer de una vía para influir indirectamente en esta forma de protección social, por lo demás, difícilmente controlable⁷².

2. Fondos internos o reservas contables. Una forma de financiación en retroceso

1. No representa la fórmula de los fondos internos una fórmula extraña en los ordenamientos de los distintos Estados miembros. No son pocos los países que constituyen sistemas cuyos compromisos se encuentran respaldados por provisiones inscritas en el pasivo del balance, esto es, por reservas contables. Mediante este tipo de financiación, las empresas, en lugar de acumular activos inmobiliarios o financieros liquidables para pagar las pensiones, retienen las contribuciones y pagan las pensiones a partir de sus propios beneficios, figurando en el balance las obligaciones de pensión previstas. Un método arriesgado, en el que se comprometen sobremedida los pagos de futuro y la propia supervivencia de la empresa. Razones que obligan a las autoridades nacionales a exigir la suscripción de un seguro de insolvencia que garantice el cumplimiento de las pensiones comprometidas.

Sorprende que, pese a la escasa fiabilidad de este sistema de financiación, sean muy pocos los países que hayan optado por prohibir el mantenimiento de una protección complementaria basada en reservas contables⁷³. Destacan, por contra, aquellos otros que han

⁷² En el ordenamiento italiano, por ejemplo, la deducción se encuentra condicionada y para que el empresario italiano pueda beneficiarse de la correspondiente reducción fiscal deberá gestionar obligatoriamente sus fondos a través de la Cassa di Previdenza.

⁷³ Así lo hicieron, por ejemplo, Bélgica y los P. Bajos, autorizando exclusivamente la disposición de fondos separados —contratos de seguro o los fondos de pensiones— para llevar a cabo esta financiación.

elegido mantener esta fórmula como rasgo definidor de su protección complementaria. En algunos casos, como sucede con Portugal, porque la dimensión de las empresas no ayuda a emplear otro tipo de mecanismo; en otros, como ocurre con Italia, porque la flexibilidad permitida por el ordenamiento para organizar este tipo de fondos motiva su utilización por parte de los empresarios. Una flexibilidad limitada por la exigencia de dos requisitos: que la protección complementaria haya sido establecida en Convenio Colectivo y que su gestión se halle asegurada por una persona jurídica (Cassa di Previdenza). Pero, con todo, es quizá Alemania el ejemplo más paradigmático, debido al alcance que en este país ha tenido esta fórmula de financiación. Las empresas alemanas constituyen autónoma o negociadamente la protección complementaria, resultando extraña la contribución de los trabajadores a la financiación de estos sistemas. Con el fin de controlar este libre establecimiento, se limita el acceso a los beneficios fiscales a través de tres requisitos: a) que las reservas contables se constituyan por escrito; b) que sigan escrupulosamente las normas establecidas para las técnicas actuariales impuestas; y c) que se encuentren afiliados a un seguro de solvencia (Asociación de Seguros de Pensiones Mutuas). Su mayor efectividad radica, sin embargo, en el régimen fiscal establecido. Para la empresa, las dotaciones anuales a reservas, calculadas de acuerdo con las técnicas actuariales apuntadas, son deducibles fiscalmente; mientras, la reserva acumulada puede ser deducida de los activos gravables, introduciendo de esta forma un ahorro en los impuestos sobre el patrimonio. Por su parte, el trabajador sólo resultará gravado cuando perciba la correspondiente prestación⁷⁴. Destacan en este punto, los re-

⁷⁴ Junto a estas fórmulas, Alemania contempla no sólo la posibilidad de efectuar contribuciones adicionales a la Seguridad Social sino también la figura de los planes de pensiones además de la presencia de los fondos complementarios, esto es, entidades similares a las mutualidades o montepíos constituidas como sociedades

gímenes establecidos para estos fondos en dos países de la UE. Por un lado, Luxemburgo por cuanto, a diferencia de otros supuestos, no obliga a las empresas a asegurar su posible insolvencia para garantizar el pago de las pensiones complementarias, incrementando el riesgo de los beneficiarios. Por otro, Italia dado que en su Estatuto de los Trabajadores excluye expresamente a las reservas contables destinadas a la protección complementaria del concurso de acreedores en caso de insolvencia de la empresa, subrayando el fin tan especial que dichos fondos cumplen y al que única y exclusivamente deben ir destinados.

2. Como una fórmula particularmente eficaz y de rasgos únicos, se encuentra el sistema de protección complementaria francés. Su carácter obligatorio, su financiación mediante el sistema de reparto —frente al generalizado sistema de capitalización que caracteriza a la práctica totalidad de estas medidas— y su gestión mediante compañías de seguros, instituciones de previsión paritarias o a través de mutuas de empresa o profesionales, dotan a este sistema de una identidad especial. Si a ello se añade que los derechos adquiridos de los beneficiarios se encuentran protegidos contra la inflación mediante un sistema de «puntos» —cuyo valor permanece inalterado independientemente de cuándo se adquieran— y que se permite a los trabajadores contribuir individualmente para alcanzar el nivel óptimo deseado, su peculiaridad queda patente.

Dos instituciones, el ARRCO (Asociación de Sistemas de Pensión Complementaria) y el AGIRC (Asociación General de Instituciones de Pensiones de Mandos Superiores) concentran en torno a sí los principales recursos de la protección complementaria. El primero constituye dos tipos de reservas denominadas unas «libres» y otras de «solidari-

dad» y destinadas estas últimas a asegurar la compensación entre las cargas y los ingresos de las distintas instituciones. El segundo, a su vez, constituye reservas obligatorias que pueden ser reservas «de estabilidad», «de seguridad» y «de garantía». Las primeras, de estabilidad, se calculan con carácter anual por la diferencia entre las cuotas y las cargas para el conjunto de instituciones. Las segundas, de seguridad, deben permitir a las instituciones asociadas al AGIRC hacer frente en todo momento al pago de las cotizaciones del ejercicio y tienen fijado un máximo de un año del importe de las obligaciones. Y las últimas, de garantía, permiten mantener el nivel básico de cobertura en los casos de insolvencia.

3. Fondos externos. Una forma de financiación en auge. Particular atención a los planes y fondos de pensiones

1. La desconfianza que envuelve a un sistema de protección complementaria financiado por fondos internos ha potenciado la figura de los fondos externos como fórmula de futuro. En esta modalidad de fondos externos, la elección se muestra mayoritaria por los fondos de pensiones, especialmente los contributivos⁷⁵, por las prestaciones definidas⁷⁶ y por el establecimiento de períodos de carencia para adquirir derechos en el plan de pensiones⁷⁷. Una fórmula, la de los fondos

⁷⁵ Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Portugal y R. Unido, Alemania, Grecia y Luxemburgo, en fondos no contributivos.

⁷⁶ Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal y R. Unido.

⁷⁷ Períodos que oscilan de 5 a 8 años (Bélgica), 5 años de permanencia pero 30 años de edad (Dinamarca), 18 años de permanencia con 35 años de edad (Alemania), 5 años de permanencia (Irlanda, Luxemburgo), 1 año de permanencia (Holanda), o de 2 a 5 años (R. Unido), la devolución de cotizaciones íntegra de forma ilimitada (Grecia) o al actualizarse la contingencia (España, Francia).

anónimas por diferentes empresas para financiar las prestaciones sociales de sus empleados.

externos que, por otra parte, ha demostrado su eficacia en numerosos países del entorno europeo, destacando en este sentido el sistema británico. En el R. Unido los datos resultan especialmente significativos: del total de activos logrados por los fondos de pensiones en la UE (1.198 millares de ecus), el 65% (717 millares, aproximadamente) los poseen en la actualidad instituciones de previsión británicas que canalizan un total aproximado del 80% del ahorro familiar⁷⁸. Más del 70% de los empleados fijos del R. Unido están cubiertos por un fondo de pensiones debido a la posibilidad existente de renunciar a la denominada SERPS (Pensión Adicional Proporcional por Retribuciones) para acogerse a un plan privado de pensiones. A diferencia de los países que mantienen los fondos internos, en los que se considera excepcional, en este caso es habitual que los trabajadores contribuyan a la financiación de estos fondos externos -con una media aproximada del 4,5% de sus salarios-, lo que les habilita para percibir la reserva matemática correspondiente a partir de un determinado período (corto) de permanencia en el fondo. La legislación ha ido afianzando y mejorando la situación de los beneficiarios, permitiendo, por ejemplo, que los trabajadores que se dan de baja del sistema puedan acceder a la revalorización de sus pensiones diferidas. Como en supuestos anteriores, para disfrutar de las ventajas fiscales establecidas han de cumplirse una serie de requisitos.

Estos fondos se hallan sometidos a la supervisión de una institución creada *ad hoc* (Occupational Pension Board). Un sistema de garantías que, con ser exigente, no ha podido evitar experiencias desafortunadas que han

⁷⁸ Con un 24% del total, destacan, a continuación, los P. Bajos, *cf.* Libro Verde/97, pág. 18. De los 137,12 billones de pesetas de activos en los fondos de pensiones del R. Unido, se pasa a continuación a los 45,36 billones de los P. Bajos; a los 16,98 de Alemania; a los 2,9 de España o al 1,42 de Bélgica, por ejemplo, *cf.* MARTÍNEZ-ALDAMA, A.: «Los fondos de pensiones confirmaron su evolución positiva en el primer trimestre de 1997», *Fuentes Estadísticas*, núm. 28, 1997, pág. 17.

concluido en la más absoluta quiebra financiera de los fondos depositados por los trabajadores como consecuencia de una gestión incorrecta⁷⁹. Con el objeto de impedir que estas experiencias se repitan, la Comisión de Seguridad Social del Parlamento inglés, a propuesta de las «Trade Union» (124º Congreso Nacional), aconseja adoptar una serie de recomendaciones, destacando por su interés la necesidad de que exista una absoluta separación de los fondos respecto de los activos de las compañías incluso con una auditoría independiente y la prohibición tajante para que la empresa absorba cualquiera de los activos de los fondos de pensiones por ninguna vía⁸⁰. Con todo, algunos aspectos críticos desincentivan el recurso a esta fórmula externa⁸¹.

⁷⁹ Casos como los de Robert Maxwell o el fraude a los inversionistas de Barlow Colwes han servido de ejemplo para manifestar la ineffectividad de estos sistemas de supervisión.

⁸⁰ Propone asimismo la obligatoriedad de considerar las contribuciones a los fondos de pensiones como salario diferido, siendo propiedad, por tanto, de los miembros del plan, quienes han de participar en todas las decisiones relacionadas con las inversiones; la introducción de un sistema efectivo de garantías; la creación de una normativa restrictiva de capitales en préstamo y autoinversiones de los fondos en la compañía matriz o subsidiarias en cualquiera de las formas directas o indirectas; el establecimiento de una autoridad de supervisión con poderes para asegurar que las leyes de pensiones se cumplen, que los fondos son usados solamente con el propósito de sus interesados y que cualquier cambio de la provisión, movilización o de estructura de los fondos o de las prestaciones ha de ser consultado a los partícipes, etc., *apud* Social Security Committee, *The operation of pensions funds*, *House of Commons*, 4 marzo 92, nota 289.

