

LA DIRECTIVA 98/49/CE, SOBRE PENSIÓN COMPLEMENTARIA

M^a. del Carmen Grau Pineda

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*

SUMARIO:

- I. CUESTIONES PRELIMINARES
 - 1.1 A modo de introducción
 - 1.2 Opciones políticas ante la crisis del Estado del Bienestar: la apuesta por el nivel complementario privado
- II. EL MODELO ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL: ESPECIAL REFERENCIA AL NIVEL COMPLEMENTARIO DE PROTECCIÓN
 - 2.1 Configuración del modelo constitucional español de la Seguridad Social y la incidencia de la crisis del Estado del Bienestar sobre el mismo
 - 2.2 El nivel complementario español: planteamiento general
 - 2.2.1 *Clasificación de los sistemas de previsión complementaria externa*
 - 2.2.2 *Los Planes de Pensiones del sistema de empleo: características generales y problemas de transferibilidad*
- III. EL MODELO COMUNITARIO EN MATERIA DE PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS: LA DIRECTIVA 98/49/CE
 - 3.1 Marco general comunitario sobre las prestaciones complementarias y las principales acciones de las instituciones comunitarias en pos del nivel complementario de protección
 - 3.2 Últimos logros: especial referencia a la ansiada Directiva 98/49/CE, sobre la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que se desplazan en el seno de la Unión Europea
 - 3.2.1 *La Directiva 98/49/CE, sobre la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que se desplazan en el seno de la Unión Europea*
 - 3.2.2 *Acciones más recientes a destacar*
- IV. A MODO DE CONCLUSIONES

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1.1 A modo de introducción

En todos los países desarrollados se constata el fenómeno que se ha dado en llamar “la crisis del Estado del Bienestar”, frente al cual, la evolución histórica de la estructura de las pensiones ha demostrado que existiendo una influencia recíproca entre Estado y mercado -tanto para la provisión del bienestar como para la definición de los modelos de pensiones-, se puede proceder a una delimitación de los papeles correspondientes a la Seguridad Social y a los regímenes privados de pensiones, niveles de protección éstos que se complementarían recíprocamente en pos de la mejor solución a la crisis antes apuntada. De esta manera, los bajos niveles de cuantía -debidos a la citada crisis- de las pensiones públicas podrían ir acompañados de un aumento del papel del sector privado en materia de protección.

Sin embargo, aunque la tendencia antes apuntada es generalizada, no deja de observarse el fenómeno de diversificación en materia de modelos de protección social existente tanto en los países miembros de la Unión Europea como en las dos mayores potencias económicas (E.E.U.U. y Japón). Y es que los sistemas complementarios son muy diversos, tanto en su concepción como en su desarrollo porque responden a diferentes experiencias históricas y a tradiciones jurídicas heterogéneas¹. Pese a ello, se puede apreciar una nota común a todos ellos: el recurso a nuevos instrumentos complementarios del sistema público de pensiones de la Seguridad Social así como la revitalización de los ya existentes². Todo ello deriva en que, circunscritos al ámbito de la Unión Europea, los Estados miembros mantengan distintos niveles de protección, lo que además de imposibilitar la armonización en materia de Seguridad Social, dificultad incluso la coordinación en materias sectoriales configuradoras de los sistemas protectores.

1.2. Opciones políticas ante la crisis: la apuesta por el nivel complementario privado

Ante la situación de crisis generalizada antes apuntada, la doctrina científica se divide en defensores (a), detractores (b) del papel benefactor del Estado y moderados o eclécticos (c). (a) Respecto de los primeros, la Seguridad Social se configuraría como integrante esencial del contrato social vigente en las sociedades avanzadas modernas, elemento básico del sistema político y social de previsión, equidad y redistribución de las rentas, por lo que no se plantea como posible su quiebra, a menos que quiebren todas las demás políticas que comprometan gastos sociales también³. (b) En el polo opuesto, los defensores de una opción más mercantilista y privatista de la protección que preconizan el retorno a manos particulares de la protección dispensada en la actualidad por el Estado⁴. (c) Finalmente los eclécticos o

1 Tanto es así que podemos distinguir entre: 1º. Sistemas de "seguros corporativistas" con un papel dominante del Estado y del *status* en la estructura de los programas sociales de pensiones en los que se reserva al mercado un papel del todo residual, como es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Italia, Japón y, con matices, Finlandia y España; 2º. Sistemas "residualistas" caracterizados por el predominio del mercado como institución de provisión en detrimento del papel estatal, como es el caso de Estados Unidos, Canadá, Australia y Suiza, y 3º. Sistemas "universalistas" en los que el Estado ostenta una posición dominante con intención de cobertura universal de necesidades sociales, como es el caso de Reino Unido.

2 Carcelén Conesa, J.M.: *Planes de Pensiones y sistemas de jubilación*, Tecnos, 1989.

3 Etxezarreta, M.: "Acerca de la Seguridad Social", en Torres López, J.: *Pensiones públicas, ¿y mañana qué?*, Ariel, 1996, se pregunta: "¿Estamos seguros de que la sociedad española prefiere sacrificar las pensiones mientras se mantienen ciertos gastos en armamento, o que opta por sostener las embajadas y la doble administración o reuniones como la del FMI y el Banco Mundial en Madrid, en lugar de financiar las pensiones asistenciales?", p. 19.

4 El ejemplo más ilustrativo de esta opción la podemos encontrar en el modelo chileno, en el que la previsión mediante el ahorro individual obligatorio constituye el núcleo del sistema de AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones) en lo referido a la protección por vejez. Las características básicas de esta opción son: ahorro obligatorio con capitalización individual, administración privada, ausencia de elementos de redistribución horizontal del ingreso. En este sistema, los afiliados ni adquieren tales derechos y deben asumir individualmente el riesgo de la pérdida del valor real de sus ahorros durante el período de acumulación de éstos, de modo que la protección frente a la marginalidad es asumida por el Estado mediante la garantía de unas pensiones mínimas y el programa de pensiones asistenciales. Pese a la creencia (errónea) de que la sustitución de un régimen financiero basado en el reparto por el de capitalización, acabaría con los problemas de crisis en este sector, la experiencia chilena demuestra que el déficit público no sólo se mantiene sino que, incluso, se agrava. Para más información sobre la opción previsional chilena vid. Torres López, J., *op. cit.*, tercera parte, pp. 157 a 194.

moderados que preconizan la *combinación global*⁵ (público y privado), de manera que los bajos niveles de cuantía de las pensiones públicas vayan acompañados de un aumento del papel y los porcentajes de provisión del sector privado, ya que como forma alternativa a la austeridad característica de toda etapa de crisis se propone una privatización (siquiera parcial) que complementase los recortes de la protección pública (perseverada con carácter de mínimos).

De todo ello se deriva que, pese a que el Estado de Bienestar keynesiano instituido en la mayoría de los países desarrollados lleva incorporado implícitamente un pacto social entre capitalismo y democracia, en la actualidad, dicho pacto parece demandar a gritos una reforma urgente que pase por analizar su capacidad de adaptación a las nuevas necesidades, su capacidad de absorción y moldeabilidad a la nueva realidad, para que -manteniendo el fondo pero regenerando la forma- se continúe dando cumplimiento a la promesa de universalidad en la cobertura. Llegados a este punto, habrán de articularse políticas públicas que apoyen la constitución de planes y fondos de pensiones, dada la conveniencia político-jurídica de los mismos.