⁸¹ A la estrecha relación que existe en la gestión de estos fondos mediante la inversión en acciones y valores que puede conducir a la ruina financiera como las expuestas, se añade la pérdida de poder adquisitivo de estas pensiones que permanecen estáticas, sin que en ellas repercuta el crecimiento de la inflación. Por lo demás, los dividendos obtenidos provienen de los más altos precios pagados por los consumidores y de los más bajos salarios recibidos por los trabajadores. Constituyen, por último, estos fondos una extraña manera de proporcionar pensiones puesto que dan origen a imperios financieros que amenazan con tomar posesión de la economía nacional. De ahí

2. La existencia de entidades con personalidad jurídica propia en algunos países que, como ocurre en el caso de Bélgica cuenta con la «Association sans but lucratif» (ASBL), la obligatoriedad de su constitución en otros, como Suiza, el protagonismo pleno del sistema creado por el Gobierno, que acoge a todos los trabajadores afiliados a la Seguridad Social, como ocurre en Grecia, o la presencia de diferentes fórmulas de cobertura, como sucede en Holanda [sistema de prestaciones fijas —todos contribuyen por igual y perciben según los años cotizados—; sistema de acumulación —la protección se determina de acuerdo con el último salario recibido—; sistema de años de servicio —se obtiene una cantidad determinada por cada año de trabajo—; o, por último, sistema de edad —la cantidad varía según la edad de acceso al sistema—], imprimen nuevos rasgos al régimen de los fondos externos.

En la mayor parte de los supuestos la garantía se establece a través del control de las reservas técnicas y de las inversiones, observando que, en gran medida, los recursos se invierten en renta fija (pública o privada) tanto nacional como extranjera⁸². Algunos casos destacan por su peculiar régimen fiscal que puede llegar a ser diferente en cada localidad, teniendo en cuenta que las entidades gestoras de los planes pueden negociar libremente el sistema fiscal aplicable en cada localidad⁸³. Sólo determinados supuestos contemplan algunos beneficios para la empresa si la gestión del fondo obtiene una rentabilidad adecuada⁸⁴. Por lo general, dicha gestión se realiza de forma interna, garantizando la

representatividad en los órganos superiores de gestión y control de trabajadores y empresarios. Siendo, sin embargo, cada vez más habitual acudir a fórmulas que combinan la gestión interna con la externa y para determinadas operaciones como la inversión de recursos, y, en algunos supuestos, incluso para la gestión económica y financiera íntegra de los fondos se recurre a entidades especializadas como las compañías de seguros⁸⁵.

3. Algunas fórmulas de protección complementaria externa gozan de una personalidad jurídica más definida y consolidada. Asociaciones, fundaciones, cooperativas, mutualidades de previsión social o mutuas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se caracterizan por una base asociativa o fundacional, de adscripción voluntaria u obligatoria, que responde fielmente a la finalidad de previsión complementaria. Aun cuando el régimen jurídico de estos sistemas se encuentre más definido en cada uno de los Estados miembros que el que se refiere a los fondos de pensiones o al contrato de seguro, existe la pretensión futura —pero firme— de crear una Mutualidad Europea⁸⁶ cuyo objeto principal, la previsión complementaria, será compatible con otro tipo de actividades. Objetivo prioritario del Estatuto que regirá a esta Mutualidad será la obtención de las ventajas del mercado europeo en similares condiciones a las sociedades anónimas, sin para ello perder su condición de sociedad personalista. A él se suma la intención de facilitar el libre establecimiento, la libre competencia, el desarrollo económico y la capacidad para efectuar actividades transaccionales dentro y fuera de la UE.

que algunos autores los consideren como una «forma arcaica e ineficaz de asegurar las pensiones a la población» (JAMES, C.: «Los Fondos de Pensiones, el fracaso de la previsión privada», *TL*, núm. 3, 1985, págs. 9-33).

⁸² Así, en Bélgica el 20% de las inversiones se hace a través de acciones y sólo un 6% en inmuebles.

⁸³ Bélgica, a través de la ASBL.

⁸⁴ Y, únicamente en algunos casos, se premia la opción por un contrato de seguros respecto de un plan de pensiones. Así, en Holanda se aplica el denominado «descuento SL» que permite efectuar un descuento en la

prima a abonar por la empresa cuando los rendimientos obtenidos por la compañía de seguros para el fondo sean superiores a un porcentaje (4 ó 5%).

⁸⁵ TAMBURI, G.: «Les retraites complémentaires dans l'Europe communautaire: quelques aspects», AAVV, *Les retraites en France. Le rôle des régimes complémentaires. Notes et études documentaires*, La Documentation Française, París, 1994, vol. 5, págs. 95 y 96.

⁸⁶ Proyecto de Estatuto de la Mutualidad Europea (DO.C. 236, 31 agosto 93).

Definida como una agrupación de personas que garantiza a sus socios, mediante el abono de una cotización, el pago íntegro de los compromisos contractuales adquiridos en el marco de las actividades autorizadas por los estatutos (previsión, seguros, asistencia sanitaria, crédito, etc.), la Mutualidad Europea admite que la previsión complementaria de las mutualidades de previsión nacionales pueda articularse a través de la actividad aseguradora (art. 1). Su creación podrá garantizarse o bien con el interés manifestado por un mínimo de dos mutualidades de previsión social que tengan su domicilio social y su administración central en, como mínimo, dos Estados miembros o bien con un mínimo de 550 personas físicas que residan al menos en dos Estados miembros cuando su objeto esencial sea ajeno a la previsión (art. 2 del referido Proyecto). «La consagración de las mutualidades de previsión social como entidades aseguradoras, sin perjuicio de que su objeto pueda comprender otras prestaciones sociales»⁸⁷ queda garantizada, si el mencionado Proyecto, superando las serias dificultades que le circundan, llegara a convertirse en norma. No obstante, la crítica a la permanente confusión en el mismo de las mutualidades de previsión con las mutuas de seguros —entidades que conocen un tratamiento muy distinto en la práctica totalidad de los países europeos—, podría hacer fracasar la constitución de la citada Mutualidad Europea, aun no habiéndose dudado en manifestar que la Mutualidad es, desde una perspectiva internacional, «el instrumento preferente para completar las prestaciones básicas de la Seguridad Social»⁸⁸.

⁸⁷ ALMAJANO PABLOS, L. M.: «Normas y propuestas normativas comunitarias en materia de previsión social complementaria. En particular, los compromisos por pensiones con los trabajadores», *Actualidad Administrativa*, 1994, t. I, pág. 181.

⁸⁸ GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El Mutualismo de Previsión y la Seguridad Social complementaria en España», en AAVV, *El sector no lucrativo en España*, Escuela libre editorial, Madrid, 1993, pág. 342.

IV. UN PRINCIPIO DETERMINANTE PARA EL FUTURO DE LA PROTECCION SOCIAL COMPLEMENTARIA EUROPEA: LA LIBRE CIRCULACION DE CAPITALES

1. Pago de prestaciones y libre movimiento de capitales

1. De acuerdo con el art. 8 A del Tratado, el mercado interior supone un espacio sin fronteras interiores en el que se garantiza la libre circulación de capitales. La prohibición general contenida en el art. 73 B del Tratado impidiendo toda restricción a los pagos y al libre movimiento de capitales alcanza también a la previsión complementaria de las empresas. Cualquier limitación a la transferencia de las prestaciones o a la acumulación de las cotizaciones en los regímenes complementarios sería contraria a este principio. La aplicación, pues, de la Directiva 88/361/CEE que desarrolla esta materia —aun cuando la referencia explícita del desarrollo del art. 67 del Tratado haya de entenderse en la actualidad hecha al art. 73— no merece duda alguna⁸⁹, incluso para evitar el posible alcance de una vulneración de la libre competencia postulada por el art. 85 del Tratado, como ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia comunitaria⁹⁰.

Esta referencia supone que las prestaciones complementarias puedan ser abonadas y, por tanto, percibidas en cualquier lugar de la

⁸⁹ MATTERA, A.: *El mercado único europeo. Sus reglas. Su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, en especial, págs. 547-602, FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: «Acerca de la invocabilidad del Derecho comunitario sobre la libre circulación de capitales», *GJCE*, D-13, págs. 51-84 y «La libre circulación de capitales ante la UE», AAVV, *Cuestiones actuales de Derecho comunitario europeo*, vol. II, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1993, págs. 99-123. Como tampoco merece duda la aplicación en este ámbito de las Directivas sobre seguro de vida, Primeras, Segundas y Terceras Directivas, en particular, la 85/611/CEE, 89/646/CEE y 92/96/CEE.

⁹⁰ LAIGRE, P.: «L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale», *Droit Social*, núm.1, 1996, págs. 82-96.

UE o, lo que es lo mismo, la imposición de un *pago transfronterizo* de la pensión complementaria. Una conclusión importante no sólo para quienes en su día trabajaron al servicio de empresarios en diferentes Estados sino también para quienes, tras finalizar su vida activa, se instalan en otro país y siguen percibiendo periódicamente las prestaciones complementarias. Por esta razón y porque, en definitiva, se trata de pensiones privadas con un grado de autonomía muy superior a las pensiones públicas, no tiene sentido la exigencia del requisito de residencia que, por lo demás, obstaculizaría la exportabilidad de estas pensiones⁹¹.

2. Es importante destacar a estos efectos que se consideran «organismos de previsión» tanto a los fondos internos como externos que ofrecen protección complementaria, constituyendo una de las instituciones financieras de mayor envergadura en cuanto a los activos controlados por las mismas. Como reconoce la Comisión, los organismos de previsión constituyen «entidades *sui generis*, que se cuentan entre las mayores y más importantes entidades financieras de la Comunidad y, a menudo, representan una posibilidad más de proporcionar las mismas prestaciones que facilitan otras entidades financieras que con ellas compiten». Razón por la que resulta difícil aceptar que se encuentren sometidos a las legislaciones nacionales que, directa o indirectamente, exigen que una determinada proporción de fondos de pensiones sea invertida en el mercado de capital del propio Estado miembro o en categorías determinadas de valores⁹². En la actualidad, existen algunas

medidas que han servido para paliar los efectos contraproducentes de una falta de adecuación entre la libre circulación de capitales y la protección complementaria. Por un lado, la Directiva 93/22/CEE ha facilitado la eliminación de algunos obstáculos, en particular, la evaluación de los intereses generados como consecuencia de las inversiones efectuadas en el ámbito comunitario. Por su parte, se afirma que la incorporación de la moneda única tenderá a reducir igualmente muchos de los obstáculos actuales, así como los costes de transacción y los retrasos en las decisiones de los inversores⁹³.

Pese a ello, incluso las últimas Propuestas dadas a conocer dejan sin resolver algunos problemas de especial trascendencia. Dos son los riesgos principales que ha de soportar todo tipo de protección complementaria: los denominados riesgos de crédito y los riesgos de mercado⁹⁴. En el primer caso, los compromisos adquiridos no se satisfacen por la quiebra de la empresa emisora o por el desentendimiento de los poderes públicos emisores. En el segundo, el valor de los activos sufre un descenso imprevisto que impide respetar los compromisos adquiridos, dejando el emisor sin liquidar una buena parte de su cartera. En este último supuesto, la interacción del mercado de capitales junto al buen quehacer profesional de los inversores podrá paliar su efecto. No parece que resulte muy operativa, por lo demás, la facultad que la Directiva 88/361/CEE concede a los Estados miembros en su art. 4 para que aprueben las medidas oportunas

⁹³ Comunicación/91, pág. 7.

⁹⁴ Dentro de esta dualidad se contemplan las principales manifestaciones: una mala gestión de los recursos y activos que prive a los beneficiarios presentes o potenciales de sus derechos a prestaciones; el surgimiento de acontecimientos imprevistos que puedan afectar negativamente a los derechos individuales, como la quiebra, insolvencia, liquidación de la empresa patrocinadora, fusión y adquisición de empresas y situaciones análogas; y, por último, el ejercicio de prácticas que rebajen las expectativas de los miembros de una prestación justa, incluyendo el peligro de la inflación, *cfr.* Libro Verde/94, pág. 96.

⁹¹ De ahí que el art. 5 PDC/97, garantice el pago íntegro en otro Estado miembro distinto a aquel en que se constituyó la protección complementaria, tal y como ocurría ya, por lo demás, en el art. 5 PDC/96. En este mismo sentido, Libro Verde/97, pág. 107.

⁹² Las definiciones adoptadas en esta materia se encuentran incluidas en el Documento sobre *Realización del Mercado Interior de los Fondos de Pensiones*, 1990 y se efectúan, en todo caso, de conformidad con una relación negativa contenida en el Anexo del Reglamento 1408/71 en el que se recogen las instituciones de Seguridad Social.

destinadas a evitar la contravención de leyes y reglamentos, entre otras materias en lo que respecta a la supervisión cautelar de entidades financieras. Destaca expresamente la laguna legal que se mantiene en torno a la prevención de posibles déficits de los fondos de pensiones o la total quiebra del sistema, precaución adoptada por otros ordenamientos extraños al ámbito comunitario (sirva, así de ejemplo, la *Pension Benefit Warranty Corporation* en los EEUU). Como tampoco parecen haber resultado muy efectivas las Directivas 75/129/CEE, 88/187/CEE u 80/987/CEE en las que se exige la protección tanto de los trabajadores en activo como jubilados en caso de traspaso de empresas o de insolvencia de las mismas, incluidos los derechos derivados de su protección social complementaria.

Sólo algunas normas nacionales aprobadas como consecuencia de la Directiva 88/361/CEE han intentado regular las transacciones económicas en el exterior para evitar que se generen situaciones de falta de garantía como las apuntadas. En nuestro ordenamiento, el RD 1816/91 de 20 de diciembre, (BOE, del 27)⁹⁵ limita a situaciones excepcionales la posibilidad de prohibir la realización de determinadas categorías de transacciones con el exterior «o de las correspondientes operaciones de cobro, pago o transferencia, cuando éstas afecten gravemente a los intereses de España, o en aplicación de medidas adoptadas por organismos internacionales de los que España sea miembro» (art. 3.1), a través del correspondiente trámite de verificación o declaración previas (art. 8). Por su parte, la Ley 18/92, de 1 de julio (BOE, del 3) y los RRDD 671/92 y 672/92, de 2 de julio (BOE, del 4) concretan las posibilidades de inversiones extranjeras en España (RD 671/92) y las inversiones españolas en el exterior (RD 672/92), si bien con especial incidencia en algunos sectores de cualificada relevancia en

esta materia (juego, televisión, transporte aéreo, etc). Los titulares de inversiones extranjeras podrán invertir en nuestro país sus capitales en las mismas condiciones que los residentes en España, siempre que se ajusten a los requisitos establecidos en la legislación española y, en particular, en las normas antes citadas. Las inversiones permitidas serán tanto las inversiones directas, como las inversiones de cartera, en bienes inmuebles o en otro grupo más heterogéneo como las cuentas en participación, comunidades de bienes, agrupaciones de interés económico, cooperativas, etc. Sólo la adopción de este tipo de normas compatibles, en todo caso, con el libre movimiento de capitales y la libre prestación de servicios podrán contribuir a consolidar un sistema comunitario de protección complementaria.

2. Gestión e inversión de recursos

1. La mayor dificultad en la aplicación de este principio viene determinada, en buena medida, por el control de la gestión e inversión de los recursos depositados en los fondos de previsión complementaria. El redimensionamiento alcanzado por este tipo de protección obliga a una más adecuada adaptación de estos fondos al mercado de capitales ya que, de lo contrario, todas las cantidades depositadas y las posibles inversiones a efectuar se verán imposibilitadas, debilitando la liquidez y la eficacia de estos fondos si sus recursos permanecen dispersos en cada Estado miembro. Parece razonable considerar que las prestaciones puedan ser incrementadas cuando exista un excedente proveniente de las inversiones efectuadas, por lo que la buena gestión y la garantía de un rendimiento alto sobre las mismas interesa sobremanera al beneficiario. Si se garantizan operaciones entre instituciones financieras a nivel comunitario no sólo se prevé una mejora del funcionamiento del mercado europeo de capitales sino que se incrementarán los recursos finan-

⁹⁵ Modificado recientemente por RD 1638/96, de 5 julio, BOE del 9 y desarrollado por la OM, 27 diciembre 91, BOES, 31 diciembre y 20 enero 92.

cieros disponibles por cuanto quedará garantizado un descenso en los costes y una mayor liquidez de los mismos ⁹⁶. Destaca, pues, la ausencia de normas comunitarias destinadas a evitar este riesgo. Sólo la guía del principio genérico de la actuación de un buen padre de familia o la referencia a las reglas generales de la prudencia y la diligencia sirven como límite a tan incontrolable acto ⁹⁷.

De ahí que la Comisión se haya propuesto delimitar más las exigencias de control a través de una Propuesta de Directiva que no tuvo, en un primer momento, gran fortuna en su tramitación legislativa. La indefinición de algunos conceptos y las reticencias de muchos Estados a aceptar determinadas pautas de control han llevado al fracaso a esta Propuesta, obligando a la Comisión a proponer otra Directiva con un número mayor de cautelas. Sin embargo, ni siquiera esta predisposición ha permitido avanzar en el logro de una solución al respecto al retirar la Comisión su última Propuesta debido al «estancamiento de las negociaciones con los Estados miembros en el seno del Consejo» ⁹⁸. En par-

⁹⁶ Libro Verde/97, pág. 23. *Vid.*, a este respecto, DAYKIN, Ch. D.: «Gestión y control financieros de los regímenes de pensiones complementarios», *RISSE*, núms. 3-4, 1995, págs. 87-103.

⁹⁷ Los activos han de ser invertidos «con el mismo cuidado, pericia, prudencia y diligencia, según las circunstancias imperantes, que pondría un buen padre de familia», Propuesta modificada de Directiva, 22 junio 93 [DO.C 171/13, COM 93/237-SYN 363]. Aunque, lógicamente, atendidos por algunos criterios objetivos como las mínimas exigencias de solvencia, las correspondientes reglas y provisiones técnicas, las restricciones en materia de movilización de capital, etc. Existen en todos los ordenamientos una serie de puntos comunes a este respecto: necesidad de una autorización de la autoridad competente; posibilidad de subordinar esta autorización a una serie de criterios (honorabilidad y competencia de los gestores, forma jurídica adoptada para constituir el fondo, etc.); sometimiento a declaraciones periódicas, etc.

⁹⁸ A la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la libertad de gestión e inversión de los fondos de los organismos de previsión para la jubilación [91/C/312/04, COM (91) 301 final-SYN 363], aprobada por la Comisión el 21 octubre 91 le fueron presentadas una serie de

particular, se reprocha a la Comisión el haberse negado a hacer aceptable el texto para una mayoría de Estados miembros introduciendo para ello algunas modificaciones que cambiarían completamente el sentido de la Directiva y serían contrarias a sus objetivos, por lo que, en lugar de suprimir los obstáculos a la prestación de servicios y a la libertad de inversión, habrían legitimado dichos obstáculos» ⁹⁹.

2. La pretensión para garantizar mayores cautelas radica en exigir que los activos sean invertidos según las modalidades que se adapten a la naturaleza y duración de los compromisos correspondientes al nivel de la provisión alcanzada con ellos, con el requerimiento de cumplir la seguridad, calidad, liquidez y rendimiento de la institución de la jubilación, «de acuerdo con los intereses económicos a largo plazo de los beneficiarios y de los afiliados al plan» ¹⁰⁰. En contrapartida a la libertad de inversión que tienen los gestores, guiados exclusivamente por los criterios comerciales y por las cautelas que mejor consideren, los ahorradores deben estar sometidos al menor riesgo posible y han de beneficiarse de la mayor rentabilidad que pueda ser obtenida con los activos invertidos. Se impone, por ello, que dichos activos sean diversificados convenientemente para evitar toda acumulación excesiva de riesgos en el conjunto de su administración. Y, asimismo, se

modificaciones por el Parlamento [DO.C 337/123, 21 diciembre 92]. Con posterioridad la Comisión elaboraría una proposición para modificar la Directiva del Consejo concerniente a la libertad de gestión y de inversión de los fondos reunidos por las instituciones de jubilación (propuesta presentada por la Comisión el 26 de mayo de 1993), cuyo texto último es de 22 junio 93 [DO.L núm. 171/13].

⁹⁹ Comunicación sobre un Mercado Interior de Fondos de Pensiones [94/C 360/08]. *Vid.* Comunicación de 7 diciembre 94 [DO.C, 17 diciembre 94. Comunicación de la Comisión relativa a la libertad de gestión e inversión de los fondos de las instituciones de pensiones, COM/49 591].

¹⁰⁰ Enmienda 3 del Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva de 21 octubre 91 [DO.C, 12 diciembre 92].

aconseja una consideración global de la inversión, adecuando los objetivos a los resultados y a la capacidad de riesgo de la entidad y no en función de cada inversión individual¹⁰¹.