II. EL MODELO ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL: ESPECIAL REFERENCIA AL NIVEL COMPLEMENTARIO DE PROTECCIÓN

2.1 Configuración del modelo constitucional español de Seguridad Social y la incidencia de la crisis del Estado del Bienestar sobre el mismo:

El modelo de Seguridad Social⁶ dimanante de nuestra legislación se deriva de la regulación contenida tanto en el **art. 41 CE** como en la vigente LGSS, en los que se precisa la existencia de tres ejes de protección: uno primero, en el que la acción protectora se configura como básica, mínima y obligatoria de Seguridad Social pública; un segundo, que comprendería la acción protectora complementaria interna del propio sistema (servicios sociales y asistencia social⁷); y, finalmente, un tercero, en el que la acción protectora se calificaría de complementaria externa dando cabida a una opción privatista, voluntaria y de carácter complementario de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social⁸.

Y es que desde la aparición del concepto de Seguridad Social en los años 30-40, los ordenamientos desarrollados han experimentado una clara evolución, transfor-

5 Monereo Pérez, J.L.: "La política de Pensiones entre Estado y mercado", en Torres López, J.: *Pensiones públicas, ¿y mañana qué?*, Ariel, 1996, p. 23.

6 Vid. todos: De la Villa, L.E. y Desdentado Bonete, A.: *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, 1977; Almansa Pastor, J.N.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, 1987; Alonso Olea, M. Y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1988; Durand, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTSS, 1991; Venturi, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, MTSS, 1995; Blasco Lahoz, J.F., López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M.A.: *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1995.

7 Vid. Alarcón Caracuel, M.R.: "Hacia el Derecho de la Protección Social", en López López, J. (coord.): *Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad*, Marcial Pons, 1996.

8 Vid. Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*, op. cit., capítulo III, pp. 131 a 160.

mando los sistemas de seguros sociales anteriores en sistemas universales de Seguridad Social. Sin embargo, la gran crisis económica abierta a finales de 1973, derivada de la multiplicación del precio de la energía, va a incidir directamente en los sistemas de Seguridad Social. En opinión de FUENTES QUINTANA Y BAREA TEJERINO⁹ siete son los signos que definen la **crisis de la Seguridad Social**: 1. la caída en el ritmo de crecimiento del PIB, 2. la multiplicación del desempleo, 3. la inflación, 4. la elevación de los costes del trabajo, 5. las consecuencias del desequilibrio demográfico, 6. el aumento del coste de las pensiones y 7. el alejamiento de las necesidades de los usuarios de las ofertas de la Seguridad Social.

Una vez detectadas las manifestaciones externas de la crisis de la Seguridad Social, los citados autores plantean una serie de condiciones necesarias para superarla, condiciones que parecen haber sido seguidas por el **Pacto de Toledo**¹⁰, considerado uno de los últimos intentos de nuestro ordenamiento jurídico en pos de la tan ansiada racionalización del sistema de Seguridad Social actual y cuya finalidad ha sido la de garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones y evitar mayores déficits públicos, incluyendo, para ello, una serie de recomendaciones a través de las cuales se palien los efectos de la crisis económica y de la Seguridad Social existente. Entre ellas, la n.º 8 preconiza el establecimiento de sistemas voluntarios complementarios del sistema público como medida para garantizar la viabilidad de un sistema público de pensiones más reducidas que serían compensadas gracias al establecimiento de otras de tipo voluntario y privado. Queda así reflejada la opción político-organizativa del sistema de pensiones orientada doblemente: primero, a propiciar exclusivamente aquellos sistemas de protección complementaria externos a la Seguridad Social; y, segundo, se propone el otorgamiento de incentivos fiscales a los sistemas complementarios como vías para estimular su implantación y en aras a conseguir los fines sociales de previsión complementaria y los económicos de aumentar los niveles de ahorro encauzados hacia la inversión¹¹. Y, todo ello, porque “la crisis del Estado de Bienestar no puede plantearse (sólo) como una crisis económica ya que lo que está en juego es el modelo de compromiso social, de sociedad en definitiva sobre el que puede forjarse un acuerdo de las distintas fuerzas económicas, políticas y sociales¹²”.

2.2 El nivel complementario español : planteamiento general

Del análisis del marco normativo antes expuesto se desprende que el nivel complementario de protección puede ser definido como “el conjunto plural de técnicas

9 Para un mayor ahondamiento *vid.* Fuentes Quintana, Barea Tejerino y otros: “Estrategia para un tratamiento de los problemas de la Seguridad Social Española”, PEE, n.º 12-13, 1982, pp. 20 y ss.

10 Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social, ratificado el 9 de octubre de 1996, por las fuerzas sociales en él involucradas y que, con posterioridad se vería desarrollado y ocmpletado por leyes como la 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social y el RD 1647/1996, de 31 de octubre, así como por las sucesivas leyes de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado.

11 Monereo Pérez, J.L.: Público y Privado..., *op. cit.*

12 Durán López, F.: “Origen , evolución y tendencias del Estado del Bienestar”, RL, n.º 9, 1996.

protectoras de naturaleza privada y carácter voluntario que complementando o suplementando los regímenes públicos de Seguridad Social (que nunca sustituyendo), tratan de garantizar a sus beneficiarios la más elevada tasa de sustitución de las rentas de activo”¹³.

Siguiendo a los autores BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA Y MOMPARLER CARRASCO¹⁴, las fórmulas que integran este tipo de mejoras son muy variadas, destacando las siguientes:

- a) **Las mejoras voluntarias**¹⁵: podrán resultar del establecimiento de tipos adicionales de cotización (técnica prácticamente no utilizada) o incidir de forma directa sobre las prestaciones, derivando en este último caso y con carácter general, de la contratación de una póliza de seguro, en la que el empresario se presenta como tomador del seguro, los trabajadores como beneficiarios y la entidad aseguradora como entidad intermedia gestora de la póliza. En la actualidad se configuran como la técnica más utilizada y se predica incluso su publicación encubierta dada su práctica equiparación con las prestaciones básicas (equiparación no absoluta -referida básicamente a las técnicas, los conceptos, las contingencias, los grados de incapacidad, etc.-, sino limitada y parcial para determinados efectos, dada su distinta naturaleza y fundamento).
- b) **Las entidades de previsión social**¹⁶: cuya normativa actual está constituida por la Ley 30/95, relativa a la Ordenación del Seguro Privado que configura este tipo de mecanismos como modalidades aseguradoras de carácter voluntario complementarios al sistema de Seguridad Social obligatorio mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras (ex art. 64 L. 30/95)
- c) **Los planes y fondos de pensiones**¹⁷: respecto de éstos, decir que nos situamos extramuros de la Seguridad Social complementaria interna a la que hacía referencia el art. 41 CE al hablar de prestaciones voluntarias y libres y no de las privadas (nivel complementario externo). Como ya precisamos con motivo de apartados anteriores, la protección dispensada a través de estas técnicas previ-

13 García Becedas, G.: "La Seguridad Social complementaria en España", en V.V.A.A.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1993.

14 Blasco Lahoz, J.F., López Gandía, J. Y Momparler Carrasco, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social (y prestaciones complementarias)*, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 170 y ss.

15 Para más detalle *Vid*, por ejemplo, Martínez Lucas, J.A.: "Las mejoras voluntarias por aumento de la base de cotización", en V.V.A.A.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1993.

16 Su regulación actual está contenida básicamente en la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y el RD 2.615/85, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Entidades de Previsión Social, entre otras.