Mas los Estados miembros no pueden obligar a las instituciones de pensiones a realizar inversiones mínimas o máximas, a invertir o abstenerse de hacerlo en categorías específicas de activos, ni a localizar sus activos en un Estado miembro concreto, ni a imponer la congruencia de divisas, que podrían limitar las posibilidades de inversión transfronteriza, salvo por razones cautelares debidamente justificadas. Por regla general, se establece la obligación de que los organismos de previsión posean más del 80% de sus activos en divisas congruentes, una vez considerada la repercusión de cualquier posible instrumento de cobertura frente al riesgo de cambio que posea la entidad. Sin embargo, cuando se trate de organismos de previsión para la jubilación cuyos compromisos no estén fijados en términos monetarios, sino que estén vinculados a futuros niveles salariales, ese porcentaje podrá reducirse al 60%. En este sentido, el Parlamento Europeo recomienda que la inversión en acciones u obligaciones de la empresa o empresas promotoras o asociadas se mantenga en el 15% como máximo de las propiedades del organismo¹⁰², incluidas las reservas libres del mis-

mo¹⁰³. Se pretende así cumplir uno de los principales objetivos; que los recursos de los fondos sean invertidos en territorio de la UE con el fin de estimular el crecimiento, reducir el desempleo y ayudar a las regiones más desfavorecidas. Con ser constante esta recomendación, se anima, además, a que las inversiones efectuadas fuera de la UE tengan como objetivo principal la ayuda a países subdesarrollados o en vías de desarrollo. Se consigue así que los excedentes sean empleados con el propósito de liquidar deudas o de aumentar los beneficios de las empresas promotoras.

Con todo, y para confirmar aún más la protección de los beneficiarios ante una de-

Propuesta de Directiva de 21 octubre 91 [D.O.C., 12 diciembre 92].

¹⁰³ La forma de invertir varía considerablemente y frente a la decisión de países como R. Unido e Irlanda que marcan una preferencia por las acciones (80%) en lugar de las obligaciones, otros países como Alemania o Francia prefieren invertir en títulos de cuantía fija como las obligaciones públicas (75% Alemania y 67% Francia) y no en acciones que soportan una confianza mucho menor (11% y 14%, respectivamente). En general, se constata cómo, a largo plazo, la inversión en acciones tiende a ser mucho más rentable que la inversión en obligaciones. Los depósitos en valores inmobiliarios o en cantidad a corto plazo son relativamente limitados como ocurre con los activos extranjeros, a excepción de R. Unido y P. Bajos que mantienen una confianza mayor en estos últimos. Las técnicas más modernas de gestión de riesgo son partidarias de seguir una gestión activos/pasivos basada en un mayor rendimiento de los activos a largo plazo, compensando el incremento del riesgo a través de la diversificación en la colocación de la inversión. De esta forma, un activo con un rendimiento elevado y con un riesgo alto puede ser compensado con otro activo de rendimiento y riesgo elevado. Una concentración excesiva en puntos que pudieran ser considerados como seguros, incrementa innecesariamente el riesgo de la inversión por lo que no debiera optarse ni por acciones ni por obligaciones únicamente. No obstante, algunos países imponen restricciones a la inversión. Así, Alemania establece un máximo de inversión del: 30% en acciones (un 6% en terceros países); 25% bienes inmobiliarios europeos, 6% de obligaciones no europeas, 20% de activos extranjeros y 10% de activos de la propia empresa y el resto libre, *cfr.* Libro Verde/97, págs. 18-25.

¹⁰¹ Comunicación 22 junio 93 [D.O.C., 171/13] y Comunicación de la Comisión 17 diciembre 94 [94/CE 360/08]. Realizar las inversiones sobre la base del valor actual o del valor de mercado supone tener que elegir una tasa de interés lo más acertada posible para evaluar las obligaciones que se generan con las mismas. Para efectuar una prudente evaluación habría que aplicar la regla de fijar un valor bajo a los activos de naturaleza especulativa y permitir que sólo se tengan en cuenta una determinada proporción de activos, con el objetivo de evitar depender exclusivamente de la colocación en una empresa, propiedad o tipo de inversión en particular, DAYKIN, Ch. D.: «Gestión y control financieros...», *op. cit.*, pág. 97.

¹⁰² Propuesta modificada de Directiva 22 junio 93. Estas son las obligaciones impuestas por las Directivas 92/96/CEE, 89/646/CEE o la 85/611/CEE. El Parlamento Europeo propone, sin embargo, la supresión de este apartado, Enmiendas 13 y 18, respectivamente, de la

fectuosa gestión, el Parlamento Europeo requiere que, en el caso de insolvencia del empleador, se encuentre garantizada la prestación de los derechos de pensión a cargo de la propia empresa empleadora (compromiso directo de pensión) o de los que responda directamente, mediante un seguro de insolvencias o un aval del Estado. Nada impide, a este respecto, que las cuentas anuales de las auditorías o supervisiones efectuadas, se confeccionen de conformidad con los requisitos nacionales y que sean aprobadas en un plazo breve —seis meses se indica— después de la terminación del ejercicio. Ciertamente, habrán de ser auditadas por un contable colegiado o por cualquier otra persona con las cualificaciones suficientes, siempre que prueben su independencia respecto del organismo promotor. En este sentido se especifica que no podrán ser auditores o profesionales ni los miembros o directores del organismo de previsión, ni el promotor ni los directores o empleados del promotor. Los Estados miembros deberán exigir la publicación en el informe anual del organismo de previsión de las clases globales de inversión, por ejemplo, los porcentajes de inversión en títulos, bonos, bienes e inmuebles y otros, siempre que dicha exigencia no equivalga a una limitación o restricción previa de la inversión ¹⁰⁴.

3. En este ámbito, resulta imprescindible que los responsables de la inversión tales como gestores o depositarios de una entidad y sus delegados, esto es, administradores y asesores externos e internos, actúen conjuntamente en beneficio exclusivo de partícipes y beneficiarios ¹⁰⁵. De esta forma, los contratos

¹⁰⁴ Enmiendas núms. 5, 6, 15, 19, 22, 24 y 25, respectivamente del Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva de 21 octubre 91 [DO.C 12 diciembre 92].

¹⁰⁵ El Parlamento Europeo proponía en sus Enmiendas que los Estados miembros exigieran que, al menos la mitad de la junta de gestores o del consejo de administración o de los responsables de la inversión de los activos de un organismo de previsión para la jubilación, estuviera constituida por representantes de sus partícipes o beneficiarios o de los afiliados al plan (Enmienda 9).

celebrados entre una institución de pensiones y los prestadores de servicios han de incluir disposiciones que obliguen a los mismos a proporcionar a la autoridad responsable de la supervisión de la institución de pensiones la información necesaria para que dicha autoridad llegue a un conocimiento pleno de los activos de la institución o a cumplir la prohibición de libre disposición de estos activos impuesta por dicha autoridad ante la institución de pensiones y cuando dicha información o prohibición sea necesaria para el buen desarrollo de las tareas de supervisión cautelar de la autoridad competente (apartado 2.3.3).

Los Estados miembros que permitan que las inversiones de los organismos de previsión sean gestionadas por alguien ajeno a la entidad no restringirán el derecho que asiste a dichas entidades a elegir gestor de las inversiones ni las someterán a autorización previa alguna ¹⁰⁶. A estos efectos, la Comisión precisa el concepto de la «institución de pensión» susceptible de beneficiarse de esta libertad de gestión ¹⁰⁷ y establece la habilitación por parte de los Estados miembros para posibilitar que dichas instituciones puedan elegir para una parte o para la totalidad de los activos a un gestor de inversiones establecido en otro Estado miembro y debidamente autori-

¹⁰⁶ Art. 3, texto ultimado el 22 junio 93 (DO.C 171/13).

¹⁰⁷ Se considera como tal a toda «institución o fondo establecido independientemente de cualquier empresa participante o de otro tipo de organismo participante con el fin de financiar prestaciones de jubilación complementarias, incluidas las previstas en la legislación sobre Seguridad Social, y que constituye reservas susceptibles de invertirse en activos» (apdo. 2.1.1). Admitiendo como prestaciones de jubilación a las «prestaciones en forma de una suma global o pensiones, ya sean vitalicias o temporales, que se pagan por motivos de muerte, invalidez, cese de la actividad laboral o al alcanzarse una edad de jubilación determinada, o subsidios por enfermedad o indigencia que sean complementarias de las prestaciones mencionadas. En el marco de esta definición, las prestaciones que sustituyen a las reglamentarias de la Seguridad Social se consideran prestaciones de jubilación» (apdo. 2.1.2).

zado para dicha actividad. No en vano, la libre prestación de servicios requiere no sólo que los prestadores del mismo puedan ofrecerlo en toda la Comunidad sino también que aquellos que lo requieran puedan libremente seleccionar a un prestador no establecido en su propio Estado miembro, siempre que se halle debidamente autorizado (apdo. 2.3.1). En todo caso, se recomienda a los Estados miembros que permitan o exijan que los activos estén en manos de un depositario, que dichos «depositarios sean independientes económica y jurídicamente de las empresas promotoras»¹⁰⁸ y que se encuentren autorizados para su ejercicio de acuerdo con la Directiva 89/646/CEE. Esta libre elección fomentará la competencia entre compañías de seguros, bancos, sociedades de inversión y, en general, cualquier institución dispuesta a captar clientes, facilitando la integración y liberalización gradual de los mercados financieros europeos.

En todo caso, el comportamiento de los gestores se encuentra condicionado por factores de muy distinta índole. La oferta de capital depende, básicamente, de elementos de naturaleza nacional. Factores macroeconómicos como el nivel de la deuda pública, el ahorro interior agregado o la tasa de inversión industrial o las tendencias de la inflación, de los tipos de interés y de la rentabilidad de las empresas o el contexto institucional, jurídico y regulador de la inversión, predeterminan cualquier decisión al respecto. Por lo que se refiere a la demanda, su posición es, sin embargo, privilegiada. Las previsiones a largo plazo les permiten desarrollar estrategias de inversión dentro de las cuales encajar riesgos como el rendimiento o la liquidez de los activos que, de otra forma, deberían ser asumidos como tales¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Enmiendas 10 y 11 del Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva de 21 octubre 91 [DO.C 12 diciembre 92].

¹⁰⁹ Libro Verde/94, pág. 119.

V. PRINCIPALES PROBLEMAS EN EL PROCESO DE UNIFORMIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA.

1. Determinación del marco jurídico adecuado

1. En todas las propuestas que se han sucedido sobre la materia ha sido la Directiva el instrumento jurídico elegido. Como señala la PDC/97, es éste y no otro el que mejor representa la necesaria regla de la subsidiaridad legislativa, en la medida en que se limita a fijar grandes objetivos a alcanzar por los Estados miembros sin entrar en los detalles precisos de organización o funcionamiento en cada uno de ellos. En tanto existe una multiplicidad de regímenes complementarios, en su mayor parte no obligatorios, se propone únicamente el establecimiento de un marco general de objetivos, dejando que sean los Estados los que elijan libremente las medidas a adoptar para ponerlos en práctica. Habrían de ser los agentes sociales quienes, al modo en que participan en el ámbito nacional, intervinieran en la fijación de las condiciones de adquisición de derechos, los métodos de financiación, el nivel de prestación, la transferibilidad de los derechos adquiridos, etc, en el ámbito comunitario¹¹⁰.

Las dificultades de creación de un marco unívoco sobre esta materia han venido dadas por razones muy distintas. Por un lado, la reticencia mostrada para crear un mismo marco jurídico para el sistema de seguros y para la protección complementaria. La adopción de diferentes perspectivas para resolver los problemas surgidos en uno u otro sistema impide que se consolide un tratamiento uniforme de la protección complementaria. Por otro lado, no faltan quienes consideran que cualquier Directiva sobre esta materia es innecesaria.

¹¹⁰ Informe del Grupo de Alto Nivel de libre circulación de personas presentado a la Comisión el 18 marzo 97, pág. 106 e Informe de la Comisión sobre la PDC/97, Bruselas, 8 de diciembre 97 COM(97) 486 final, pág. 5.

saría por cuanto los activos depositados en los distintos fondos —internos o externos— de las empresas se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 88/361/CEE. El estancamiento se debe, a su vez, a la postura contraria defendida por algunos Estados miembros (Italia o Portugal, por ejemplo) que, habiendo efectuado un importante esfuerzo de promoción activa de los fondos de pensiones, confían en invertir los activos en el ámbito nacional, fracasando en su pretensión si se facilita la expatriación del ahorro en beneficio de mercados extranjeros más rentables. De ahí que no falten quienes cuestionen la afirmación de que la legislación europea sobre pensiones complementarias ha de ser una prioridad legislativa dado que desencadenaría mejoras paralelas de las transferencias nacionales de derechos de pensión. La evidente rigidez de las distintas estructuras de pensiones complementarias observadas en los distintos países, el diferente recurso a los contratos tradicionales de seguro y la naturaleza voluntaria de diversos regímenes de pensiones plantean numerosas dudas sobre la efectividad de una legislación en este punto¹¹¹. Advértase, además, que los Estados miembros no tienen incentivo específico que les obligue a modificar espontáneamente el método de legislación, financiación y supervisión de las pensiones complementarias.

No cabe duda en cualquier caso de que el papel legislativo de la UE en este punto será determinante dado que cualquier error que se cometa, al tratarse de sistemas aún no suficientemente consolidados en el ámbito nacional, podrá suponer no sólo el estancamiento sino incluso el retroceso de estos regímenes. De ahí que vaya adquiriendo cada vez más peso la voluntad de crear un «Foro Europeo de Pensiones» en materia de derecho a pensión complementaria para la migración transfronteriza¹¹². Un lu-

gar de debate integrado, principalmente, por los interlocutores sociales, los administradores de los fondos de pensiones (a través de representantes) y las autoridades reglamentarias nacionales. Ya en las últimas propuestas legislativas este Foro se ha convertido en un «Foro Comunitario de Pensiones» en el que cada Estado designará una persona para representarle y en el que la Comisión nombrará seis representantes de los agentes sociales y seis de los planes de pensiones complementarios a partir de las propuestas de las organizaciones más representativas, estando auspiciado en todo momento por la Comisión. Si este Foro fuera finalmente crecido, le estarán encomendadas, como principales funciones, el seguimiento del impacto de las decisiones legislativas y la mediación para facilitar la negociación de acuerdos sobre transferibilidad e intercambio de informes de expertos a los agentes sociales, entre otras. No habiendo sido fijado el plazo concedido a los Estados miembros para promover las leyes, normas o disposiciones normativas necesarias, bastará con que al final de dicho período los agentes sociales hayan adoptado conjuntamente acuerdos referidos a ciertos aspectos de esta pretensión normativa¹¹³.

2. Garantía de la afiliación transfronteriza y reglas de adquisición de derechos

1. La consecución de una mayor flexibilidad en los requisitos para la adquisición de los derechos complementarios puede constituir un elemento determinante para la eliminación de obstáculos a la movilidad de los trabajadores asalariados¹¹⁴. La necesidad de

¹¹³ Arts. 8 y 13 PDC/97 e Informe del Grupo de Alto Nivel de libre circulación de personas presentado a la Comisión el 18 marzo 97, pág. 109.

¹¹⁴ Recomendación 92/442/CEE, punto 1.5 (h). La coexistencia de regímenes basados en una afiliación voluntaria y una afiliación obligatoria ha llevado a proponer que queden fuera del tratamiento comunitario aquéllos, circunscribiéndolo únicamente a estos últimos. Así, en Nota sobre «El contenido de una eventual propuesta de la Comisión para la salvaguarda de los derechos a pensión pro-

¹¹¹ Libro Verde/94, págs. 139 y 156, respectivamente.

¹¹² Informe del Grupo de Alto Nivel de libre circulación de personas presentado a la Comisión el 18 marzo 97, págs. 106 y 107.

una afiliación transfronteriza ha sido puesta de manifiesto en el ámbito de la UE, exigiendo incluso que se concentren en un solo órgano las decisiones a adoptar a este respecto para garantizar su mejor aplicación¹¹⁵. En especial, este tipo de medidas se impone para sistemas colectivos tales como sociedades multinacionales o empresas de dimensión comunitaria, cada día más numerosas. El Consejo Económico y Social propone para estos supuestos la definición de un formato y de unas normas del modelo de Régimen Complementario Europeo de Pensiones, eventualmente como anexo al Estatuto de la Sociedad Europea.

El objetivo sería que las compañías europeas, de acuerdo con la definición que figura en el Estatuto citado, pudieran adoptar este régimen específico para cubrir a sus empleados en todos los Estados miembros, sometidos expresamente a este régimen común¹¹⁶. De forma similar a como se resuelve en las pensiones públicas en el art. 14 del Reglamento 1408/71, la afiliación transfronteriza presupondrá que el trabajador pueda seguir afiliado al mismo sistema de pensiones, que el nuevo empleador acepte pagar cotizaciones a ese mismo sistema, que dichas cotizaciones se encuentren exentas de impuestos y que la participación en un fondo de pensiones extranjero no se halle prohibida en ninguno de los dos países de empleo. Desde esta perspectiva, la solución individual es mucho más sencilla y factible que la solución colectiva sobre la que pesan mayores dificultades de homogeneización.

fesional o complementaria de los trabajadores como consecuencia de su derecho a la libre circulación», Federación de Banca de la Unión Europea, 19 diciembre 94, punto 14.

¹¹⁵ Dos Direcciones Generales, la V y la XV, conocen de temas comunes, lo cual imposibilita el alcance de una correcta solución. Algunos países exigen, por ello, que sea sólo una la que analice los principales problemas. Esta es la postura manifestada por países como R. Unido o Dinamarca en la reunión de la DGSS 11 noviembre 94.

¹¹⁶ Dictamen CES/92, pág. 3.

Situación excepcional que se extiende, como ya se anticipa, a los trabajadores temporales para los cuales se propone acudir a una afiliación de base acumulativa, mediante la suma de todos los períodos de servicio cumplidos. Planteamiento ampliable, como también se señalara, para todos aquellos que hayan trabajado con una variedad de empresarios y a la necesidad para éstos de admitir la suscripción de planes personales de pensión transferibles y susceptibles de recibir cotizaciones apropiadas por parte de los empresarios¹¹⁷.

2. Se impone también la adopción de una solución en torno a la forma de adquisición: exigiendo un número mínimo de años cotizados, reclamando un número de años de permanencia —aunque no en todos se haya procedido a la cotización—, considerando la necesidad de que el hecho causante sobrevenga mientras se halle en activo y, por tanto, integrado en alguno de estos regímenes, etc.¹¹⁸. No puede ocultarse, a este respecto, que la amplitud de los períodos de carencia para el reconocimiento de los derechos despliega una influencia negativa en la movilidad del trabajador por cuanto éste habrá de rechazar empleos transfronterizos si no quiere perder su

¹¹⁷ Comunicación/91, pág. 17 y Dictamen CES/92, págs. 3 y 4.

¹¹⁸ Algunos países se enfrentan a serias dificultades para lograr una uniformización sobre este punto. Este es el caso de Alemania en cuyo ordenamiento existen varios regímenes complementarios que requieren de largos períodos de cotización para la adquisición del derecho a la protección complementaria, superando incluso los 10 años de cotización mínima. Consciente de esta realidad, la PDC/96 recoge una reducción progresiva de los períodos de tal dimensión, tendiendo a limitarlos de forma homogénea a 5 años a partir del 2010, disponiendo que «las condiciones de adquisición de derechos a pensión complementaria, sobre todo en lo que se refiere a la duración de períodos mínimos de cotización no constituirán un obstáculo a la movilidad interfronteriza de los trabajadores. En ningún caso, los períodos mínimos de cotización sobrepasarán los ocho años. De aquí al año 2010 estos períodos serán limitados a cinco años. En ningún caso los períodos mínimos de cotización actualmente en vigor serán prorrogados» (art. 4.a), PDC/96.

protección complementaria o incluso si no desea ver gravada en exceso su contribución al cambiar de régimen de cobertura, más exigentes en algunos países que en otros. De esta forma, las condiciones de consolidación o adquisición y los períodos de carencia pueden llegar a propiciar un importante recorte en los derechos después de una carrera definida por los frecuentes cambios en el empleo¹¹⁹.

Las opciones en este punto son limitadas; o bien la UE no legisla en relación a cuál sea el período de tiempo razonable para adquirir derechos en un sistema complementario o bien se establece un período homogéneo en todos los países europeos, pudiendo concretarse asimismo un período máximo por debajo del cual los países regularán con total libertad el grado exigido o establecer, por último, la prohibición de que los Estados incrementen el período previsto en la actualidad para impedir que se generen mayores obstáculos. Nada obliga a que tal solución haya de ser adoptada por el legislador comunitario, pudiendo ser también los agentes sociales quienes adopten una decisión al respecto.

3. Mención especial y aparte merecen los trabajadores «desplazados» o «asalariados destinados» por la misma empresa o empresas asociadas a otros países. Se considera trabajador «desplazado» a un empleado que a) es transferido por período no superior a cinco años a una oficina de su empresa, a empresa asociada o a empresa afiliada o b) continúa recibiendo la remuneración de su empleador pero trabaja por un período no superior a cinco años al servicio de otra empresa, siempre en un Estado miembro diferente a aquél en el que se ha constituido el plan de pensiones

¹¹⁹ Se entiende por «consolidación» o «adquisición» la creación de un derecho a pensión reconocido. Asimismo se considera «período de carencia» al período durante el cual un trabajador debe prestar servicios en una empresa antes de poder beneficiarse del sistema instituido por la misma, *apud* Comunicación/91, pág.15.

complementario aprobado por la empresa empleadora¹²⁰.