17 Su regulación básica se encuentra hoy en la Ley 8/87, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y el RD. 1.307/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, así como la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, entre otros.

sionales, ampliamente difundida tanto en Europa como en el resto de países desarrollados, tiene por función asegurar a sus beneficiarios un nivel de vida semejante al disfrutado durante los períodos de actividad más que garantizar niveles de ingresos suficientes, objetivo reservado a los sistemas públicos obligatorios de base profesional, a los que complementan. Por ello, no se las considera en ningún caso pensiones públicas, sino pertenecientes a la esfera privada de las personas y basadas en principios estrictos de capitalización¹⁸, no discriminación, irrevocabilidad, atribución de derechos, correspondencia entre aportaciones y prestaciones, movilización relativa de los derechos consolidados de los partícipes e integración obligatoria en un Fondo de Pensiones. Por otro lado, la Ley se refiere a Planes y a Fondos, por este orden, dado que se estima más conveniente tratar las condiciones contractuales de constitución del ahorro-pensión (plan), previamente al instrumento de inversión de dicho ahorro (fondo).

2.2.1 Clasificación de los sistemas de previsión complementarios externos

Los sistemas de previsión complementarios externos pueden ser clasificados en función de variables de diversa índole. Así, se puede diferenciar en función de que cubren las necesidades de previsión de un grupo (colectivo) o de una serie de individuos tomados uno a uno (individual). Dentro de los primeros, los hay instrumentados a través de una empresa o de una asociación. Los de empresa podrán ser internos o externos, pudiendo los últimos constituirse asegurando (entidades de previsión social o aseguradoras) o no los resultados (fundaciones laborales). En este extremo, la novedad se encuentra en la posibilidad de constituir planes de pensiones del sistema de empleo que podrán asegurar o no los resultados. En cuanto a los colectivos instrumentados a través de asociaciones decir que su manifestación por autonomía son las mutualidades profesionales, aunque se introduce como novedad la posibilidad de que se instrumenten a través de planes de pensiones del sistema asociado. Finalmente, los individuales se manifestarán a través de la opción típica de los seguros de vida y planes de jubilación, o a través de la innovadora opción de constituir un plan de pensiones del sistema individual.

No siendo nuestro propósito profundizar en el análisis exhaustivo de la clasificación antes apuntada, decir que nos centraremos en los planes de pensiones del sistema de empleo¹⁹ (ubicados en los sistemas de previsión complementaria externos,

18 Recordar que mientras el método financiero de reparto consiste en que las pensiones se pagan en cada momento a partir de las entregas recibidas, por lo que de no mantenerse en equilibrio el número de aportantes y el de pensionistas no se puede hacer frente a los compromisos contraídos; el de capitalización supone que las contribuciones de los partícipes se acumulan a fin de que puedan servir para el pago de sus pensiones en el futuro, de manera que la técnica empleada en este método supone la atribución a cada persona de sus propias aportaciones. Ninguno de los métodos está exento de problemas ya que mientras que en el primero los desequilibrios entre cotizantes y pensionistas hace pender de un hilo la pervivencia del sistema en sí, el segundo tampoco está exento de dificultades dadas las posibilidades de depreciación monetaria o su falta de solidaridad intergeneracional. Tal es así, que la solución pasaría por estadios intermedios, por sistemas mixtos que conjugasen los aspectos más positivos de cada uno de los métodos antes comentados.

19 Se ha de tener en cuenta que muchos de estos nuevos planes de pensiones del sistema de empleo son resultado de la conversión de anteriores fórmulas de previsión complementaria del sistema obligatorio

colectivos y de empresa) dada la problemática surgida en sede comunitaria en cuanto a los problemas de transferibilidad que suscitan en el momento de hacer uso de la libre circulación (tanto de personas -de los trabajadores- como de capitales).

2.2.2 Los Planes de Pensiones del sistema de empleo: características generales y problemas de transferibilidad

Los Planes de Pensiones del sistema de empleo son aquellos cuyo promotor es una empresa y cuyos partícipes son sus empleados. Entre sus ventajas destacar el mejor tratamiento fiscal a los partícipes y las inversiones del fondo, la irrevocabilidad de lo aportado y la posibilidad de suspensión de las aportaciones. Entre sus inconvenientes, la no disponibilidad de lo aportado, la limitación de las aportaciones y la imposibilidad de garantizar un rendimiento. Pero, junto a los aspectos acabados de precisar, los problemas más serios se plantean a la hora de tomar decisiones como la movilidad laboral externa o los casos de insolvencia empresarial o cambio de titularidad y mantenimiento de los derechos de los trabajadores.

Empezando por los supuestos de insolvencia empresarial o cambio de titularidad y mantenimiento de los derechos de los trabajadores, tan sólo apuntar (por no desviarnos del propósito inicial de este estudio) que tras la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre, sobre aproximación de las legislaciones de los Estado miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (a nivel comunitario) y el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial (en el ámbito estrictamente interno), los problemas suscitados en estos supuestos en lo referente a las prestaciones complementarias se han resuelto tras su consideración como salario diferido²⁰.

Respecto de los problemas de los problemas de transferibilidad que el mantenimiento de los derechos adquiridos plantea respecto de la movilidad externa²¹, señalar

de la Seguridad Social. Ya que “a partir de la publicación del RFPF, la Administración intentó estimular a las empresas para que convirtieran sus sistemas internos de previsión en planes de pensiones, otorgándoles importantes ventajas fiscales, si realizaban esa transformación” como bien apunta Antrás, A., *Planes y Fondos de Pensiones*, EADA GESTIÓN, 1992, p. 152. Para mayor ahondamiento recomendamos Vidal Caruana, G.: “Planes y Fondos de Pensiones. La conversión de las actuales prestaciones complementarias de empresa”, RL, nº 6, 1989; Monereo Pérez, J.L.: *Los Planes de Pensiones del sistema de empleo*, “Colección laboral” de Tirant lo Blanco, nº 52, 1997; Antrás, A., *op. cit.* y Sirvent Hernández, N.: “Los planes de pensiones del sistema de “empleo”: su naturaleza jurídico-laboral y jurisdicción competente”, en V.V.A.A.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1993.

20 McCormick, B. Y Hughes, G.: “La influencia de las pensiones sobre la movilidad laboral”, en V.V.A.A.: *La economía del sistema de pensiones de la Seguridad Social*, MTSS, 1988, pp. 675 y ss., opinan que “el capital de pensión acumulado puede tener un efecto importante sobre la probabilidad media de abandonar un empleo [ya que] ciertos trabajadores sin pensiones tienen una probabilidad varias veces mayor de cambiar de empleo que los trabajadores con similares características afiliados a programas de pensiones profesionales”.

21 En cuanto a la movilidad del personal dentro de la misma empresa, la propia LPFP va a posibilitar o el cambio de derechos del plan de pensiones del sistema de empleo antiguo a otro nuevo, dejando de ser partícipe del primero, para serlo del segundo; o bien dejar en suspenso los derechos consolidados en el primero y reiniciarse en el segundo. Estas opciones podrían servir de paliativo a los problemas planteados dentro de la misma empresa pero no a nivel intersectorial e incluso comunitario.

que, tras la adhesión de España a la Unión Europea en 1986 y su recepción del acervo comunitario, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico directivas comunitarias como la Directiva 77/187/CEE que, excluye las prestaciones complementarias del régimen general de garantías previstas para los casos de cesión contractual o de fusiones resultando inviable la instauración de Planes y Fondos de Pensiones transnacionales aplicables a empresas de tal naturaleza dada la existencia de restricciones nacionales a las inversiones extranjeras, o la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio, que prevé la autorización del pago de prestaciones complementarias en cualquier Estado miembro de conformidad con el principio de libre circulación de capitales, no impidiendo por ello las penalizaciones indirectas a los trabajadores que cambien de empleo y residencia, ni evitando la doble imposición, ni facilitando la afiliación transfronteriza cuando menos si las distintas empresas pertenecen al mismo grupo transnacional. De todo ello se deduce que lo que se presenta como inviable es la posibilidad de que los trabajadores de los Estados miembros que hagan uso de la libre circulación de personas en el seno de la Unión, puedan trasladar consigo sus derechos de pensión complementaria, de una empresa a otra, dadas las dificultades coordinatorias o armonizadoras en este sentido y la inexistencia de Planes y Fondos de Pensiones transnacionales.