A diferencia de otros colectivos, parece evidente que estos trabajadores podrán continuar perteneciendo al régimen del país de destino y cotizando, por tanto, en el mismo dado que su pretensión inicial y a corto plazo es regresar a dicho país, muy al contrario de quienes se trasladan, cuyas reglas de pertenencia han de ser razonablemente, aunque no necesariamente, más complejas. Ciertamente, en estos trabajadores se aprecia con mayor dificultad el hecho de que dispongan de derechos ya consolidados. Si en el momento de efectuar el traslado el trabajador no ha cumplido el período mínimo de carencia no habrá adquirido derecho alguno susceptible de ser preservado. Una situación que, por lo demás no puede ser protegida de forma diferente a la de quienes, en esta misma circunstancia, cambian de empleo dentro de un mismo Estado miembro o en otro Estado por un plazo de tiempo muy superior. La equidad en la conservación de derechos de todos estos supuestos se impone pues, de lo contrario, sería concebida como una «pérdida indebida» respecto al tratamiento dispensado a los nacionales¹²¹.

La propuesta de futuro para estos trabajadores desplazados pretenderá coordinar las medidas necesarias para eludir cualquier exigencia que obligue a los trabajadores migrantes a interrumpir el pago de las cotizaciones en el régimen de su país de origen, evitar que se le obligue a cotizar al régimen del país de

¹²⁰ Arts. 3 y 6 de la PDC/97. En antiguas Propuestas el período establecido era el de tres años por considerarlo más próximo al que acepta el Reglamento 1408/71 para los sistemas básicos (art. 6 PDC/96). Se estima que más de 150.000 asalariados se encuentran actualmente destinados en otros Estados miembros para ayudar en el establecimiento o funcionamiento de sucursales o filiales de empresas, *cf.* Informe del Grupo de Alto Nivel de libre circulación de personas presentado a la Comisión el 18 marzo 97, pág. 108.

¹²¹ TAMBURI, G.: Reunión DG SS 11 de noviembre de 1994.

destino, asegurar que se mantienen las ventajas fiscales —si bien el trabajador estará sometido a la fiscalidad del país de destino donde deberá abonar sus correspondientes impuestos— y, entre otras, establecer reglas a la duración máxima de destino que permita beneficiarse de este régimen de mutuo reconocimiento¹²². A sabiendas, de que este tipo de medidas pasa por un acuerdo explícito entre el empleador del país de origen, el empleador del país de acogida y el trabajador.

3. Transferibilidad de los derechos adquiridos

1. Es éste un problema que no abarca sólo la dimensión transfronteriza sino que se plantea asimismo en la movilidad intranacional, no habiendo llegado casi ningún país europeo a resolver esta última cuestión, que excede, por lo demás, del objeto de este estudio. Cuando el trabajador deja su empleo existen dos posibilidades: puede conservar sus derechos en el sistema de pensión en el que fueron adquiridos, percibiendo su pensión una vez jubilado, o bien puede hacer efectiva la suma capitalizada correspondiente al importe de los derechos adquiridos, recogiendo no sólo las cotizaciones abonadas sino los intereses acumulados a un tipo real. Esta es una opción sólo viable en los sistemas basados en la capitalización mas, como la mayor parte de los sistemas se financian con fórmulas de reparto, la transferibilidad se torna difícil; en estos supuestos, los trabajadores no pueden sino conservar sus derechos en el antiguo sistema sin que les afecte el incremento de los salarios futuros ni el de los precios, percibiendo únicamente una parte no equitativa y sólo relativa de su fondo de jubilación. Lo cierto es que en la actualidad no existe ni mecanismo ni acuerdo que regule la

posibilidad de mantener o transferir los derechos adquiridos, ni siquiera más allá del marco europeo a través del art. 233 del Código de Lovaina, con participación del Estado¹²³. En principio, puede afirmarse que los obstáculos para admitir la transferibilidad de los derechos adquiridos a sistemas de países distintos al que inicia la aportación aparentan ser de difícil remoción¹²⁴.

Dos son, con todo, las posibilidades que se han apuntado para facilitar esta transferencia; o bien congelar los derechos ya adquiridos en un régimen nacional y esperar a que se presente la contingencia para causar derecho a la correspondiente prestación o bien, sistema mucho más flexible y fiable, transferir la suma a tanto alzado que importen los derechos ya adquiridos al nuevo sistema en el que se integra el trabajador. Siendo la primera una fórmula más sencilla, la segunda se presenta como fórmula mucho más deseable. Y así, en los sistemas basados en fórmulas de capitalización esta última modalidad no presenta mayores dificultades puesto que el ahorro producido se transfiere con los costes correspondientes al nuevo sistema. Por contra, es en los sistemas basados en anotaciones contables o en sistemas de reparto en los que la solución se complica, en tanto no existe acumulación de activos financieros que puedan soportar los compromisos adquiridos¹²⁵. Una solución a este planteamiento —apuntada como óptima por algunos—, pasaría por garantizar que el montante de los derechos transferidos fuera objeto de una evaluación actuarial aceptada tanto por el régimen que transfiere como por el régimen que recibe.

¹²³ Comunicación de la Comisión, sobre *El futuro de la protección social. Marco para un debate Europeo*, 31 octubre 95 (COM/95 466 final), punto 2.5.

¹²⁴ Algunas Propuestas comunitarias no han dudado por ello en exigir el reconocimiento para los trabajadores de un sector, de una profesión, de una región o de un país, períodos de empleo, pasados o futuros cumplidos por el trabajador en cualquier Estado miembro. Así constaba en el art. 7 de la PDC/94, aun cuando no se reitera en la más reciente PDC/97.

¹²² Informe del Grupo de Alto Nivel de libre circulación de personas presentado a la Comisión el 18 de marzo de 1997, pág. 108.

No todos los que participan en este debate comparten la misma opinión. Para algunos, la necesidad de garantizar la transferencia de los derechos consolidados no resulta justificada, considerando que se ajusta mejor al principio de igualdad de trato la preservación de los derechos de los individuos en contra de la transferibilidad de derechos de un régimen a otro que «implicaría la creación de derechos especiales para el trabajador móvil»¹²⁶. Otros, por su parte, se muestran más partidarios de facilitar este tipo de operaciones, pero exigen abordar la solución en distintas fases. Serían los sistemas de capitalización los más sencillos de resolver, dado que se basan en un capital social real que permitirá el cálculo de los valores de transferencia. Por otro lado, con una financiación segura y garantizados preferentemente por el Estado, los sistemas de reparto, basados en un sistema de valoración por puntos, constituirían una segunda área a explorar, aun cuando el sistema de transferencias no sea una práctica corriente en los mismos. Por lo demás, los sistemas de reservas contables, vinculados a una sociedad y financiados mediante sus ingresos sin activos previamente acumulados, se perciben como complicados y quizá demasiado precarios para integrar un sistema coordinado de transferencias en el plano transnacional¹²⁷.

La UE se muestra clara en el objetivo perseguido y pretende garantizar la «conservación total» de los derechos adquiridos de los

participes, incluyendo a aquéllos que dejen de ser participes activos antes de producirse la contingencia. En este último supuesto, la diferencia vendrá determinada únicamente por la pertenencia a un plan de prestación definida o de aportación definida. En el primer caso, los derechos conservados se basarán en el salario y los años de servicio hasta la fecha en que se deje de ser partícipe activo y se acumularán de forma equitativa, tomando como principal referencia la acumulación de las prestaciones de un trabajador que haya permanecido toda su vida laboral en el plan en cuestión. En el segundo caso, el importe correspondiente a los derechos conservados se revalorizará de acuerdo con los rendimientos de capital, prudentemente o «juiciosamente» invertidos¹²⁸.

2. El principal problema que plantea la transferibilidad de los derechos adquiridos es el denominado «valor de transferencia» y, en especial, cuando, como en el último supuesto referenciado, el trabajador ha dejado de pertenecer al plan en cuestión antes de producirse la contingencia correspondiente. La exigencia de que el valor real de los derechos adquiridos se mantenga en el marco del régimen profesional o complementario de pensiones cuando el trabajador deja de estar afiliado se ha convertido en una constante de todas las Propuestas comunitarias. No en vano, la forma de calcular las cantidades de transferencia que penaliza a los afiliados que dejan un régimen por cambiar de empleo y la insuficiente protección de los derechos «en espera» constituyen dos de los principales obstáculos a la movilidad de los trabajadores¹²⁹.

En principio, la previsible elevación de precios o del nivel medio de salarios no se traduce en el cálculo de estos valores de transferencia, aun cuando pueda verse afectado por

¹²⁸ Art. 4 PDC/97 y art. 4 de PDC/94, respectivamente.

¹²⁹ Las Propuestas pretendidas reconocen que el valor de la transferencia ha de descansar en cálculos actuariales equitativos, art. 4 PDC/97 y art. 4 PDC/94.

¹²⁵ De ahí que se haya pretendido excluir de esta integración a países que, como Francia, se basan en Cajas de Jubilación que no disponen de reservas obligatorias ni de gestión independiente. Un rechazo de este tipo llevaría al fracaso a todo el proceso de integración pues la exclusión de un solo Estado miembro invalidaría plenamente la eficacia de estas medidas, impidiendo la movilidad de los trabajadores del resto de la UE a dicho país, algo que se concibe como imposible en un mercado interior basado en la libre circulación de trabajadores.

¹²⁶ Informe del Grupo de Alto Nivel de libre circulación de personas presentado a la Comisión el 18 marzo 97, pág. 106.

¹²⁷ Dictamen del CES/92, pág. 3.

las fluctuaciones monetarias ¹³⁰. Por consiguiente, los ex-afiliados a un sistema percibirán un valor relativo inferior de las rentas depositadas en relación a las que hubieran recibido de haber continuado trabajando en la misma empresa. No obstante, algunos países manifiestan sus dudas y plantean sus reservas en torno a la valoración real y señalan una predisposición negativa a aceptar cualquier tipo de indexación para conseguir dicha valoración o la necesidad de aclarar cómo puede mantenerse el valor real para quien ha dejado de ser miembro en el régimen originario ¹³¹. No dudan los expertos en relacionar este valor real con la búsqueda para permitir a las personas que se retiran de un régimen de pensión a preservar sus derechos sin sufrir fluctuaciones monetarias o inflación.

4. Tratamiento fiscal intracomunitario

1. Para salvar estas y otras reticencias manifestadas por los países europeos se necesitan, entre otros, importantes incentivos fiscales, como de forma consensuada reconocen la mayor parte de pronunciamientos ¹³². Hasta el momento, todos los países de la UE han concedido un tratamiento fiscal privilegiado a los fondos de pensiones o a cualquier otra forma análoga de protección complementaria. Se considera que las pensiones complementarias tienen un valor social en tanto todos los trabajadores aceptan un comporta-

miento de previsión que evite las dificultades de la vejez y la consiguiente dependencia de la asistencia pública y de la asistencia social, lo que justifica un trato diferencial. Por lo demás, si los trabajadores de rentas de nivel medio y alto no contarán con esta posibilidad presionarían sobre los Estados para obtener mejores pensiones públicas, lo que incrementaría la tributación y desfavorecería a la población en general. No son desdeñables, sin embargo, las desventajas. Por motivos de equidad no se considera justa la concesión de privilegios fiscales a un sector de la población trabajadora que suele ser el mejor pagado y que ha de ser costeado con un gravamen proporcionalmente mayor por la población de menos recursos. Destáquese cómo las ventajas fiscales por las contribuciones se conceden a estos colectivos normalmente a tipos impositivos marginales mayores que los tipos impositivos aplicables cuando los miembros del plan reciben el pago de sus pensiones a la jubilación ya que generalmente su renta global es menor en esa fase que cuando estaban ocupados ¹³³. Pero el art. 48 del Tratado supone no sólo la abolición de toda discriminación fundada en la nacionalidad, sino la supresión de cualquier medida nacional que imponga obstáculos a las libertades garantizadas por el mismo. De ahí que el sometimiento a una imposición de la transferencia de derechos o fiscalidad de las futuras prestaciones presente, de hecho, una dificultad añadida a estas libertades ¹³⁴. En opinión de algunos

¹³⁰ TAMBURI, G.: *Reunión de los Directores Generales de Seguridad Social*, Reunión de 11 de noviembre de 1994.

¹³¹ Postura de Alemania y Francia, respectivamente, en la reunión de los Directores Generales de Seguridad Social (Grupo *Ad hoc*) mantenida el 11 de noviembre de 1994.

¹³² Informe de la Comisión de 22 de octubre de 1996 sobre la evolución de los sistemas fiscales en la UE [COM (96) 546 final]; Consejo Europeo de Florencia 21-22 de junio de 1996, conclusiones de la Presidencia (SN 300/96), págs. 2-3; Informe del grupo de Alto Nivel en materia fiscal, junio y octubre de 1996.

¹³³ En buena parte de los casos, la desconfianza de los Estados ante estos regímenes conduce a que sólo se concedan las ventajas fiscales a planes cuyos pasivos se han capitalizado siguiendo las pautas y requisitos previamente establecidos por el mismo. Así ha ocurrido en el caso de Italia, Irlanda, Portugal, España, P. Bajos, R. Unido, etc., *cf.* Libro Verde/94, págs. 88-90 y 110, respectivamente.

¹³⁴ Sentencia BACHAMN y Sentencia COMISIÓN. Como señala el Tribunal, las «disposiciones que requieren que el asegurador esté establecido en un Estado miembro para que los asegurados puedan beneficiarse en él de determinadas deducciones fiscales disuaden a los asegurados de dirigirse a los aseguradores estableci-

sectores de notable influencia, sólo una armonización en materia fiscal para los regímenes complementarios permitiría salvaguardar realmente los derechos de los trabajadores migrantes¹³⁵.

Sin embargo, la adaptación de las reglas fiscales a los principios de libre circulación de personas y libre prestación de servicios no está exenta de problemas. Así, por ejemplo, el establecimiento de una póliza de seguros en un país distinto llevará consigo un gravamen fiscal muy superior al de los nacionales del mismo. Un tratamiento diferenciado confirmado y aceptado por el TJCEE en distintos pronunciamientos por entender que este tipo de disposiciones se consideran necesarias para salvaguardar la coherencia del régimen fiscal del Estado miembro destinatario¹³⁶, aun cuando estas diferencias puedan hallarse justificadas por la común relación entre la deducibilidad de las cotizaciones y la imposición de las cantidades abonadas en forma de prestación. Si se permite la deducción de las primas abonadas en el extranjero no podrá tenerse garantía alguna en la percepción de las correspondientes cantidades pagadas por los aseguradores. De esta forma, y con carácter general, las exacciones habituales no se aplican a las cantidades transferidas a otros

países dado que el Estado nacional no tiene legitimación para controlar si las mismas irán destinadas a financiar al trabajador. Se someten las cantidades transferidas a fuertes retenciones fiscales, resultando dicha operación sumamente onerosa para los trabajadores migrantes.

2. La forma más extendida de admitir este intercambio ha sido a través de la firma de convenios bilaterales de doble imposición entre países miembros y con terceros países, en su caso. De las 105 posibles relaciones bilaterales en el seno de la Unión, 98 se encuentran reguladas por un convenio bilateral. Estos convenios persiguen un doble objetivo declarado: la supresión del riesgo de la doble imposición y el reforzamiento de la cooperación en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Casi todos los convenios bilaterales firmados en el seno de la UE tienden únicamente a evitar la doble imposición al obtener la pensión de jubilación. Sólo algunos países recogen además la exención de una doble imposición para las cotizaciones que un trabajador migrante pueda ingresar en un país distinto al de origen, previendo un reconocimiento mutuo del sistema fiscal vigente en el otro país y permitiendo el beneficio para el trabajador de las prestaciones del país de destino¹³⁷. De cualquier forma, todo Estado miembro debe ser consciente de los efectos que los convenios de doble imposición pueden tener sobre la coherencia fiscal creada a nivel nacional por una medida particular, como pueda ser la que se adopte en materia de protección complementaria¹³⁸.

Dada la consolidación de esta vía, las propuestas normativas aluden a la inclusión en estos convenios bilaterales sobre doble imposición del tratamiento fiscal idóneo tanto para las cotizaciones, como para las prestaciones o la transferencia de derechos ya con-

dos en otro Estado miembro y, por consiguiente, constituyen para éstos un obstáculo a la libre prestación de servicios», pág. 284. De ahí que no pueda impedirse el pago de primas de seguro a aseguradores establecidos en otro Estado ni que dicho pago se efectúe en la moneda del Estado miembro en el que se encuentra establecido el asegurador, pág. 285.

¹³⁵ Nota sobre «El contenido de una eventual propuesta de la Comisión para la salvaguarda de los derechos a pensión profesional o complementaria de los trabajadores como consecuencia de su derecho a la libre circulación», *Federación de Banca de la Unión Europea*, 19 de diciembre de 1994, punto 4.

¹³⁶ Sentencia FINANZMANT, Sentencia KARUS, Sentencia BACHMANN y Sentencia COMISIÓN. En este último supuesto, se admite la validez de una disposición de la legislación fiscal belga que subordina la deducibilidad de las primas de los contratos de seguros de vida a la condición de que las pólizas hayan sido emitidas por empresas de seguros establecidas en Bélgica.

¹³⁷ Así sucede entre R. Unido y Francia o entre R. Unido y Dinamarca, *apud* Libro Verde/97, pág. 38.

¹³⁸ Sentencia WIELOCKX.

solidados. Un procedimiento, tal y como reconoce la propia Comunidad, largo y complejo y —cabría añadir— ineficiente, a la par que menos transparente que el que se impondría al establecer reglas comunes a nivel comunitario. De ahí que en las últimas propuestas se demande un tratamiento impositivo que no resulte menos favorable que el existente en el país de acogida, aceptando que las aportaciones hechas por el empleador del país de origen al plan complementario no sean consideradas como parte del ingreso imponible del trabajador en el país de acogida¹³⁹.

Como conclusión a este punto, cabría destacar la casi plena coincidencia de los principales representantes en la necesidad de recoger una legislación comunitaria sobre la materia¹⁴⁰, pese a discrepar en torno a la fórmula adecuada para llevar a cabo dicha regulación. En esta línea, se considera una pretensión excesivamente ambiciosa la plasmación de disposiciones de índole fiscal en el tratamiento general de la protección complementaria, proponiendo no sólo la contemplación en un instrumento distinto de los problemas impositivos, sino subdividir el tratamiento de estos últimos para aislar, por ejemplo, las

¹³⁹ Art. 7.2 PDC/97.

¹⁴⁰ UNICE y CES mantuvieron una postura similar en la Reunión de agentes sociales del 8 de marzo de 1995 y en el acogimiento de la PDC/96. Se muestran de acuerdo con lo establecido en el art. 4.d) de dicha Propuesta en virtud del cual: «sin perjuicio de las disposiciones del Tratado Fundacional, el tratamiento fiscal de las cotizaciones, de los valores de traslado y de las prestaciones relativas a la concesión de una pensión complementaria a afiliados y ex-afiliados que ejercen su derecho a la libre circulación será convenido entre las autoridades competentes de los Estados miembros. Los Estados miembros coordinarán sus propias disposiciones legislativas a fin de que la adquisición de los derechos a pensión complementaria por períodos de trabajo cumplidos en más de un Estado miembro no sea penalizada por una contribución de las cotizaciones y de las prestaciones relativas al mismo período de afiliación. En este contexto, los Estados miembros revisarán las condiciones en las que una contribución de los valores de transferencia hacia regímenes en otros Estados miembros queda justificada».

disposiciones sobre doble imposición¹⁴¹. Con todo, la solución que aparentemente representa mayor avance en este punto es la que dispone un cambio radical que permita la plena deducibilidad fiscal en el país de acogida de cualquier contribución enviada desde otro Estado miembro. De esta forma, el trabajador móvil realizará un pago de impuestos a un tipo favorable, y no simplemente simbólico, sobre cualquier valor de traslado proveniente del país de origen con motivo del cambio de empleo. Todos los países aplicarán, así, el mismo tipo moderado y privilegiado sobre los valores de traslado y derechos análogos. Incluso se propone, en un estadio más avanzado, que si el trabajador retorna, accede a la jubilación y paga su correspondiente impuesto personal, las autoridades fiscales habrán de proceder a la devolución del «impuesto de salida» abonado al abandonar el país de origen¹⁴².

Son muchos los factores que, como puede comprobarse, han de ser tenidos en cuenta si se pretende alcanzar una regulación comunitaria sobre esta materia. Mas las consecuencias de no intentarlo son mucho más graves. El futuro de la protección social, impredecible pero previsible, intensificará el papel de la protección complementaria y el ámbito nacional se presenta como un marco de estrechos contornos para su desarrollo.

¹⁴¹ Posición de expertos como TAMBURI, G. o de países como Bélgica en la reunión de los Directores Generales de Seguridad Social de 11 de noviembre de 1994.

¹⁴² Libro Verde/94, pág. 152.

ANEXO 1

NORMATIVA Y PROYECTOS NORMATIVOS E INFORMES CITADOS

(Orden cronológico)

Reglamentos

— Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, 19 de octubre de 1968, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Reglamento 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (DO L 142, 30 de junio de 1979, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Reglamento 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L de 5 de julio de 1971, última modificación en DO L de 30 de enero de 1997).