Sin embargo, la manifestación normativa comunitaria más reciente en esta materia la representa la Directiva del Consejo 98/49/CE, de 29 de junio, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad Europea, a la que dedicamos el epígrafe siguiente.

III. EL MODELO COMUNITARIO EN MATERIA DE PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS: LA DIRECTIVA 98/49/CE

3.1 Marco general comunitario sobre las prestaciones complementarias y principales acciones de las instituciones comunitarias en pos del nivel complementario de protección

Expuesto sucintamente el panorama español en materia de prestaciones complementarias, se hace precisa una referencia al ámbito comunitario sobre esta materia, y, más concretamente, a la última Directiva relativa a los derechos de pensión complementaria.

En el Derecho de la Seguridad Social comunitario, las prestaciones complementarias están excluidas del concepto de Seguridad Social, por lo que no les serán de aplicación los Reglamentos 1408/71 del Consejo, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y 574/72 del Consejo, de 21 de marzo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento

22 Normativa básica en esta materia y este ámbito. Ambos han sido modificados en infinidad de ocasiones, datando una de sus últimas actualizaciones de 2 de diciembre de 1992 (Reglamento 118/97/CE,

antes citado²². Ambos textos sólo hacen referencia a los regímenes obligatorios de pensiones ya que el sistema de coordinación previsto en los textos legales más arriba citados no abarca los planes de pensiones complementarias, excepto en dos supuestos tasados: cuando se trate de planes cubiertos por la definición del término “legislación” del art. 1.1.j) del Reglamento 1408/71; y, cuando se trate de planes para los que el Estado miembro de que se trate haya hecho una declaración al amparo del citado artículo. Esta exclusión vendría justificada²³ por su naturaleza convencional dado que la protección complementaria encuentra en la negociación colectiva su principal fuente de creación²⁴. Ante dicha necesidad sería el Consejo el que, en uso de sus amplios poderes legislativos²⁵ en orden a alcanzar el objetivo del **art. 51 TCE** (hoy art. 42 Tratado de Amsterdam, en adelante TA), considerase inadecuados los mecanismos preexistentes en los Reglamentos 1408/71 y 574/72 y optase por configurar un régimen jurídico específico para este tipo de pensiones, de las que la Directiva 98/49/CE constituye la primera manifestación al respecto.

Sin embargo, esta preocupación viene gestándose en el seno del Consejo desde tiempo atrás, ya que en su Recomendación 92/442/CEE, de 27 de julio, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social²⁶, éste recomendaría a los Estados miembros “favorecer, cuando sea necesario, la adecuación de las condiciones de adquisición de los derechos a las pensiones de jubilación, en particular a las pensiones complementarias, con objeto de eliminar los obstáculos a la

en DOCE L-28, de 30 de enero de 1997). A modo anecdótico comentar la existencia de una propuesta de Reglamento (CE) del Consejo, relativo a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social [COM (1998) 779 final] cuyo propósito fundamental es de la simplificación de los dos reglamentos antes citados en pos de la obtención de una normativa comunitaria básica de seguridad Social menos compleja y más práctica (*vid.* Exposición de motivos).

23 En opinión de López Cumbre, L.: “La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho Social Internacional y Comunitario), nº 7, 1998.

24 Acuerdos éstos que no son concebidos “legislación” en el sentido indicado por el art. 1.j del Reglamento 1.408/71, según, entre otras, la sentencia de TJCE Comisión *versus* República Francesa, asunto C-35/97, de 24 de septiembre de 1998. Aunque con respecto a este aspecto concreto, es de señalar que tras la introducción del art. 118 B en el TCEE con la reforma de Maastricht, se enfatiza sobre el valor de la negociación colectiva en sede comunitaria, como vía fundamental para el fomento del diálogo social.

25 El art. 51 TCE prevé que el Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adopte las medidas necesarias en materia de Seguridad Social para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando un sistema basado en la totalización de períodos y en la exportabilidad de los pagos. Sin embargo, en materia de Seguridad Social, pero referida trabajadores por cuenta propia, la única apoyatura legal que podemos encontrar en el TCE es la contenida en el art. 235 que prevé la posibilidad del Consejo de adoptar las disposiciones pertinentes en cualquiera de las materias no previstas en el articulado del Tratado de manera expresa y necesarias para la consecución del mercado común (también con los requisitos de unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo).

26 Con anterioridad destacar acciones como: 1. 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 profesional en la protección social de los trabajadores y sus implicaciones para la libre circulación”; 2. Informe del CES de 1991 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 profesional en la protección social de los trabajadores y sus implicaciones para la libre circulación”; 3. Recomendación 92/441/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, sobre los criterios relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social.

*movilidad de los trabajadores por cuenta ajena*²⁷". Es por ello por lo que el Consejo considera necesaria la adaptación de las reglamentaciones nacionales existentes en materia de pensiones complementarias, con el fin de que las cotizaciones puedan seguir siendo pagadas a un régimen complementario de pensión establecido en un Estado miembro, así como para unificar la diversidad de los regímenes existentes en la actualidad, procediendo a fijar un marco general de objetivos, dejando que sean los Estados los que elijan libremente las medidas a adoptar para ponerlos en práctica.

En acciones posteriores a la Recomendación antes comentada, tanto el Consejo como la Comisión se encargarán de dejar bien detallada su intención fomentadora de los mencionados instrumentos de previsión, tanto que merece la pena detenerse por un momento en un análisis pormenorizado de las mismas, de manera que se puedan ir adelantando conclusiones. Así, en marzo de 1997, la Comisión emite una comunicación titulada "Modernizar y mejorar la protección social en la Unión Europea"²⁸, en la que como punto clave para proceder a tal modernización destaca la necesaria adaptación de la protección social al envejecimiento demográfico sufrido por las sociedades europeas. Como medidas instrumentales a ese proceso de adaptación detalla cuatro: 1. Asegurar la viabilidad de los regímenes públicos de pensión; 2. Crear un marco seguro para los regímenes complementarios; 3. Responder a las necesidades de la tercera edad; y 4. Mejorar los servicios de salud. Respecto de la segunda, la Comisión, consciente de la inviabilidad de una transformación radical de los regímenes públicos de previsión basados en el método financiero de reparto en regímenes previsionales basados en métodos de capitalización²⁹, se decanta por asegurar la viabilidad de los regímenes previsionales públicos basa-

27 Y es que no se ha de obviar que la característica común en la regulación tanto de las pensiones englobadas en los sistemas de Seguridad Social, como de las pertenecientes al nivel complementario, es la de dotar de efectividad al ejercicio del derecho de libre circulación, en pos del cual, los trabajadores y otros beneficiarios deberán tener ciertas garantías respecto de la igualdad de trato, al mantenimiento de los derechos de pensión adquiridos en los Estados miembros respecto de los cuales son beneficiarios, o al pago con arreglo a los regímenes complementarios de pensiones ya que, *sensu contrario*, se podrían considerar obstáculos a la libre circulación, que se configura como uno de los principios básicos de la Unión.

28 COM (97) 102 de 12 de marzo de 1997.

29 En razón de los enormes costes de transmisión que ello comportaría, tanto en el supuesto de una transformación radical como en el de una progresiva. En el primero de los supuestos (transformación radical) resultaría que todos los miembros de regímenes de pensión y sus derechos adquiridos habrían de ser transferidos de forma inmediata hacia regímenes basados en el método financiero de capitalización, de manera que los que optasen por permanecer en regímenes públicos basados en métodos de reparto, al ser menor el número de cotizantes, inflarían la deuda pública ya de por sí inflada. En términos de tesorería, los gastos continuarían al tiempo que las cotizaciones bajarían. Además si el pago de las pensiones se financiase a través de dinero público, la carga de la transición se repartiría entre el conjunto de las generaciones futuras, mientras que si se financian en parte con dinero público y en otra por un aumento de los impuestos, la carga del saneamiento presupuestario reposaría sobre la generación actual que habría de pagar dos veces, mientras que las generaciones futuras se benefician de ese doble esfuerzo. En el segundo de los supuestos planteados (transformación progresiva), los recién llegados al mercado de trabajo participarían en un sistema previsional basado en el método de capitalización, sometiendo a una presión constante al presupuesto público durante todo el período de transición. Como puede apreciarse ambas opciones plantearían graves problemas presupuestarios que agravarían la ya de por sí precaria situación actual.

dos en métodos de reparto, que habrían de ser sometidos a una serie de reformas en pos de adaptarlos a las nuevas necesidades. Entre ellas, la Comisión apunta: el mantenimiento de la edad legal de jubilación en 65 años, en lugar de optar por mecanismos anticipadores de dicha edad; una modificación de los sistemas de indexación de pensiones reemplazando la imposición sobre los salarios por otra sobre los precios, de manera que no se favoreciese a los que más tienen en perjuicio de los que menos pueden; establecer una relación más estrecha entre las pensiones y las cotizaciones totales realizadas a lo largo de toda la vida activa, fomentando así la contributiva (sin olvidar la solidaridad a cuyo fomento se destinarían otros mecanismos); etc. En ese afán de la Comisión de asegurar la viabilidad de los regímenes públicos de pensiones, es desde donde se fomenta el desarrollo de los sistemas previsionales complementarios y que, a juicio de la Comisión, corresponde a los Estados miembros implantar de una manera efectiva, restando a las instituciones comunitarias la misión de adaptar, coordinar y velar por su adecuado cumplimiento. La Comisión continúa aseverando que a medida que la importancia de las pensiones complementarias aumenta, se hace cada más necesario que los gobiernos de los Estados miembros creen un marco seguro para el funcionamiento eficaz de los mismos. Aunque todos los Estados miembros poseen reglas de gestión prudente y, en el ámbito comunitario, existen directivas garantizadoras de la seguridad de los activos en caso de insolvencia del empresario o de cesión de empresas³⁰, pero se hace preciso dar un paso más y dotar de un marco jurídico apropiado a ese tipo de mecanismos previsionales.

Meses después, un Libro Verde sobre las pensiones complementarias en el Mercado Único sería adoptado por la Comisión en junio de 1997 (Dirección General XV) en desarrollo de la Comunicación antes analizada. En él se contiene un análisis del contexto social, económico y financiero de las pensiones complementarias en el seno de la Unión Europea, además de un examen pormenorizado del rol que éstos juegan en el Mercado Único de capitales. Monti, miembro de la comisión encargada del Mercado Único, “una coordinación a nivel comunitario, sobre la base de los principios del Mercado Único, podría optimizar las condiciones de desarrollo de los regímenes de pensión complementarios, y así ayudar a los Estados miembros a superar los mayores déficits de la sociedad moderna: asegurar la durabilidad del sistema de protección social sin reducir las pensiones públicas”. En este marco, el Libro Verde 97 lanza un interrogante a las partes interesadas (gobiernos, partes sociales implicadas y representantes de los regímenes de pensión complementaria): ¿la existencia de reglas comunitarias de prudencia³¹ apropiadas sobre los fondos de pensiones y los seguros de vida, así como la supresión de obstáculos a la libre circulación³²

30 Vid. Directivas 80/987/CEE y 77/187/CEE, respectivamente.

31 Con ello hacer referencia a que rigiendo el principio de libertad de inversión que tienen los gestores, éstos sólo están obligados a guiarse por los criterios comerciales que consideren más beneficiosos para sus afiliados como lo hiciera un buen padre de familia, es decir, con prudencia y diligencia.

32 En especial, la excesiva amplitud de los períodos de carencia necesarios para la adquisición de los derechos, las dificultades de transferencias de los mismos y los problemas fiscales ligados a la adquisición de éstos en más de un Estado miembro.

ligados a sistemas previsionales de este tipo y la previsión de reglas fiscales apropiadas, no podrían facilitar el desarrollo de estas otras formas de financiación de las pensiones, abriendo así el debate sobre las mismas?.

De dicho debate se deriva, poco tiempo después, una propuesta de directiva del Consejo, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena que se desplazan en el interior de la Unión Europea, adoptada por la Comisión el 8 de octubre de 1997 con el propósito de suprimir uno de los últimos obstáculos a la libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión. Esta proposición cubre los regímenes de pensión complementaria y contempla el mantenimiento de los derechos adquiridos, la garantía de los pagos transfronterizos, la posibilidad para los trabajadores destacados por su empresario en otro Estado miembro de permanecer afiliados a un régimen de pensión complementaria del Estado donde trabajaban inicialmente así como el derecho a la información necesaria sobre los mismos. Y todo ello, porque, ante la falta de previsión normativa sobre este tipo de mecanismos previsionales y su creciente importancia no sólo social sino económica y fiscal, la citada directiva pretende acabar con la negativa situación precedente y poner fin a los obstáculos que a la libre circulación de trabajadores y capitales suponían éstos³³. Sobre esta proposición, los comisarios P. Flynn (Empleo y Asuntos Sociales) y M. Monti (Mercado interior) declararon que “suplirá una laguna importante en la legislación comunitaria. Actualmente, las personas que cambian de empleo en el seno de la Unión corren el riesgo de perder todos o parte de sus derechos a una pensión complementaria. Esto no es de recibo ni para los trabajadores ni para el funcionamiento del mercado interior ni para la economía europea en su conjunto”.

Una nueva proposición de directiva sería presentada por la Comisión al Consejo en 1998, esta vez con el objetivo de asegurar un nivel mínimo de imposición efectiva a los ingresos derivados del ahorro en el seno de la Unión Europea. M. Monti aprovechó la ocasión para anunciar su propósito de recomendar a la Comisión que presentase una proposición de directiva con el fin de eliminar las restricciones sobre los emplazamientos de los fondos de pensiones complementarios, un campo en el que, como ya se ha comentado hasta la saciedad, la inexistencia de reglamentación específica a nivel comunitario era causa de notables problemas. Tras la herencia del Libro Verde de junio de 1997, la directiva garantizaría a los beneficiarios el nivel de seguridad más elevado posible, exigiendo a los gestores de los fondos que invirtiesen de manera prudente permitiéndoles así beneficiarse del mercado único de capitales para buscar los sectores más beneficiosos en ese sentido. Además, la directiva garantizaría a los productos equivalentes propuestos por un organismo de pensiones, por una compañía de seguros o por cualquier otro organismo financiero, la aplicación de las mismas reglas de prudencia.

33 Con ello, la Comisión no hace más que seguir las recomendaciones contenidas en el discurso del Grupo de Alto Nivel sobre la libre circulación de personas presidida por Mme. Simone Veil, antigua presidenta del Parlamento Europeo.

Como colofón a esta breve pero intensa trayectoria histórica seguida por la materia que nos ocupa, el Programa de acción social (1998-2000) de la Comisión³⁴, en una línea continuista del programa anterior, engloba las líneas claves siguientes: 1. Empleo, capacitación y movilidad; 2. Un mundo laboral en mutación; y 3. Una sociedad no excluyente. Dentro de este último apartado, la Comisión se compromete a presentar propuestas, en particular relativas a la simplificación del Reglamento 1.408/71³⁵ y las pensiones complementarias³⁶.

3.2 Últimos logros: especial referencia a la ansiada Directiva 98/49/CE, sobre la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que se desplazan en el seno de la Unión Europea

3.2.1 La Directiva 98/49/CE, sobre la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que se desplazan en el seno de la Unión Europea

Tras fallidos intentos de las instituciones comunitarias -como hemos tenido ocasión de precisar *supra*- y en el marco fijado por el Plan de acción social (1998-2000), en la actualidad contamos ya con una directiva relativa a las pensiones complementarias, en concreto con la **Directiva 98/49/CE, sobre la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que se desplazan en el seno de la Unión Europea.**

Como la propia Directiva señala, su intención es la de proteger los derechos de los afiliados a regímenes complementarios de pensión que se desplacen de un Estado miembro a otro, contribuyendo con ello a eliminar los obstáculos a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la Unión (art. 1º). La propia directiva define en su art. 3º.b)³⁷ lo que entiende por *régimen complementario de pensión*, definición de la que se deriva que, respecto de la legislación española, sólo van a tener cabida los sistemas de previsión complementaria externa colectivos, quedando excluidos del ámbito material de la Directiva, los individuales.

34 COM (1998) 259 final, de 29 de abril de 1998.

35 Respecto de la simplificación del Reglamento 1.408/71, comentar que ya existe una propuesta de Reglamento (CE) del Consejo, relativo a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social [COM (1998) 779 final] cuyo propósito fundamental es de la simplificación de los dos reglamentos antes citados en pos de la obtención de una normativa comunitaria básica de seguridad Social menos compleja y más práctica (*vid.* Exposición de motivos).

36 A propósito de la segunda, adelantar que ya se ha aprobado una Directiva sobre la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que se desplazan en el seno de la Unión Europea, la 98/49/CE, de 29 de junio, a la que dedicamos el epígrafe siguiente.

37 El citado artículo reza así: "todo régimen profesional de pensión establecido de conformidad con la legislación y la práctica nacional, como los contratos de seguros de grupo o los regímenes por reparto acordados por uno o más sectores o ramas, los regímenes de capitalización o los compromisos de pensión garantizados por provisiones en el balance de las empresas o cualquier dispositivo de carácter colectivo o dispositivo comparable destinados a abonar una pensión complementaria a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia".

Sin más prolegómenos sobre la misma, que sigue la línea marcada por las proposiciones de directivas abortadas con anterioridad, y entrando ya en el contenido de la citada directiva, analizaremos de forma sucesiva su ámbito de aplicación subjetivo (1), su ámbito de aplicación material (2), así como medidas de salvaguarda previstas a tal efecto (3), para finalizar con algunas conclusiones generales.

(1) En cuanto al ámbito subjetivo de esta Directiva (sujetos), el propio art. 2º se encarga de explicitar que *“se aplicará a los afiliados a regímenes complementarios de pensión y a otros posibles beneficiarios de estos regímenes que hayan adquirido o estén en vías de adquirir derechos en uno o más Estados miembros”*. Como es de todos sabido, al hablar de “trabajadores desplazados” se está haciendo referencia a aquéllos destinados a trabajar en otro Estado miembro y que, a tenor de lo dispuesto en el título II del Reglamento 1408/71, siguen estando sujetos a la legislación del Estado miembro de origen (como excepción a la regla general de Derecho Internacional Privado de *lex loci laboris*). Por lo tanto, tras un análisis más profundo, resulta que el ámbito subjetivo está circunscrito a los sujetos que cumplan acumulativa las tres condiciones siguientes: a) trabajadores (en plural y como colectivo), b) desplazados o destacados, y c) que estén afiliados o lo hagan estado a un régimen complementario de protección.

(2) En cuanto al ámbito material de la misma (objeto), señalar que la presente Directiva a referida a los derechos de pensión derivados de regímenes complementarios, tanto voluntarios como obligatorios, con excepción de los ya cubiertos por el Reglamento 1.408/71. Destacar varios puntos en este extremo³⁸: 1. **El concepto de pensión complementaria** dado por la Directiva no coincide del todo con el seguido por la legislación española, ya que su finalidad va a ser ya no meramente complementaria de los regímenes públicos de previsión, sino incluso sustitutiva de los mismos (siguiendo la tendencia europea); 2. **Los riesgos cubiertos** coinciden en ambos cuerpos jurídicos (comunitario y español), de manera que se hace una referencia casi automática a la jubilación, y menos inmediata o cuanto menos supeditada a la legislación y práctica nacionales, de la invalidez y las prestaciones por supervivencia, omitiendo, en ambos casos, el desempleo; 3. Sólo hace referencia a los **sistemas de previsión complementaria colectivos** (obligatorios o facultativos) dejando al margen de su regulación los individuales.

38 Puntos que se desprenden de la regulación que sobre la materia se contiene en el art. 3º que se encarga de precisar los conceptos de “pensión complementaria” y “régimen complementario de pensión”, dada la utilización de éstos por vez primera en un texto normativa de la entidad del presente. En cuanto a lo que se entiende por “*pensión complementaria*”, decir que con este concepto se está haciendo referencia a “las pensiones por jubilación y, cuando así lo establezcan las normas de un régimen complementario de pensión establecido con arreglo a la legislación y a la práctica nacionales, las prestaciones por invalidez y de supervivencia, destinadas a completar o sustituir las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social para los mismos riesgos”. Respecto del concepto de “régimen complementario de pensión”, engloba a “todo régimen profesional de pensión establecido de conformidad con la legislación y la práctica nacional, como los contrato de seguro de grupo o los regímenes por reparto acordados por uno o más sectores o ramas, los regímenes por capitalización o los compromisos de pensión garantizados por provisiones en el balance de las empresas o cualquier dispositivo de carácter colectivo o dispositivo comparable destinados a abonar una pensión complementaria a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia”.

(3) En cuanto a las medidas que se articulan para facilitar a los trabajadores desplazados su afiliación a un régimen de este tipo, pueden destacarse las siguientes: igualdad de trato en el mantenimiento de los derechos de pensión (a), exportabilidad de los pagos abonados a un régimen complementario de pensión (b), posibilidad de seguir cotizando a los regímenes complementarios de pensión por parte de los trabajadores desplazados y en su nombre y (c), derecho de información de los afiliados (d). (a) En cuanto a la **igualdad de trato** en el mantenimiento de los derechos de pensión, la Directiva pretende garantizar que los afiliados para los que hayan dejado de abonarse cotizaciones a un régimen complementario de pensión como consecuencia de su desplazamiento de un Estado miembro a otro mantengan un nivel, respecto de los derechos ya adquiridos, equiparable al obtenido por los afiliados por los que pese a haberse dejado de cotizar, permanecen el territorio del Estado de origen. (b) En lo concerniente a la **exportabilidad de los pagos**, la Directiva garantiza la posibilidad de que los regímenes complementarios de pensión puedan ser pagados en Estados miembros diferentes de aquél en el que efectivamente se cotizó -una vez deducidos los posibles impuestos y gastos por transacciones-. (c) Respecto de las **cotizaciones**³⁹, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para que las cotizaciones a un régimen complementario de pensión establecido en un Estado miembro puedan continuar siendo abonadas por un trabajador desplazado que esté afiliado a un régimen de este tipo, o, en caso de no ser posible, en su nombre, y ello durante todo el tiempo que esté destinado en otro Estado miembro, quedando, además, exento -él mismo, o la persona que en su nombre lo haga- de cualquier obligación de cotización a régimen similar en otro Estado miembro. (d) Finalmente y en cuanto al **derecho de información** de los afiliados a un régimen de los que estamos abordando, serán los Estados miembros los obligados a adoptar las medidas necesarias para que las personas competentes respecto de dicha información, lo hagan de manera adecuada, debiendo de ser, cuanto menos, equiparable a la facilitada a los afiliados que hayan dejado de cotizar respecto de un régimen de este tipo pero que permanezcan en el mismo Estado miembro.

Llegados a este punto se presenta como ineludible reincidir sobre dos aspectos concretos: por un lado, se garantiza el **pago transnacional** o transfronterizo de la prestación total a la que se ha causado derecho -una vez deducidos impuestos y gastos por transacciones-; y, por otro, se hace un llamamiento a los Estados miembros para que tomen las **medidas oportunas** de cara a posibilitar que el trabajador desplazado afiliado a un régimen de este tipo pueda seguir cotizando -o que alguien lo haga por él- pese a encontrarse destacado en otro Estado miembro. A propósito del primero, decir que supone que las prestaciones complementarias puedan ser abonadas y, por tanto, percibidas en cualquier lugar de la Unión Europea, de manera que tanto los trabajadores que prestaron sus servicios a empresarios en diferentes Estados miembros como los que al finalizar su vida activa se instalan en otro Estado miembro y pretenden seguir percibiendo periódicamente prestaciones complemen-

³⁹ La propia Directiva se encarga de precisar el concepto de cotización en el artículo 3º.

tarias, verán protegidos sus derechos. Y es que “se trata de pensiones privadas con un grado de autonomía muy superior a las pensiones públicas, [por lo que] no tiene sentido la exigencia del requisito de residencia que, por lo demás obstaculizaría la exportabilidad de estas pensiones”⁴⁰. Sin embargo, lo que no se prevé es la posibilidad de totalización y prorrateo de períodos cotizados en diversos instrumentos previsionales de este tipo, para proceder después a su exportación de un Estado miembro a otro, y todo ello, por los problemas financieros y mercantiles que la institución de Planes y Fondos de Pensiones sigue y seguirá planteando en tanto en cuanto no se cree un Foro de Planes y Fondos de Pensiones como entidad transnacional organizadora y guardiana de operaciones de tal calibre, problemas ante los que no caben argumentaciones del tipo de que suponen obstáculos a la libre circulación de personas o capitales dada la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan limitaciones justificadas -en este caso, la falta de coordinación europea. En esta línea argumental, hay quienes plantean como alternativa la consecución de una mayor flexibilidad en los requisitos para la adquisición de los derechos complementarios de manera que se terminen de remover los obstáculos a la movilidad externa de los trabajadores, flexibilidad que pasaría por la posibilidad de afiliación transfronteriza, es decir, constituyendo un Régimen Complementario Europeo de Pensiones⁴¹.

Visto a grandes rasgos⁴² el marco jurídico de que dota a los regímenes complementarios de pensión la Directiva 98/49/CE, a continuación sólo apuntar algunas de las más recientes acciones de las instituciones comunitarias sobre la materia que nos ocupa.

3.2.2 Acciones más recientes a destacar

Tras la aprobación de la Directiva 98/49/CE era de esperar que se siguieran sucediendo las comunicaciones, recomendaciones, proposiciones de directiva y demás documentos jurídicos de las instituciones comunitarias dadas ya no sólo las dimensiones alcanzadas por este tipo de regímenes de pensiones sino por lo limitado de la directiva antes mencionada. Y así, menos de un año (11 de mayo del año en curso) se hizo esperar la Comisión para adoptar una comunicación en la que se formulan un conjunto de iniciativas que permitan a los regímenes de pensión complementaria adaptarse anticipadamente al Mercado Único y al euro, de manera que tanto los

40 López Cumbre, L.: “La protección social complementaria...”, *op. cit.*, p. 163.

41 López Cumbre, L., *op. cit.*, p. 170.

42 Sólo apuntar que respecto de las medidas referidas a ciertos aspectos de la aplicación de la presente Directiva, contenidas en las disposiciones finales (arts. 8º a 12º), se ha de tener en cuenta que: 1. Aunque la aplicación de las disposiciones contenidas en esta Directiva se aplicarán a los desplazamientos que comiencen a partir del 25 de julio de 2001 (art. 8º), los Estados miembros deberán introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación de las disposiciones de ésta puedan hacer valer sus derechos por vía judicial tras un eventual recurso a otras autoridades competentes para ello (art. 9º); 2. El resto de disposiciones finales (arts. 10º a 12º) hacen referencia a la necesidad de dar cumplimiento a las previsiones de la Directiva por parte de los Estado miembros, así como a los plazos para ello, la entrada en vigor de la misma, y el ámbito territorial que queda afecto (el constituido por los Estados miembros, claro está).

Estados miembros como los ciudadanos se encuentren mejor preparados para afrontar las consecuencias del envejecimiento de la población y mejorar la eficacia de los mercados de capitales, destino de las empresas europeas. Los objetivos de tal acción se articulan en torno a tres variables principales: 1. Proteger mejor a los afiliados reforzando la eficiencia de los emplazamientos (inversiones) realizados por los fondos; 2. Suprimir progresivamente los obstáculos a la movilidad profesional; 3. Perseguir la coordinación de los sistemas fiscales de los Estados miembros a fin de reducir las distorsiones fiscales a la prestación de productos de pensión complementaria sobre una base transfronteriza. Con ello, y en palabras de M. Monti “la creación de un Mercado Único para las pensiones complementarias constituiría una etapa importante de cara a la integración plena de los servicios financieros de la Unión, ayudaría a consolidar el modelo social europeo y constituiría una perspectiva mejor para los futuros pensionistas. La Comisión reconoce en esta Comunicación que la movilidad profesional se obstaculiza gravemente por la organización actual de los regímenes complementarios, de manera que los derechos de pensión complementaria resultan difícilmente transferibles de un Estado miembro a otro. Y ello porque la libre prestación de servicios escasamente funciona en la práctica dadas las dificultades fiscales a que se ven sometidos los Planes y Fondos de Pensiones a nivel transfronterizo. Es por esto por lo que se plantean tres frentes de lucha: 1. Uno relativo a la necesaria elaboración de una proposición de directiva sobre la reglamentación prudente de los fondos de pensiones profesionales y que haría referencia a obligados criterios de prudencia de cara a las inversiones de los fondos de que se nutren este tipo de sistemas, derivados de las cotizaciones de los afiliados a los mismos. 2. Otro relativo al levantamiento de los obstáculos a la movilidad profesional y que seguiría tres direcciones: la definición de condiciones de adquisición de derechos más propicios a la libre circulación, la convergencia de las modalidades nacionales de transferencia de derechos y el examen de las condiciones a cumplir para que un día un fondo pueda gestionar planes de diversos Estados miembros. Para todo ello se propone desde la Comisión la creación de un Foro de Pensiones en el que las partes sociales debatan la viabilidad de las medidas propuestas así como la proposición de otras. 3. Finalmente, la coordinación de los regímenes fiscales de los Estados miembros se plantea como problema emblemático de la materia que nos ocupa, proponiendo la Comisión la idea de que una primera iniciativa legislativa podría cubrir el tratamiento fiscal de las contribuciones transfronterizas hechas por los trabajadores migrantes a las instituciones de pensiones complementarias. Respecto de este tercer aspecto, la Comisión, el mismo 11 de mayo, adopta un plan de acción para el mercado financiero único, entre cuyos objetivos se encuentra la supresión de los obstáculos fiscales a la integración de los citados mercados, reclamando una coordinación fiscal que incluyese también la materia relativa a los regímenes complementarios de manera que se eliminase las distorsiones fiscales que afectan a los productos financieros transfronterizos (planes y fondos de pensiones).

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, es evidente la voluntad conciliadora las instituciones comunitarias ya que la intención de éstas no ha sido más que la de intentar conciliar

norma y realidad. Y es que ante la acuciante demanda fáctica de mecanismos protectores como los que hemos esbozados en líneas anteriores, se presentaba como inaplazable la existencia de una norma que hiciese frente a mecanismos previsionales de este tipo. Siempre se ha dicho que el derecho surge *a posteriori* de la realidad, y este aspecto parcial del ámbito de la Seguridad Social no es más que otro botón de muestra.

Respecto de la Directiva 98/49/CE, como fruto de todo el proceso previo -al que ya nos referimos extensamente en su momento- surge con la noble intención de proteger los derechos de pensión complementaria de los trabajadores desplazados en el seno de la Unión, siguiendo así en la línea de supresión de los posibles obstáculos a la libre circulación. Respecto de ella sólo añadir a las conclusiones planteadas con motivo de su análisis que: **1. A través del instrumento jurídico de la directiva**, las instituciones comunitarias sólo obligan respecto de la consecución de un objetivo concreto y no respecto de los medios para conseguirlo, por lo que habrán de ser los Estados miembros los que deban articular los mecanismos jurídicos adecuados para que ordenamiento interno y comunitario se respeten. Siguiendo esta filosofía, la Directiva se limita a precisar los objetivos a lograr, dejando al libre albedrío de los Estados miembros el desarrollo de los medios necesarios para lograrlos, siempre con el límite del respeto y supremacía de la norma comunitaria. Por todo ello, se entiende que es éste y no otro el instrumento jurídico que mejor representa la necesaria regla de la subsidiariedad legislativa⁴³. **2. Pese a las posibles críticas de nimiedad respecto de la regulación** en ella contenida -su ámbito subjetivo queda circunscrito a la categoría de trabajadores destacados o desplazados y no se acomete la polémica posibilidad de exportabilidad transfronteriza- arrojar una lanza a su favor, en tanto en cuanto, y dadas las dificultades observadas a lo largo de todo el proceso, podría ser el germen de sucesivas ampliaciones subjetivas (otros colectivos) y objetivas (haciendo frente a otros aspectos que por ser más polémicos precisen de un debate más amplio)⁴⁴.

Sin embargo, apuntar la importancia de que se continúe en el sentido marcado en la última comunicación y plan de acción de la Comisión expuestos líneas atrás, de manera que los avances sobre la exportabilidad o transferibilidad de estos mecanismos previsionales complementarios (libre de circulación de capitales) sea un hecho,

43 Esta opinión no es del todo unánime ya que hay quienes piensan que la utilización del instrumento jurídico de la directiva no ha sido del todo acertada dada su configuración como medio más que coordinatorio -el reglamento-, armonizador, como Gonzalo González, B. en la ponencia sobre "Perspectivas en la coordinación europea en seguridad social: la coordinación de las pensiones complementarias y del régimen de los funcionarios" ofrecida el día 30 de marzo del año en curso en el seno de las *II Jornadas nacionales sobre la Seguridad Social en Europa: Consecuencias sociales de la implantación del Euro (Madrid, 29-30-31 de marzo)*.

44 Del mismo modo que en sede de Seguridad Social comunitaria, las ampliaciones se han ido sucediendo en el tiempo. A modo de ejemplo sirva la inicial exclusión de categorías como los trabajadores por cuenta propia, los funcionarios públicos, o, más en boga, los estudiantes que han sido incluidos en el ámbito subjetivo de los Reglamentos 1.408/71 y 574/72 a través del Reglamento (CE) nº 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999.

más allá de los actuales problemas no sólo fiscales sino de inexistencia de fondos transnacionales a los que suscribirse en el uso de la libertad de circulación (de trabajadores). Se trata de una labor coordinatoria, que no ha de pretender ser armonizadora o unificadora so pena de caer en el olvido dadas sus dificultades fácticas, en la que todas las partes sociales han de mostrar altas cotas de tolerancia y de capacidad para el diálogo. Un diálogo que se presenta como arduo dada no ya la pluralidad de factores que han de ser tenidos en cuenta sino las importantes consecuencias que afectarán a varias de las disciplinas jurídicas conformadoras del ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando lo que está en tela de juicio es el futuro de la protección social bien merece la pena intentarlo.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTRÀS, A.: *Planes y Fondos de Pensiones*, EADA GESTION; 1992.
- BALANDI, G.G.: "Tendencias de la Seguridad Social en los países de la Unión Europea", RL, nº 5, 1996.
- BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. Y MOMPALER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social (y prestaciones complementarias)*, Tirant lo Blanch, 1996.
- CARCELÉN CONESA, J.M.: *Planes de Pensiones y Sistemas de Jubilación*, Tecnos, 1989.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "Origen, evolución y tendencias del Estado del Bienestar", RL, nº 9, 1996.
- ESCUADERO, R.: "Noviembre 1988", RL, nº1, 1989.
- FUENTES QUINTANA, BAREA TEJERINO Y OTROS: "Estrategia para un tratamiento de los problemas de la Seguridad Social Española", PEE, nº 12-13, 1982, pp. 20 y ss.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Planes y Fondos de pensiones: algunos aspectos de su régimen jurídico", RL, nº7, 1992.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: "La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho Social Internacional y Comunitario), nº 7, 1998.
- LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Seguridad Social Comunitaria y Jurisprudencia Española*, Cuadernos Civitas, 1996.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: *Estudios sobre Planes y Fondos de Pensiones*, Ariel Derecho, 1989.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: "Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I)", REDT, nº 40, 1989.
- "Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones", REDT, nº 41, 1989.
- "Instituciones de control y gestión de los Planes y Fondos de Pensiones (las formas de participación de los interesados en la gestión de estos sistemas de previsión voluntaria)", REDT, nº 48, 1991.
- "La posición jurídica de los partícipes en la estructura de gestión y el sistema de adopción de acuerdos en las comisiones de control de los planes y fondos de pensiones", RL, nº 8, 1992.
- *Público y privado en el sistema de pensiones*, Tecnos, 1996.
- *Los Planes de Pensiones del Sistema de empleo*, "Colección Laboral" de Tirant lo Blanch, nº 52, 1997.
- REGUERO CELADA, J.: "Aspectos jurídico-laborales de los Planes y Fondos de Pensiones", RL, nº4, 1995.
- TORRES LÓPEZ, J. (coord.): *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?*, Ariel, 1996..
- V.V.A.A.: *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, Editorial Española de Seguros, 2ª edic., 1989.
- V.V.A.A.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1993.