— Reglamento 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento 1408/71 (DO L de 27 de marzo de 1972, última modificación en DO L de 30 de enero de 1997).

Directivas

— Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO L 056, 4 de abril de 1964, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (DO L 257, 19 de octubre de 1968, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Directiva 72/194/CEE del Consejo, de 18 de mayo de 1972, por la que se amplía a los trabajado-

res que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la Directiva de 25 de febrero de 1964 sobre la coordinación de medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y estancia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (DO L 121, 26 de mayo de 1972, última modificación en DO L 001, de 3 de enero de 1994).

Primeras Directivas

— Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio (DO L 228, 16 de agosto de 1973, última modificación en DO L 168, 18 de julio de 1995).

— Directiva 75/34/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, por la que se extiende el campo de aplicación de la Directiva 64/221/CEE para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, a los nacionales de cualquier Estado miembro que ejerzan el derecho de permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad asalariada (DO L 014, 20 de enero de 1975, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 045, 19 de febrero de 1975, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO L 048, 22 de febre-

ro de 1975, última modificación DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 039, 14 de febrero de 1976, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO L 283, 20 de octubre de 1983, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DO L 006, 10 de enero de 1979, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Directiva 79/267/CEE, del Consejo, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio (DO L 228, 16 de agosto de 1973, última modificación en DO L 168, 18 de julio de 1995).

— Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, 20 de octubre de 1983, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (DO L 375, 31 de diciembre de 1985).

— Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social (DO L 225, 12 de agosto de 1986, modificada recientemente por la Directiva 96/97, 20 de diciembre de 1996, DO L 046, 17 de febrero de 1997).

Segundas Directivas

— Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE (DO L 172, 4 de julio de 1988, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del art. 67 del Tratado (DO L 178, 8 de julio de 1988, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994).

— Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE (DO L 386, 30 de diciembre de 1989).

— Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (DO L 180, 13 de julio de 1990).

— Directiva 90/619/CEE, del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE (DO L 330, 29 de noviembre de 1990, última modificación DO L 001, 3 de enero de 1994).

Terceras Directivas

— Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 88/357/CEE (DO L 228, 11 de agosto de 1992, última modificación en DO L 168, 18 de julio de 1995).

— Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y

90/619/CEE (DO L 360, 9 de diciembre de 1992, última modificación en DO L 168, 18 de julio de 1995).

— Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables (DO L 141, 11 de junio de 1993).

— Directiva 96/97/CEE, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (DO L 046, 17 de febrero de 1997).

Otros

— Informe CES/91: Informe remitido por el Comité Económico y Social, sobre la Comunicación de la Comisión, de 6 de septiembre de 1991, acerca de los «Sistemas complementarios de Seguridad Social: el papel de los sistemas de jubilación profesionales en la protección social de los trabajadores y sus implicaciones para la libre circulación».

— Comunicación/91: Comunicación de la Comisión, de 6 de septiembre de 1991, sobre «Sistemas complementarios de Seguridad Social: el papel de los sistemas de jubilación profesionales en la protección social de los trabajadores y sus implicaciones para la libre circulación» (SEC 91 1332 final) (el texto íntegro puede consultarse en RSS, núm. 2, 1991, págs. 183-205).

— Dictamen CES/92: Dictamen del CES, de 26 de mayo de 1992, CES 630/92. SOC/228.

— Recomendación 92/441/CEE: Recomendación del Consejo, de 24 de junio de 1992, sobre los

criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social (DO L 245/46, 26 de agosto de 1992).

— Recomendación 92/442/CEE: Recomendación del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social (DO L 245, 26 de agosto de 1992).

— PDC/94: Propuesta de Directiva del Consejo, sobre la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores que utilicen su derecho a la libre circulación, diciembre de 1994.

— Libro Verde/94: Informe Libro Verde, 1994.

— PDC/95: Propuesta de Directiva del Consejo, sobre la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores que utilicen su derecho a la libre circulación, marzo 1995.

— PDC/96: Propuesta de Directiva del Consejo sobre la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores que utilicen su derecho a la libre circulación, abril 1996.

— Informe/97: Informe del Grupo de Alto Nivel de libre circulación de personas presentado a la Comisión, el 18 de marzo de 1997.

— PDC/97: Propuesta de Directiva del Consejo, sobre la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores que utilicen su derecho a la libre circulación, junio 1997.

— Libro Verde/97: Informe de la Comisión, *Les retraites complémentaires dans le marché unique. Livre vert*, Dirección General XV, 5 de junio de 1997.

ANEXO 2

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS CITADAS

(Orden alfabético)

Sentencias

— Auer (I): STJCEE, 7 de febrero de 1989, Causa 136/78, Ministerio Público contra Vicent Auer, Rec. 1979, págs. 437-460.

— Bachmann: STJCEE, 28 de enero de 1992, Causa C-204/90, Hanns-Martin Bachmann contra Estado Belga, Rec. 1992, pág. I-0249.

— Ballestra: STJCEE, 30 de enero de 1997, Causa C-139/95, Livia Ballestra contra Instituto Naziona-

le della Previdenza Sociale (INPS), Rec. 1997, pág. I-568.

— Barber: STJCEE, 17 de mayo de 1990, Causa 262/88, Douglas Harvey Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group, Rec. 1990, pág. I-1889.

— Bilka Kaufhaus: STJCEE, 13 de mayo de 1986, Causa 170/84, Bilka Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz. Budensarbeitsgericht, Rec. 1986, págs. 1607-1631.

— Birds Eye: STJCEE, 9 de noviembre de 1993, Causa C-132/92, Birds Eye Walls LTD contra Friedel M. Roberts, Rec. 1993, pág. I-5579.

— Bötél: STJCEE, 4 de junio de 1992, Causa C-360/90, Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin ev contra Monika Bötél, Rec. 1992, pág. I-3589.

— Comisión: STJCEE, 16 de enero de 1992, Causa C-57/90, Comisión contra República Francesa, Rec. 1992, pág. I-0075.

— Comisión: STJCEE, 28 de enero de 1992, Causa C-300/90, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica, Rec. 1992, pág. I-0305.

— Defrenne: STJCEE, 8 de abril de 1976, Causa C-43/75, Gabrielle Defrenne contra Societé Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena, Rec. 1976, págs. 0455-0483.

— Dietz: STJCEE, 24 de octubre de 1996, Causa C-435/93, Francina Johanna Maria Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam, Rec. 1996, pág. I-5243.

— Finanzmat: STJCEE, 14 de febrero de 1995, Causa C-279/93, Finanzamt Köln-Altstadt contra Roland Schumacker, Rec. 1995, pág. I-0225.

— Fisscher: STJCEE, 28 de septiembre de 1994, Causa C-128/93, Geertruida Catharina Fisscher contra Voorhuis Hengelo BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel, Rec. 1994, pág. I-4583.

— Garland: STJCEE, 9 de febrero de 1982, Causa 12/81, Eileen Garland contra British Rail Engineering Limited, Rec. 1982, págs. 0359-0376.

— Inzirillo: STJCEE, 16 de diciembre de 1976, Causa 63/76, Vito Inzirillo contra Caisse d'Allocations Familiales de l'Arrondissement de Lyon, Rec. 1976, págs. 2057-2073.

— Jenkins: STJCEE, 31 de enero de 1981, Causa 96/80, J.P. Jenkins contra Kingsgate (Clothing Productions) LTD., Rec. 1981, págs. 0911-0928.

— Kalanke: STJCEE, 17 de octubre de 1995, Causa C-450/93, Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen, Rec. 1995, pág. I-3051.

— Kowalska: STJCEE, 27 de junio de 1990, Causa C-33/89, Maria Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg, Rec. 1990, pág. I-2591.

— Kraus: STJCEE, 31 de marzo de 1993, Causa C-19/92, Dieter Kraus contra Land Baden-Wuerttemberg, Rec. 1993, pág. I-1663.

— Marsman: STJCEE, 13 de diciembre de 1972, Causa 44/72, Pieter Marsman contra M. Roskamp, Rec. 1972, págs. 1243-1253.

— Megner: STJCEE, 14 de diciembre de 1995, Causa C-444/93, Ursula Megner y Hildegard Scheffel contra Innungskrankenkasse Vorderpfalz, en la actualidad, Innungskrankenkasse Rheinhesen-Pfalz, Rec. 1995, pág. I-4741.

— Moroni: STJCEE, 14 de diciembre de 1993, Causa C-110/91, Michael Moroni contra Collo GmbH, Rec. 1993, pág. I-6591.

— Morson y Jhanjan: STJCEE, 27 de octubre de 1982, Causas 35 y 36/82, Elestina Esselina Christian Morson contra Staat der Nederlanden y Hoofd van de Plaatselijke Politie in de Zin van de Vreemdelingenwt; Sewradjje Jhanjan contra Staat der Nederlanden, Rec. 1982, págs. 3723-3743.

— Neath: STJCEE, 22 de diciembre de 1993, Causa C-152/91, David Neath contra Hugh Steeper LTD., Rec. 1993, pág. I-6935.

— Nelleke: STJCEE, 28 de septiembre de 1994, Causa C-28/93, Maria Nelleke Gerda van den Akker y otros contra Stichting Shell Pensioenfonds, Rec. 1994, pág. I-4527.

— Nolte: STJCEE, 14 de diciembre de 1995, Causa C-317/93, Inge Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover, Rec. 1995, pág. I-4625.

— Rinner-Küehn: STJCEE, 13 de julio de 1989, Causa 171/88, Ingrid Rinner-Küehn contra FWW Spezil-Gebaeudereinigung GMBH & Co Kg., Asunto 171/88, Rec. 1989, pág. 2743.

— Ruzius: STJCEE, 13 de diciembre de 1989, Causa 102/88, M.L. Ruzius-Wilbrink contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten, Rec. 1989, pág. 4311.

— Smith: STJCEE, 28 de septiembre de 1994, Causa C-408/92, Constance Christina Ellen Smith y otros contra Avdel Systems LTD, Rec. 1994, pág. I-4435.

— Ten Oever: STJCEE, 6 de octubre de 1993, Causa C-109/81, Gerardus Cornelis Ten Oever contra Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers en Schoonmaakberijid (cuestión prejudicial), Causa C-293/10, AL, 1994-2, ref. 678, págs. 1234-36.

— Teuling: STJCEE, 11 de junio de 1987, Causa 30/85, J.W. Teuliung contra Consejo de Administración de la Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie, Rec. 1987, pág. 2497.

— Vroege: STJCEE, 28 de septiembre de 1994, Causa C-57/93, Anna Adrianntje Vroege contra NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV y Stichting Pensioenfonds NCIV, Rec. 1994, pág. I-4541.

— Wielockx: STJCEE, 11 de agosto de 1995, Causa C-80/94, G.H.E.J. Wielockx contra Inspecteur der Directe Belastingen, Rec. 1995, pág. I-2493.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL