OISS
ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL

El Reglamento 883/04 y El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Encuentros en el Camino

Con el apoyo de:

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN
aecid
Cooperación Española

Esta publicación cuenta con la colaboración de la Cooperación Española a través de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y no refleja, necesariamente, la postura de la AECID.

El Reglamento 883/04 y El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Encuentros en el Camino

A) LA PERSPECTIVA DESDE LA UNION EUROPEA

1. Hace ahora aproximadamente 120 años, Alemania se convirtió en el primer país del mundo en adoptar un programa de seguro social para la vejez, diseñado por Otto von Bismarck. Las motivaciones del canciller alemán para introducir el seguro social en Alemania eran claras y directas: la economía alemana debía seguir funcionando con la máxima eficiencia, para lo que resultaba necesario promover, aunque fuera parcialmente, el bienestar de los trabajadores y evitar que las demandas socialistas más radicales se extendieran y prendiesen en la clase trabajadora. No es de extrañar por tanto que teniendo en cuenta la ideología política del canciller de hierro, tremendamente conservadora, se considerase en su momento a la Seguridad Social como materia de orden público que debía limitarse a los nacionales dentro del territorio nacional. Quizás por eso, losplanteamientos internacionalistas, personales o geográficos, tardaron varias décadas en emerger y, cuando lo hicieron, tuvieron que superar reticencias e incomprensiones por parte de muchos de los expertos en este ámbito.

2. A lo largo de la historia, el movimiento migratorio ha sido una constante con altibajos, produciéndose en el siglo XIX lo que hasta ahora podríamos considerar el flujo migratorio clásico más masivo cuantitativamente. En efecto, más de 55 millones de personas se desplazaron y cambiaron su residencia del viejo al nuevo Continente. Si en aquel tiempo los sistemas de Seguridad Social hubieran estado desarrollados convenientemente, con toda probabilidad la dimensión externa de la Seguridad Social sería yauna plena realidad y la cooperación entre Europa y América en este campo se hubiese consolidado como un paradigma exportable y plenamente aceptado. Sin embargo, y aunque no pudo aprovecharse esa oportunidad por razones que a nadie se nos escapan, se generó, en todo caso, un cambio sustancial en la mentalidad del europeo que dejó de considerarse un animal sedentario por excelencia y comenzó a liberar sus genes nómadas. Como causa o efecto de dichos flujos, y de forma simultánea en América, por primera vez en el mundo, el extranjero dejó de ser considerado como un extraño (Adam Smith), creándose un proceso de integración masivo que ha traído como consecuencia una *diversidad inclusiva* que puede servir de ejemplo para otros escenarios y contextos.

3. Lo que podríamos llamar la tendencia nacionalista en las primeras décadas del siglo XX de los sistemas europeos de Seguridad Social,mucho menos internacionalistas que sus homólogos americanos de esa época, comienza a sufrir una cambio gradual en los años 60 y siguientes al materializarse la libre circulación de trabajadores comunitarios dentro de la Comunidad Europea. Sin embargo, constatada la insuficiencia de la misma para cubrir todas las demandas de trabajadores existentes, se inicia un proceso expansivo hacia países cercanos culturalmente que podían ser considerados precandidatos (Portugal, España, Grecia),incorporándose a los mercados de trabajo cientos de miles detrabajadores como fuerza laboral para hacer frente a las necesidades quela nueva Europa requería. De este modo se produce una flexibilización progresiva de las rígidas posiciones nacionalistas en el ámbito de la Seguridad Social, reconociéndose , bien por motivos de reciprocidad, bien para evitar una competencia desleal, bien para contribuir a la financiación de las distintas ramas de seguro o también, en proporciones tampoco despreciables, por razones éticas o de principios, los beneficios de la seguridad social, a todos los trabajadores comunitarios y, por extensión indirecta, a los que en el futuro podrían alcanzar este status. En este sentido, los movimientos migratorios europeos fueron en gran medida los impulsores de la apertura que se produjo a partir de entonces en los herméticos sistemas nacionales europeos de Seguridad Social.

4. Además, esta visión cuasi endogámica de la construcción europea, con extensión, eso sí, a futuros Estados Miembros (Grecia, Portugal y España), era simultánea a una inmigración extranjera no comunitaria (de trabajadores yugoslavos, turcos, marroquíes, argelinos) lo que provoca y propicia una política de apertura al exterior a través de la negociación y suscripción de Convenios bilaterales con Estados terceros. De esta manera se posibilitaba, la exportación de las pensiones y la totalizaciónde todos los períodos de seguro cubiertos en los Estados signatarios para el acceso y reconocimiento de las mismas. Con todo ello se fue mejorandola dimensión interna (comunitaria) de los sistemas de seguridad social y construyéndose un germen de dimensión externa (en relación con los trabajadores provenientes de países terceros, primero, y hacia los trabajadores comunitarios desplazados a otros países terceros, después).

5. En este proceso de dimensión externa de la Unión Europea, un hito histórico fundamental lo constituye la caída del muro de Berlín que acentúa un escenario mundial que empezaba ya a caracterizarse por la

apertura de los mercados y la universalización del comercio. Se establece un nuevo orden que propicia la aparición de nuevos actores. Se propicia una política de liberalización del movimiento de capitales, de libre cambio yde inversiones extranjeras directas a través de las empresas multinacionales. Cambian las alianzas, se incrementan los intercambios comerciales y aumentan los flujos migratorios que se dirigen en especial, hacia una Europa que sufre un creciente envejecimiento de su población yuna baja natalidad. Y, con ello, o precisamente por ello, se acrecienta la necesidad de ahondar en un proceso de internacionalización de las normas de seguridad social para conseguir que los ciudadanos en general y los trabajadores, migrantes o sedentarios, en particular, con independencia de su nacionalidad, no se vean perjudicados en sus derechos y puedan beneficiarse de lo que podríamos denominar una
«*globalización social*» que, en realidad, se ha centrado, de momento,sobre todo, en los movimientos migratorios.

6. Comienza a extenderse la idea, interesada, de que no es posible soslayar la globalización, sobre todo un tipo de globalización, o evadirse de ella y que resulta suicida negarse a aceptar esta evidencia. Europa, o una parte de la misma, se convierte, de pronto, en la campeona del librecambismo, otorgándose el papel de protagonista a la Organización Mundial del Comercio. Sin embargo, la Ronda de Doha llega a un punto muerto, del que pocos creen que pueda salir. Los grandes países, como China y Estados Unidos practican políticas implacables de apoyo o protección de sus sectores más vulnerables y, al tiempo, reclaman la apertura total de las fronteras a los demás. Varias de las llamadas potencias emergentes hacen exactamente lo mismo. En cambio, la política comercial europea, ingenua y desorientada, inicia el desmantelamiento y la deslocalización deuna parte significativa de su industria y se apresta, convencida o engañada, al retroceso sin precedentes de su modelo social. Ello no es obstáculo para que, en el campo de la Seguridad Social, se hayan dado pasos positivos, por varias vías – extensión del reglamento europeo a los nacionales de terceros países, directivas sobre inmigración, convenios de la UE con varios países y la Comunicación de la Comisión sobre la dimensión externa de la coordinación de la seguridad social – para desarrollar la dimensión internacional de la Seguridad Social. En ello inciden necesidades prácticas más que ideológicas o políticas.

7. La Unión Europea ha desarrollado múltiples iniciativas en el campo de la coordinación interestatal de la seguridad social como consecuencia del establecimiento y desarrollo de la libre circulación de trabajadores. En efecto, las Instituciones comunitarias (en especial el Tribunal de Justicia) fueron conscientes de que, para garantizar esta libertad, resultaba

necesario evitar tanto las barreras directas como las indirectas. En este sentido debe reconocerse que la falta de armonización de los sistemas europeos de Seguridad Social puede constituir un grave obstáculo para los movimientos laborales transfronterizos, A ello responde, precisamente,con carácter general, el papel de las normas de coordinación, que intentanque los trabajadores migrantes no pierdan sus derechos o expectativas de derecho cuando se desplacen de un país a otro y queden sujetos a diferentes sistemas de seguridad social. Para ello, los Tratados establecen, en el ámbito de la coordinación, la competencia exclusiva dela Unión creando un marco legislativo que a través de una serie de grandes principios - igualdad de trato, unicidad de legislación aplicable, mantenimiento de los derechos adquiridos (exportabilidad de las prestaciones), conservación de los derechos en curso de adquisición (totalización de períodos de seguro) y colaboración administrativa -, permite un encaje y acoplamiento de los sistemas nacionales de seguridad social cuando la carrera laboral de una persona se haya realizado en dos o más Estados.

8. Cuando se habla de coordinación europea de los regímenes de seguridad social, inmediatamente surge la referencia directa al Reglamento 1408/71[1], al Reglamento 574/72[2] y a sus sucesores los Reglamentos 883/04[3] y 987/09[4] que pueden ser considerados uno de los logros más señalados del derecho social/laboral europeo y de la Europa de los ciudadanos. A este respecto, conviene subrayar que estos instrumentos legislativos tienen una limitación personal (el campo subjetivo incluye únicamente a los ciudadanos de la Unión) y territorial (ámbito geográfico circunscrito al territorio comunitario). No obstante, la expansión inmigratoria (pese a la voluntad política restrictiva de la UE) y la propia voluntad extensiva de las normas de coordinación han llevado a ampliar el principio de igualdad de trato a los trabajadores de países terceros establecidos regularmente en la

[1] REGLAMENTO (CEE) No 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, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (Versión consolidada — DO no L 28 de 30. 1. 1997)

[2] Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad (Diario Oficial n° L 074 de 27/03/1972)

[3] Reglamento (CE) n o 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166 de 30.4.2004, p. 1)

[4] REGLAMENTO (CE) No 987/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de septiembre de 2009por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE L284/1 de 30/10/2009)

UE. Para ello, se han aprobado los Reglamentos 859/2003[5] y 1231/2010[6], mediante los que se amplía el campo personal de los Reglamentos 1408/71 y 883/04 a los nacionales de terceros Estados que realizan su actividad laboral legalmente en territorio de la Unión. Además, el Reglamento 883/04 es aplicable en el Espacio Económico Europeo (Noruega, Liechtenstein e Islandia) y en la Federación Helvética.Consecuentemente, en el caso de territorios y personas, las normas de coordinación europea contemplan el elemento extranjero o, más precisamente, el elemento no comunitario, lo que comporta una cierta tendencia expansiva que supera, aunque sea parcialmente, fronteras y nacionalidades.

9. De todos modos, la tarea no puede darse por terminada ni cerrado el ciclo. En efecto, la globalización requiere un esfuerzo y compromiso adicional en este campo, fundamentalmente por tres tipos de razones. En primer lugar, para salvaguardar los derechos de los trabajadores migrantes de terceros países que pueden ejercer su actividad laboral, a lo largo del tiempo, en varios Estados de la Unión, alguno de ellos con Convenio bilateral con el Estado de origen del migrante y otros no. Segundo, para proteger a los nacionales de la UE en sus desplazamientos por motivos de trabajo fuera de la Unión. Tercero, para reforzar la cooperación con Estados cuasi continentes con gran protagonismo en el ámbito internacional, o con agrupación de Estados integrados en espacios o en Organizaciones regionales o Internacionales. Lamentablemente queda mucho todavía por hacer. En efecto, la Unión, al menos hasta ahora, no ha actuado como interlocutor único y ha dejado a los Estados miembros, por separado, el monopolio de las relaciones externas en materia de Seguridad Social.Poco a poco, sin embargo, comienza a detectarse una tendencia que reclama que la UE, como tal, pueda negociar y firmar Acuerdos Internacionales que otorguen una protección bi o multilateral más completaque la que ofrecen los Convenios bilaterales. Y es que la globalización exige más, especialmente si se desea que el modelo social europeo perviva y no quede destruido por el modelo chino o norteamericano. Espor ello que se debe de tratar de expandirlo a través de su políticas exterior – comercial, de inversiones, emigratoria, de desarrollo sostenible…, aunque solo sea- por razones de propia supervivencia,

[5] Reglamento (CE) n° 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas. (DOUE L 124/120.5.2003 de 20/5/2003)

[6] Reglamento (UE) n o 1231/2010 del Parlamento y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) n o 883/2004 y el Reglamento (CE) n o 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos (DO L 344 de 29.12.2010)

promoviendo y potenciando reglas sociales y medioambientales a nivel mundial.

10. Una cuestión previa antes de continuar: ¿es posible que la Unión, o al menos sus normas y principios, puedan trascender de sus fronteras externas o bien, deben obligatoriamente quedar confinadas en un espacio geográfico coincidente, como máximo, con lo que es Europa? Pregunta sin respuesta clara o con múltiples respuestas. Vayamos con la nuestra. No se trata, en este trabajo, de propugnar una extensión ilimitada de las Instituciones comunitarias ni de avanzar en una loca carrera hacia adelante en un afán expansionista que implique, como consecuencia final, una pérdida de identidad que ponga en peligro o diluya el proyecto europeo. Ahora bien, no por eso deben dejarse de lado las relaciones con países terceros o con otras Organizaciones Internacionales. Al contrario, precisamente en un mundo globalizado, la interrelación – justa y recíproca - es la clave del éxito, por lo que, por una parte, deberíamos aceptar que en el club europeo también caben invitaciones puntuales para no socios que quieran colaborar y cooperar en un plan o acción concreto, y por otra, Europa debe ser capaz de recibir y aceptar invitaciones de otros espacios geográficos, políticos o institucionales que quieran reforzar sus relaciones con la UE.

11. Europa, al menos desde la perspectiva de la Unión, trasciende de una dimensión exclusivamente territorial que la constriña al territorio del viejo continente, o mejor dicho, a parte del mismo. Por supuesto que el espacio geográfico juega un papel importante en la caracterización del proyecto europeo. Ahora bien, este elemento no es determinante ni excluyente, como lo demuestra el hecho de que determinados territorios de la Uniónse encuentren precisamente fuera de Europa. Conviene recordar a este respecto que el artículo 355[7] del TFUE contempla la aplicación de sus disposiciones a los Departamentos franceses de Ultramar, las Azores, Madeira e Islas Canarias. En consecuencia, la Unión se extiende porvarios Continentes, siendo de aplicación su derecho y normativa también fuera del escenario europeo *stricto sensu*. A este respecto en el asunto Boukhalfa[8], el Abogado general Sr. Lèger, al interpretar el artículo 229 del Tratado, antecedente inmediato del mencionado artículo 355, refiriéndose a la igualdad de trato ,defiende la tesis que el referido precepto, tal como está redactado, implica un campo espacial que sobrepasa el conjunto de todos los territorios de los Estados miembros, por lo que, concretamente

[7] *Además de las disposiciones del artículo 52 del Tratado de la Unión Europea relativas al ámbito de aplicación territorial de los Tratados, se aplicarán las disposiciones siguientes:.Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias, de conformidad con el artículo 349.*

[8] Asunto 214/94

en este caso, el hecho de que la actividad de un trabajador se realice fuera del territorio de la Unión no implica, necesariamente, la inaplicación del principio comunitario de igualdad de trato en el ámbito laboral y social. En consecuencia, nunca debe menospreciarse, tal como veremos más adelante, la atracción y fuerza centrípeta de determinadas normas comunitarias que encierran en su interior una cierta dimensión externa que supera los límites geográficos.

12. La dimensión externa del cualquier ordenamiento jurídico, puede encontrarse en la propia acción expansiva de las normas internas (por ejemplo, exportación de pensiones reconocida por el derecho interno) o bien ser el resultado de la política exterior a través de Instrumentos Internacionales bilaterales o multilaterales. Ambas fórmulas están conectadas y se complementan mutuamente. La gran diferencia estriba en que en el primer caso las obligaciones son unilaterales mientras que en el segundo los compromisos afectan a varios Estados, Instituciones u Organizaciones con niveles equiparables o asimétricos, según los casos, de reciprocidad o proporcionalidad. En este sentido, y centrándonos en la Unión Europea, en los últimos años se está detectando una tendencia hacia la regulación de la inmigración con ciertos elementos transnacionales. Así, en la Directiva 2011/98/UE[9] del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, se establece, ***sin exigencia de reciprocidad*** la igualdad de trato para los trabajadores de terceros países incluidos en el campo subjetivo de la Directiva que desarrollen su actividad laboral en el territorio de la Unión, posibilitándose igualmente que dichos trabajadores, cuando retornen a su país de origen, puedan recibir las pensiones legales por vejez, invalidez o supervivencia en las mismas condiciones y en las mismas cuantías que los nacionales de los Estados Miembros de que se trate.

13. En algunos párrafos precedentes hemos hecho referencia a los efectos extraterritoriales que pueden contenerse en las propias normas comunitarias. Sin embargo, queda pendiente un campo más amplio y desgraciadamente todavía poco desarrollado: la acción exterior de la Unión Europea. No obstante, y como regla general, puede establecerse un paralelismo entre las competencias internas y externas según la cual la Unión ostenta competencias externas (implícitas) en todos los ámbitos en

[9] Directiva 2011/98/UE de 13 de diciembre de 2011por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro23.12.2011.Diario Oficial de la Unión Europea L 343/1 de 23 /12 /2011.

que las bases jurídicas del Tratado le atribuyan (expresamente) competencias *ad intra*. Pues bien, teniendo en cuenta que en el campo de la libre circulación de trabajadores y en las disposiciones de coordinación de regímenes de Seguridad Social se ha producido una transferencia de soberanía desde los Estados miembros a la Unión, puede quedar habilitada ésta, dada la competencia que tiene atribuida, a la eventual celebración, en estas materias, de Convenios con terceros Estados. Sobreeste particular, el Tribunal de Justicia dictaminó en su día: "*En el ámbito delas relaciones exteriores, el Tribunal de Justicia ha declarado que sepondrían en peligro la misión de la Comunidad y los fines del Tratado si losEstados miembros pudieran contraer obligaciones internacionales que contuvieran normas que pudieran afectar a las normas adoptadas por la Comunidad o alterar su alcance*".

14. Faltaría todavía dar un paso decisivo: La celebración de Acuerdos de la Unión en materia de Seguridad Social con terceros Estados o con Organizaciones Internacionales. A este respecto, conviene señalar de antemano que esta vía está ya recogida, con carácter general, en elArtículo 216 del TFUE que establece: «*La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Uniónу a los Estados miembros*". En consecuencia, al menos desde el punto de vista estrictamente jurídico, lo que no asegura que también lo pueda ser desde el político, podría ser factible esta opción.

15. Sin embargo los Estados Miembros son muy reacios a perder sus competencias en el ámbito de las relaciones internacionales, por lo que debe iniciarse un lento proceso de convencimiento que permita, en un futuro mediato, explorar esta vía. Para ello resulta fundamental conocer la posición, en relación con esta posibilidad, de las distintas Instituciones y Órganos Consultivos de la UE - Comisión, Consejo, Parlamento, Tribunal de Justicia, Comité Económico y Social Europeo, Comité de las Regiones, dado que solamente de forma consensuada puede avanzarse en esta materia. Por ello, a continuación van a repasarse los diversos pronunciamientos al respecto, pudiéndose ya adelantar que es el Consejo, la Institución Europea que mantiene un enfoque más contrario a esta línea de actuación dado su carácter más nacional y su anclaje más directo con los Gobiernos de los Estados Miembros.

16. Comencemos nuestra andadura por la Comisión Europea, que en el año 2012 ha presentado una Comunicación de gran trascendencia en este campo "***La dimensión exterior de la Coordinación en materia de seguridad social de la UE***"[10] en la que se aboga, con carácter general, por una estrategia europea común en el ámbito de la coordinación de regímenes de seguridad social de cara a terceros Estados, estrategia que complemente y complete los enfoques nacionales y que permita reforzar elpapel de la UE en el resto del mundo. A este respecto debe hacerse hincapié que la Comunicación de la Comisión es legataria del Encuentro Unión Europea /América Latina y Caribe de Ministros y de máximos responsables de Seguridad Social, celebrado en Alcalá de Henares en mayo del 2010, que puso la primera piedra de la cooperación interregional en materia de seguridad social y abrió la puerta a la vía de grandes Acuerdos multilaterales.

17. La Comisión, en su Comunicación, parte de la base de que la dimensión externa de las normas de Coordinación ha sido, hasta la fecha, prioritariamente competencia de los Estados miembros. Estos, a través de Convenios bilaterales, han regulado la situación en el campo de la Seguridad social de los ciudadanos originarios de las Partes signatarias (Estado miembro y Estado tercero), en el supuesto de migraciones laborales. Esta línea de actuación nacional conlleva, forzosamente, un escenario de geometría variable en el que cada Estado Miembro defiende sus propios intereses y celebra Convenios bilaterales en base a sus propios criterios de oportunidad – y no siempre en plena sintonía con la legislación comunitaria - o únicamente con países dentro de su área de influencia. No obstante, resulta prácticamente imposible que los 27 Estados de la Unión puedan, por separado, iniciar negociaciones con todos los países del globo, y aunque estuvieran dispuestos a ello, probablemente se encontrarían con que muchos de ellos, probablemente los más importantes, se negarían, por su posición dominante, a este esfuerzo desmedido e inútil. Parece difícil de imaginar que, centrándonos solamente en el ámbito iberoamericano, países como Brasil, Argentina o, México estuvieran dispuestos a satisfacer los deseos o necesidades de los pequeños o medianos Estados Europeos cuyos intereses, por separado, no son especialmente atractivos para las grandes economías emergentes.

[10] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE»
COM(2012) 153 final

18. Como bien indica la Comisión en su Comunicación, este proceso de negociación bilateral tiene un carácter fragmentado ya que, en la práctica, los Estados miembros actúan unilateralmente si tener en cuenta, ni a veces información, de los intereses de los otros Estados miembros ni de las acciones que en este campo se están desarrollando. Tampoco, en ocasiones, se acomodan a todas las exigencias de la normativa comunitaria. Asimismo, los principales socios comerciales de la UE optan por la celebración de Acuerdos con determinados Estados miembros mientras excluyen a otros. En consecuencia, no existe una armonización de enfoques o de criterios lo que, a su vez, redunda en una falta de transparencia y descoordinación que perjudica a trabajadores y a empresas.

19. Frente a esta perspectiva nacional de la dimensión externa en materia de seguridad social, la Comisión propugna, como complemento y/o alternativa, una perspectiva de la dimensión externa en la que se tengan en cuenta los intereses de la Unión en su conjunto. En este sentido, a fin de evitar las disfunciones anteriormente comentadas, la Comisión se ha comprometido a examinar si, en determinadas circunstancias, puede ser conveniente que los Estados miembros actúen conjuntamente en el ámbitode la coordinación en materia de seguridad social con respecto a un tercer país concreto. A tal efecto, podría utilizarse la vía de Acuerdos de la UE sobre seguridad social. Estos acuerdos de la UE podrían celebrarse, por ejemplo, para abordar asuntos vinculados con la doble cotización a la seguridad social o con la exportación de pensiones y **su aplicación podría, según la Comisión, ser voluntaria para los Estados miembros.**En la Comunicación se prevé que este tipo de Instrumentos pudieran celebrarse, en especial, con algunos de los socios estratégicos de la UE o con aquellos con los que existe desplazamientos significativos de trabajadores.

20. La segunda Institución a la que se va a pasar revista es el **Tribunal de Justicia,** lógicamente a través de sus pronunciamientos. A este respecto, el Órgano jurisdiccional europeo ha actuado siempre como contrapeso de algunas actuaciones o interpretaciones que podríamos considerar excesivas por parte de los Estados Miembros. Estos se han opuesto, tradicionalmente, a aceptar cualquier dimensión extraterritorial del derecho comunitario, rechazando la aplicación del mismo a hechos o situaciones localizados o generados fuera del espacio geográfico de la Unión. En algunos casos, las pretensiones de los Estados han sido realmente incoherentes por lo que la Corte de Luxemburgo se ha visto obligada a restablecer un equilibrio que, con frecuencia, ha sido inestable. Tal es el caso de la pesca en alta mar, *asunto Kramer*[11], en cuya sentencia, se

[11] Asunto 3/76

reconoce que esta actividad queda incluida en la competencia reglamentaria, *ratione materiae,* de la Comunidad a pesar de que la zona geográfica en que se desarrolle se encuentre fuera de las fronteras territoriales de los Estados miembros. Sin embargo, otros supuestos son más complejos y controvertidos por lo que resultaba imprescindible, para una aplicación uniforme, una aclaración o iluminación por parte del estamento judicial comunitario que tiene encomendada la interpretación del derecho. Así, en lo que se denomina «asuntos argelinos» (Fiège y Horst) se demandó del Tribunal de Justicia un pronunciamiento sobre las consecuencias de la independencia de Argelia en el Reglamento 3 (antecedente del Reglamento 1408/71). Téngase en cuenta que este instrumento comprendía ese territorio como parte integrante de Francia en su campo de aplicación geográfico, por lo que debían dilucidarse losefectos jurídicos de los periodos cubiertos, antes de la independencia de dicho país (1 de julio de 1962), para hechos causantes posteriores a dicho evento (cálculo de las pensiones). Conviene señalar que, por ley, Francia ya había reconocido a sus nacionales el cómputo de estas cotizaciones, rechazando en cambio extender este derecho a los ciudadanos de los restantes Estados miembros.

21. En el *asunto Hirardin*[12], el Tribunal de Justicia fue tajante en su pronunciamiento al declarar que la no consideración de cómputo y totalización de los periodos cubiertos por ciudadanos comunitarios no franceses en Argelia antes de su independencia atentaba contra el principio de igualdad de trato establecido en el Tratado. Debe señalarse que esta línea argumental se ha seguido también para otros territorios descolonizados con similares problemáticas. Así, en la sentencia recaída en el *asunto Walter Bonzzone*[13] que trataba de un trabajador italiano que había trabajado en el Congo belga, antes de su independencia y posterior transformación en Zaire, las autoridades belgas se negaron, en base a los periodos cubiertos en el Congo belga, a reconocer una prestación de invalidez por residir el interesado en Italia y no en Bélgica. Tampocoaceptó el Tribunal este planteamiento al estatuir que «*El Reglamento1408/71 se aplica a la situación de un beneficiario de prestaciones garantizadas por la legislación de un Estado Miembro y relativas a una actividad asalariada desarrollada en un territorio que mantuvo con dicho Estado Miembro relaciones particulares*». La jurisprudencia posterior en este ámbito ha seguido una línea continuista para supuestos idénticos o totalmente equiparables, confirmando la vocación externa de las normas de coordinación.

[12] Asunto 112/75
[13] Asunto 87/76

22. EL Tribunal ha avanzado aún más en los supuestos de legislación aplicable cuando los interesados ejercen su actividad laboral en un Estado tercero, fuera de los límites territoriales de la Unión Europea, como trabajador destacado. Conviene recordar que algunos Estados miembros contemplan en su legislación la posibilidad, y muchas veces la obligación, de mantener el aseguramiento en el país donde la empresa tiene su sede cuando desplazan trabajadores a un tercer Estado con el que no tienen suscrito Convenio Internacional. Se trata de ordenamientos que protegen a sus nacionales fuera de su ámbito geográfico con el fin de compensar las desventajas que, en el campo de la seguridad social, puedan ocasionarse con motivos de trabajos temporales en otros Estados. Pues bien, este tipo de normativa estatalista, más allá del territorio nacional, se ve confrontada con el principio comunitario de igualdad de trato y su aplicación fuera de los confines europeos. En este sentido, resulta paradigmática la sentencia recaída en el *asunto Prodes*[14]*t* relativo a un trabajador belga desplazado por una empresa francesa de trabajo temporal a Nigeria que deseaba mantener su afiliación a la Seguridad Social francesa durante el periodo de desplazamiento a lo que se negaba la Institución francesa. La Corte de Justicia declaró que el principio de igualdad de trato es aplicable también «*cuando el trabajador ejerce temporalmente sus actividades laborales fuera del territorio comunitario por lo que debe descartarse toda disposición discriminatoria con referencia a los nacionales de otros Estados*». Consecuentemente, el factor territorio no es exclusivo ni excluyente y tiene que convivir con otros elementos que lo modulan. De este modo, la competencia comunitaria, referida al principio de igualdad de trato, debe tener también en cuenta la «*vinculación suficientemente estrecha*» con la Comunidad, lo que puede presumirse si se prueba queun trabajador ha sido contratado por una empresa de un Estado miembro y como consecuencia de ello ha sido afiliado a la Seguridad Social dicho Estado. En este caso tiene que mantenerse la afiliación igualmente durante el periodo de misión o desplazamiento a un Estado tercero.

23. El Tribunal de Justicia ha incidido reiteradamente en su tesis de que la libre circulación de trabajadores y, consecuentemente, el principio de igualdad de trato no depende únicamente del lugar en donde se realiza la actividad laboral (territorio comunitario) sino de la vinculación deltrabajador con un régimen de seguridad social como consecuencia a su vez de la relación laboral existente con el empresario que le desplaza a un tercer Estado. Así en el *Asunto Aldewered*[15], el pronunciamiento jurisdiccional establecía la aplicación del Reglamento 1408/71 en el supuesto de un nacional holandés destacado por una empresa alemana a Tailandia. De forma parecida, esta vez más centrado en el principio e

[14] Asunto 237/83
[15] Asunto 60/93

igualdad de trato laboral, falló la Corte de Justicia a favor de la señora *Boukhalfa,* nacional belga empleada en la Embajada de Alemania en Argelia, a la que se pretendía aplicar a un régimen salarial distinto del de sus compañeros alemanes, lo que implicaba una discriminación *ad personam* a la que se opone el derecho comunitario.

24. Continuando con la aplicación del principio de igualdad de trato y en una nueva vuelta de tuerca, el derecho comunitario, con su *vis expansiva* ha pretendido penetrar, con distinta suerte, en lo que los Estados miembros han considerado una de sus competencias exclusivas: las relaciones con terceros Estados en el ámbito de la Seguridad Social. La dialéctica que subyace en este enfrentamiento no es privativa de las normas de coordinación sino que tiene un alcance mucho más amplio. De lo que se trataría es de resolver cómo quedan afectados los Convenios bilaterales que con carácter general puedan suscribir los Estados miembros, por las disposiciones y principios comunitarios. Más concretamente y centrándonos en los Instrumentos bilaterales de Seguridad Social, **la cuestión a dilucidar es si éstos quedan comprendidos, aunque solo sea en parte, en la esfera de las competencias comunitarias (con la consiguiente obligación de respeto de los principios comunitarios) o si la soberanía de los Estados miembros en este campo es total sin que quepan limitaciones comunitarias**. Concretando y acotando más el tema, podríamos preguntarnos, desde otra perspectiva, si una norma (Convenio) que incluye dentro de su campo de aplicación personal únicamente a los nacionales de los Estados signatarios, puede vulnerar el principio de igualdad de trato entre ciudadanos comunitarios, al reconocer una protección diferente, dependiendo de la nacionalidad del interesado.Y, claro está, nuevamente, ante el disenso entre la Unión y los Estados miembros, debe ser el Tribunal de Justicia el que actúe para establecer el marco regulador y los criterios de actuación.

25. A este respecto, el fallo jurisdiccional más importante sobre la dimensión externa de las normas de coordinación y el que más nos interesa como base de este trabajo, recayó en el asunto *Elide Gottardo*[16] contra el Instituto Nacional de Previsión italiano. La demandante, de nacionalidad francesa, trabajó sucesivamente en Italia, Suiza y Francia donde acreditó periodos de seguro. Tanto Francia como Suiza reconocieron las correspondientes pensiones sin necesidad de proceder a la totalización de periodos. No obstante, Italia denegó la pensión por no cubrir el periodo mínimo de cotización a pesar de que se procediera al cómputo de los periodos de seguro con Francia (aplicación del Reglamento 1408/71). La posibilidad de que Italia le otorgara una pensión pasaba por la aplicación del Convenio entre Suiza e Italia que estaba solamente abierto a los

[16] Asunto 55/00

nacionales de los Estados signatarios. En resumen, lo que se tenía que dilucidar es si la no consideración de un trabajador comunitario no italiano como sujeto de derecho del Convenio bilateral entre Suiza e Italia, conculcaba el principio de igualdad de trato entre ciudadanos de la Unión establecido en el artículo 12 del Tratado (actualmente artículo 18 delTFUE) y, por tanto, implicaba una discriminación por razón de nacionalidad. La respuesta fue tan contundente que me voy a limitar a trascribir tres considerandos escalonados del fallo jurisdiccional que me parecen esclarecedores y que recogen de forma resumida, pero a la vez de manera muy precisa, la doctrina al respecto. 1) «*En el caso de un Convenio Internacional Bilateral los Estados miembros no pueden dejar decumplir las normas comunitarias, sino que deben ejercer su competencia respetando el Derecho comunitario…»; 2) «De dicha jurisprudencia se desprende que, al aplicar los compromisos suscritos en virtud de convenios internacionales, ya se trate de un convenio entre Estados miembros o de un convenio entre un Estado miembro y uno o variospaíses terceros, los Estados miembros deben, sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 307 CE, respetar las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. El hecho de que, por suparte, los países terceros no tengan que respetar ninguna obligación con arreglo al Derecho comunitario es, a este respecto, irrelevante.»; 3) «Delas consideraciones que preceden, resulta que cuando un Estado miembro celebra con un país tercero un convenio internacional bilateral de seguridad social que prevé el cómputo de los periodos de seguro cubiertosen dicho país tercero para tener derecho a prestaciones de vejez, elprincipio fundamental de igualdad de trato obliga a dicho Estado miembroa conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que aquellas de las que disfrutan sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación».*

26. De este modo, nuevamente el Tribunal reconoce a las normas comunitarias un grado de extraterritorialidad que vincula, eso sí, únicamente a los Estados miembros sin que produzca directamente efecto alguno en terceros Estados: «*La extensión a los trabajadores nacionalesde otros Estados miembros del beneficio que supone el cómputo de los periodos de seguro cubiertos en Suiza para tener derecho a las prestaciones de vejez italianas, aplicado unilateralmente por la República Italiana, no pone en absoluto en peligro los derechos que se derivan para la Confederación suiza del Convenio ítalo-suizo ni impone a ésta nuevas obligaciones*».

27. La Sentencia Gottardo establece la dimensión externa de las normas comunitarias y a su vez, de modo no intencionado, fija los límites de dicha

dimensión. De hecho, el mandato jurisdiccional reconoce que las obligaciones jurídicas dimanantes del mismo solo vinculan al Estado Miembro demandado y no al tercer Estado que no puede quedar afectado por un Tribunal que no tiene sobre él competencia ni al que pueden exigírsele el cumplimiento de un ordenamiento que no le es aplicable. Es decir, la Sentencia comentada no genera obligaciones recíprocas o compartidas para los dos Estados (Italia y Suiza) sino que responde a un planteamiento unidireccional, vinculante para una parte (Italia) y neutral para la otra(Suiza). Sin embargo, desde el punto de vista del derecho abre una incógnita que nos debería hacer reflexionar. ¿cómo se puede ejecutar una sentencia por la parte demandada cuando, para su ejecución, se requiere la intervención y colaboración de un tercero que no queda obligado? Descendamos del mundo de las ideas al de los actos. Es posible que muchos Estados terceros se nieguen a realizar gestiones, formalizar trámites, cumplimentar impresos, remitir comunicaciones, desarrollar acciones, contestar escritos o acceder a peticiones en relación con personas que no están incluidas en el campo de aplicación personal del Convenio que, no se olvide, en muchos supuestos solamente cubre, intencionadamente, a los nacionales de los Estados signatarios. Por ello, si se pretende que la sentencia Gottardo no sea una mera declaración y enumeración de intenciones y principios programáticos asentados en el mundo virtual será necesario iniciar un proceso de cooperación activo y efectivo con otros países y otras regiones o lo que es lo mismo, dotar a las normas de coordinación de una dimensión externa que las abra a otros espacios y escenarios. En resumen, dos opciones se intuyen en el horizonte: o bien se desarrolla, con el fin de cumplir las obligaciones que la Unión, a través de su Tribunal de Justicia se ha autoimpuesto, una política de reciprocidad con otros socios no comunitarios o bien potenciamos la idea de una Unión Europea virtual como consecuencia de la oposición de los países miembros a que la Unión juegue ningún papel efectivo en esta materia fuera de sus fronteras. Entre estas dos grandes vías convendría recordar la sentencia Gottardo que si bien ha contribuido a extender la dimensión externa de las normas comunitarias, al mismo tiempo ha fijado de manera clara los límites, deficiencias y vacuidad de dicha dimensión externa si no se cuenta con la colaboración de otras Regiones del Mundo, siendo imprescindible, a su vez, que la UE actúe también como tal.

28. La siguiente Institución a analizar es el **Parlamento Europeo,** que al ser la única realmente elegida por sufragio popular, representa la Europa de los ciudadanos y busca, en todo momento, un enfoque europeocompatible con los intereses de la población de los distintos Estados Miembros. Por ello los pronunciamientos del colegislador europeo tienen una importancia capital y se instalan, frente al "*ser"* del Consejo, en el ámbito del "*deber ser*". Y, es de este modo, como debe interpretarse la

Resolución de 14 de marzo de 2013[17] sobre la integración de los inmigrantes, el impacto sobre el mercado de trabajo y la dimensión externa de la coordinación de los sistemas de seguridad social en la UE que examina, entre otros Instrumentos y actos no legislativos, la Comunicación de la Comisión, de 30 de marzo de 2012 «La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE».

29. Para ser fiel al espíritu del Parlamento Europeo, a continuación se transcriben literalmente algunos considerandos, peticiones, y recomendaciones. Por su contundencia y claridad, no es necesario realizar comentario alguno.

- *Considerando que la globalización económica va acompañada de la globalización social, lo que tiene consecuencias concretas en la coordinación externa de la seguridad social tanto para los nacionales de la Unión Europea como para los de terceros países.*

- *Considerando la imposibilidad de que los Estados miembros celebren acuerdos bilaterales de carácter recíproco en materia de seguridad social con todos los terceros países; que intentarlo conduciría a un sistema fragmentado en el que se registraría un trato desigual de los ciudadanos de la UE; así como que es necesaria una acción a escala europea. Solicita a la Comisión que emprenda acciones para abordar la coordinación de la seguridad social en relación con los nacionales de terceros países, en particular el respeto de los derechos, cuando abandonen la UE o vuelvan a entrar en la UE, y que complemente la política de migración de la UE con medidas adecuadas que aborden los derechos adquiridos en materia de seguridad social de los correspondientes inmigrantes;*

- ***Celebra, en este contexto, el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, y sugiere la posibilidad de que otros Estados miembros se unan a Portugal y España a esta iniciativa como una plataforma de coordinación a escala europea;***

- *Pide, por tanto, que la dimensión externa de la coordinación de los sistemas de seguridad social en la UE se incluya de forma preferente en las relaciones exteriores de la UE y en sus negociaciones con terceros países; Subraya que deben protegerse los derechos de los ciudadanos de la UE también fuera de la UE, si estos trabajan o han trabajado en terceros países.*

[17] Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, sobre la integración de los inmigrantes, el impacto sobre el mercado de trabajo y la dimensión externa de la coordinación de los sistemas de seguridad social en la UE 2012/2131(INI)

- *Solicita, por lo tanto, que se alcance un enfoque unificado y recíproco de la UE para la coordinación de la seguridad social en relación con terceros países que abarque a todos los ciudadanos de la UE y de terceros países, sin perjuicio de los derechos de los nacionales de terceros países derivados de acuerdos de asociación y desarrollados por el Tribunal Europeo de Justicia.*

- *Destaca que la UE puede desempeñar un papel pionero en el campo de la dimensión externa de la coordinación de los sistemas de seguridad social y fijar pautas globales*.

30. Debe reconocerse que bastaría con esta declaración institucional del Parlamento Europeo para dar contenido y sentido a este trabajo. En efecto, el colegislador de la Unión se pronuncia sin ambigüedades en favorde la dimensión externa de las normas de coordinación y sugiere distintas alternativas. Además propone acciones concretas, sumándose y en algunos casos superando, los planteamientos de la Comisión Europea.De especial relevancia es la referencia al *Convenio Iberoamericano de Seguridad Social* y la invitación a los Estados Miembros a hacer realidad una plataforma de coordinación a escala europea.

31. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión cuenta con un Órgano consultivo de especial relevancia, el **Comité Económico y Social Europeo,** cuya composición y funcionamiento se encuentran recogidos en los artículos 300 al 304 del TFUE y cuyos dictámenes, preceptivos, ,facultativos o de propia iniciativa, tienen gran influencia en el presente y en el devenir del derecho de la Unión ya que son el cauce de expresión de las organizaciones de empresarios, trabajadores y de otros sectores representativos de la sociedad civil, en particular en los ámbitos socioeconómico, cívico, profesional y cultural.

32. Con fecha 14 de Noviembre del 2012, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) aprobó un dictamen[18] relativo a la Comunicación de la Comisión sobre la Dimensión Exterior de la Coordinación en materia de seguridad social de la UE. En dicho dictamen, que tuvo una palmaria influencia en el texto de la Resolución del Parlamento Europeo antes comentada, se apoyan y defienden los postulados de la Comunicación y se presentan una serie de recomendaciones que, en ciertos casos, van más allá que la propia Comisión. En efecto, algunas propuestas expuestas

[18] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE» [COM(2012) 153 final]
(2013/C 11/15

tímidamente por la Comisión, como el reforzamiento del enfoquecomunitario en la negociación de Acuerdos UE con los grandes Estados que tienen incidencia mundial o con nuestros principales socios comerciales, son recogidas por el CESE con mucha más energía y decisión. Así, se aboga por una negociación directa de la UE, en materia de seguridad social, con terceros países, potencias emergentes y organizaciones supranacionales. Con ello, se estaría reforzando la imagende la UE como actor global y no como una suma de individualidades, conlo que el peso específico de la UE en su conjunto serviría para mejorar la situación de salida y probablemente de llegada en la negociación especialmente con países como China, India o Brasil que tienen capacidad de decidir con quién suscriben un Convenio bilateral de Seguridad social y fijar calendario y condiciones. Y es que el CESE considera que solamente bajo el paraguas de la Unión se puede actuar frente a grandes potencias. Además, colige que con respecto al resto de los Estados terceros, será mucho más adecuado y eficaz, aunque solamente fuera por economía de esfuerzos, un enfoque global. Es decir, vale mucho más una única negociación que 28 negociaciones descoordinadas, en las que cada Estado luche por sus propios intereses.

33. Para finalizar, y con ánimo de mostrar una panorámica con visos de objetividad y credibilidad, resulta imprescindible presentar la posición de la Institución más reticente a cualquier acción exterior en el ámbito de lo social: **El Consejo**. A este respecto debe subrayarse que si el Parlamento representa a la Europa de los Ciudadanos, el Consejo es, por su naturaleza, la Institución europea más marcadamente vinculada a los intereses de los Estados Miembros y sus Gobiernos y como consecuencia,la más contraria a transferir, aunque sea indirectamente, parte de sus competencias (en este caso política exterior) a la Unión. Además, el Consejo, que actúa regularmente como colegislador con el Parlamento Europeo a la hora de aprobar iniciativas legislativas, lleva en este campola voz cantante, ya que es el competente para autorizar la apertura de negociaciones de Acuerdos Internacionales, fija las directrices de negociación y negocia los Acuerdos.

34. Sin embargo, debe reconocerse que aunque sea de forma lenta y pausada, el Consejo ha comenzado a dar los primeros pasos en relación con la dimensión externa de las normas de coordinación al aprobarse las Decisiones sobre coordinación de los sistemas de SS de los Acuerdos de Asociación, Estabilización y Cooperación con Israel, Túnez, Argelia, Marruecos, Croacia, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, San Marino, Albania y Turquía. Con estos instrumentos se opera un cambio cualitativo en la política de SS de la Unión al establecerse y regularse bilateralmente (Unión/ Estado asociado) el principio de igualdad de trato y

la exportación de pensiones. Se trata, por tanto, de obligaciones y derechos recíprocos que afectan tanto a los ciudadanos de la Unión que trabajen o hayan trabajado en alguno de los referidos países como a los nacionales de los Estados asociados que hagan o hayan hecho lo propio en territorio de la Unión. Ya no se trata de normas unilaterales de la Unión Europea aplicables en una sola dirección, sino de compromisos internacionales que benefician mutuamente a las dos partes signatarias. Además, con este tipo de acuerdos y las correspondientes decisiones de desarrollo, se recogen en un único acto jurídico lo que equivaldría a una multiplicidad de convenios bilaterales.

35. Cualquier experto en temas de coordinación será consciente que todavía queda mucho camino por recorrer por parte de la UE hasta la celebración de auténticos Acuerdos Internacionales en materia de Seguridad Social con terceros Estados o con Organizaciones Internacionales. Es cierto, y no se debe, por ello, echar las campanas al vuelo. No obstante se ha superado una parálisis que ha durado demasiado tiempo. En efecto, el compromiso de elaborar normas de coordinación, a título de ejemplo, con el Reino de Marruecos, se remonta al Acuerdo de Cooperación de 1976, que preveía que "*antes de finalizar el primer año tras la entrada en vigor del presente Acuerdo (noviembre de 1978), el Consejo de Cooperación adoptará dichas normas*". Se han tardado más de 30 años en dar cumplimiento a esta obligación, lo que habla por sí solo de las dificultades en el seno del Consejo. Por tanto, la dimensión externa de las normas de coordinación es una carrera de fondo en la que debe imperar la constancia, la paciencia y el tesón.

B) LA PERSPECTIVA DESDE IBEROAMERICA

36. Iberoamérica, a diferencia de otras regiones del Continente americano, se ha distinguido por su vivacidad, energía y vitalidad en el campo de la coordinación de regímenes de Seguridad Social. Probablemente no sea ajeno a esta tendencia el hecho que los flujos migratorios externos procedentes de otros continentes, principalmente Europa, y los internos entre los propios Estados americanos, han creado un escenario que caracteriza a esta zona geográfica como la de mayor intensidad mundial en movilidad transfronteriza. Por ello, especialmente en el ámbito multilateral, la Comunidad Iberoamericana es un paradigma de la protección de los derechos de los trabajadores migrantes. A este respecto, los múltiples ejemplos de integración regional y subregional, con plena realización o en grado de mera tentativa, han tenido su reflejo en la Seguridad Social a través de Instrumentos internacionales. Baste mencionar, sin ánimo de agotar el tema, el Acuerdo Multilateral de

Seguridad Social del Mercado Común del Sur, el Instrumento andino de Seguridad Social o el Convenio Multilateral de Prestaciones de la Seguridad Social de Centro América y Panamá.

37. De todos modos, y aun reconociendo la importancia de estas normas de coordinación interestatal, equiparables, en mayor o menor medida a otros experimentos clásicos multilaterales que se han realizado en Europa o en África, lo que destaca en la Comunidad Iberoamericana es fundamentalmente la existencia de proyectos de Seguridad Social transfronteriza que, a diferencia de la Unión Europea y de sus Reglamentos de coordinación , no responden a procesos de integración regionales o subregionales sino más bien a la pertenencia a una misma entidad cultural . Y esto es precisamente el elemento más original de la construcción del edificio de coordinación iberoamericano y el que le dotade una flexibilidad de la que no gozan Instituciones supranacionales detipo tradicional. A este respecto, el pilar básico sobre el que se ha sustentado esta novedosa alternativa que ya comienza a transformarse en un clásico, con seguidores e imitadores, es la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), organismo internacional, de carácter técnico y especializado, que tiene como finalidad promover el bienestar económico y social de los países iberoamericanos en el ámbito de la protección social.

38. La OISS encuentra sus primeros antecedentes en el I Congreso Iberoamericano de Seguridad Social celebrado en Barcelona en 1950 (anterior por tanto al establecimiento de la Comunidad Económica Europea), en la que se crea una Secretaría de apoyo, adoptándose en el IICongreso Iberoamericano de Seguridad Social celebrado en Lima (Perú) en 1954(tres años antes del Tratado de Roma), la “Carta Constitucional dela OISS”. Años más tarde, en 1958, se acordaron en el III Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, celebrado en Quito, los estatutos provisionales de esta Institución, Finalmente, en el XI Congreso de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, en Punta del Este (Uruguay), los días 7 y 8 de diciembre de 1995 se aprobaron los Estatutos definitivos.

39. No corresponde hacer referencia en este trabajo a las múltiples actividades que realiza la OISS (estudio, investigación, asistencia técnica, capacitación del personal…). Nos vamos a limitar únicamente a los aspectos de la dimensión externa de las normas de coordinación, centrándonos en los Instrumentos multilaterales desarrollados y en la incidencia de los mismos en el panorama de la Seguridad Social Internacional. A tal efecto, debemos citar, en primer lugar El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social (CISS), firmado en Quito, el día 26

de enero de 1978[19], con ocasión de la Reunión Anual del Comité Permanente de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, que es homologable, siempre respetando la características propias de Europa y América, al Reglamento 1408/71. De hecho, responde a los mismos principios (igualdad de trato, mantenimiento de los derechos en curso de adquisición, conservación de los derechos adquiridos, unicidad de legislación aplicable y colaboración administrativa). Con respecto a su campo de aplicación material, el Convenio recoge las prestaciones médico-sanitarias, y las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes. El resto de las prestaciones, aun siendo muy importantes, no planteaban serios problemas de conservación de derechos adquiridos o en vías de adquisición a los distintos Estados iberoamericanos por lo que no figuran en este Instrumento.

40. Transcurridos más de 35 años desde la aprobación del Convenio de Quito, sorprende la valentía de sus redactores en la regulación de las prestaciones de enfermedad , adentrándose en el espinoso tema del servicio de prestaciones en especie en caso de urgencia durante la estancia temporal en Estado distinto del competente A este respecto, debe indicarse que también en el ámbito del Reglamento 1408/1 estaban recogidas esta prestaciones, lo que ha supuesto y sigue suponiendo un auténtico quebradero de cabeza para las Instituciones de los Estados Miembros, especialmente con respecto a los reembolsos. Además, enrelación con las pensiones, el Convenio, al igual que el Reglamento, opta por el doble cálculo, pensión nacional /pensión prorrateada, con lo que se recoge la fórmula más avanzada y garantista para los trabajadores migrantes.

41. Lo que más llama la atención de este Convenio, así como de su sucesor el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social[20], de 10 de noviembre de 2007, es su campo de aplicación subjetivo que se adelanta 25 años al Reglamento 1408/71 al no condicionar la protección de los trabajadores y sus beneficiarios al requisito de nacionalidad. En efecto, de una manera elegante el Convenio establece en su artículo 3."*Los derechos mencionados se reconocerán a las personas protegidas que presten o hayan prestado servicios en cualquiera de los Estados Contratantes, reconociéndoles los mismos derechos y estando sujetas a las mismas obligaciones que los nacionales de dichos Estados con respecto a los específicamente mencionado en el presente Convenio".* Probablemente, podría existir una interpretación restrictiva de este precepto, teniendo en cuenta las definiciones contenidas en el artículo 4, a) *Personas*

[19] Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Quito el 28 de enero de 1978. Boletín Oficial del Estado de España núm. 196, 17 de Agosto de 1982

[20] Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado. España núm. 7/2011, de 8 de Enero de 2011.

protegidas: Los beneficiarios de los Sistemas de Seguridad Social, Previsión Social y Seguros Sociales de los Estados Contratantes, y entender que el Convenio se refiere a los nacionales de los EstadosContratantes, pero no parece que ésta fuera la voluntad de los redactores que hubieran podido elegir una redacción mucho más contundente como la recogida en el Reglamento 1408/71. En efecto, este Instrumento, en su artículo 2, es mucho más restrictivo y, con mucha claridad, limita su ámbito personal a los nacionales de los Estados Miembros: "*El presente Reglamento se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionalesde uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes"*. Hubo que esperar al Reglamento 859/20003 para que los nacionales de terceros Estados quedaran protegidos e incluidos en las normas de coordinación comunitaria.

42. El éxito de los Reglamentos de coordinación comunitaria radica, a pesar de su complejidad, en la aplicación directa y uniforme de los mismos por parte de los Estados Miembros. En este sentido, debe reconocerse la gran contribución que a este respecto han realizado la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia y la Comisión administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social. Sin embargo, el Convenio de Quito no ha aspirado a esta uniformidad y ha optado por una diversificación a la carta , por lo que su estructura es la de un Convenio marco que debe ser desarrollado por las Partes, tal como se establece en su artículo 17 "*La aplicación del presente Convenio se sujetará a los siguientes procedimientos: a) Cada Parte Contratante comunicará a la Secretaría General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social su voluntad de formalizar con una o más de las Partes Contratantes los acuerdos y demás instrumentos adicionales para la aplicación del Convenio. b) Los acuerdos administrativos que se formalicen definirán el ámbito del presente Convenio en cuanto a las categorías de personas incluidas y exceptuadas, capítulo o capítulos del título II que se dispone aplicar, fecha de vigencia y procedimientos de aplicación. c) Las Partes Contratantes comunicarán a la Secretaria General de la OrganizaciónIberoamericana de Seguridad Social los acuerdos administrativos y demás instrumentos adicionales que se suscriban".* Seguramente, estaencomiable flexibilidad, ha abierto vías de cooperación entre los Estados Iberoamericanos pero a su vez, ha podido lastrar su decurso y evolución, abriendo, como contrapartida positiva, la puerta a otro tipo de Instrumentosmás innovadores y uniformizadores, como el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 2007 que puede ser considerado legítimo sucesor y legatario del Convenio de Quito.

43. El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS) es el resultado de los intensos trabajos que tuvieron lugar en la V Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Socialde los países de Iberoamérica, celebrada en Segovia, España, en el año 2005 y de los Acuerdos de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno: XV de Salamanca (2005) y XVI de Montevideo (2006). Como corolario de estas reuniones, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y la Secretaria General Iberoamericana (SEGIB) prepararon un documento que, una vez consensuado, fue presentado como texto formal del Convenio Multilateral, a la VI Conferencia de Ministros y Máximas Autoridades de Seguridad Social, celebrada en Iquique en 2007, siendo aprobado y elevado a los Jefes de Estado y de Gobierno en la XVII Cumbre Iberoamericana de Santiago de Chile, en noviembre de 2007, que lo adoptó por unanimidad.

44. SI el Convenio de Quito puede compararse históricamente al Reglamento 1408/1, el CMISS sería para el área Iberoamericana el equivalente al Reglamento 883/04, con el que guarda múltiples paralelismos materiales y formales. Bien es verdad que el campo de aplicación material del CMISS es más reducido, centrándose en las prestaciones económicas de invalidez, de vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y de enfermedad profesional (las más importante y las que más requieren la existencia delas normas de coordinación) pero esto no es óbice para reconocer que ambos instrumentos, el iberoamericano y el comunitario, son perfectamente homologables y hasta, salvando las distancias, intercambiables.

45. El realismo de los redactores del CMISS es, en algunos supuestos, encomiable y digno de mención En efecto, con gran elegancia y originalidad, resuelven la espinosísima problemática de las prestaciones sanitarias (prestaciones médicas) a través de la voluntariedad y la bilateralidad: "*Las prestaciones médicas previstas en las legislaciones de los Estados Parte quedan excluidas del presente Convenio, sin perjuiciode lo dispuesto en el apartado 5 del presente artículo. Dos o más Estados Parte del presente Convenio podrán ampliar el ámbito objetivo del mismo, extendiéndolo a prestaciones o regímenes excluidos en principio. Los acuerdos bilaterales o multilaterales mediante los que se proceda a esa extensión y los efectos de la misma se inscribirán en el Anexo III".* En este sentido debe reconocerse que las prestaciones medico/farmacéuticas son las que más problemas plantean de cara a su coordinación por lo que la opción elegida por el CMISS excluyendo "***ex ante***" estas prestaciones pero simultáneamente dejando "***ex post***" autonomía a los Estados para su inclusión bilateral, debe considerarse paradigmática. Asimismo, esta

fórmula también es aplicable para otras prestaciones no comprendidas en principio en el Campo de aplicación material del CMISS, con lo que se establece un modelo realmente práctico, abierto a desarrollos de futuro.

46. Nuevamente el CMISS, en su artículo 2,se adelanta al Reglamento 883/04 en la integración en el campo de aplicación subjetivo, a todas las personas aseguradas sin limitaciones de nacionalidad: "*El presente Convenio se aplicará a las personas que estén o hayan estado sujetas a lalegislación de uno o de varios Estados Parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes".* En cambio, en el ámbito de la Unión, fue necesario un nuevo Reglamento, el 1231/10 del que se han descolgado Dinamarca y Reino Unido, creando una situación de geometría variable que crea incertidumbre y atenta contra los principios uniformizadores que pretenden todos los Reglamentos y, especialmente, los Reglamentos de Coordinación. Por tanto, el Reglamento 883/04 y el CMISS son dos normas coordinadoras de seguridad social que parten de dos puntos de conexión bien distintos, a saber, la nacionalidad o el aseguramiento.

47. Si la problemática de la globalización en relación con la Seguridad Social ha sido un tema de difícil aceptación y digestión por parte de la Unión Europea, iniciándose de hecho el primer acercamiento serio a este tema en 2010, con motivo del Encuentro Unión Europea /América Latina y Caribe de Ministros y de máximos responsables de seguridad social, celebrado en Alcalá de Henares, debe reconocerse que la posición de la Comunidad Iberoamericana a este respecto ha sido mucho más abierta. En efecto, el CMISS, desde el principio de su andadura, ha tenido en cuenta este fenómeno y ha actuado inmediatamente para enfrentarse a losretos que comporta el incremento de los flujos migratorios y sus repercusiones y consecuencias en el campo de la Seguridad Social. De hecho, podría afirmarse que el propio CMISS es una respuesta directa a laglobalización y un elemento, por sí mismo, de la dimensión externa de las normas de coordinación que opta por la multilateralidad sin menoscabo o detrimento de la bilateralidad. A este respecto, el propio Parlamento Europeo pone de ejemplo expreso al CMISS a la hora de gestionar la dimensión externa :"***Celebra, en este contexto, el ConvenioIberoamericano de Seguridad Social, y sugiere la posibilidad de que otros Estados miembros se unan a Portugal y España a esta iniciativa como una plataforma de coordinación a escala europea"*** o el Comité Económico y Social Europeo :***La acción exterior de la Unión puede verse completada en este campo con el desarrollo de una política multilateral que estreche lazos con otras organizaciones internacionales o entidades regionales supranacionales. Un ejemplo notable de esta cooperación multirregional lo constituye el Convenio***

Iberoamericano de Seguridad Social, del que forman parte los países latinoamericanos, España y Portugal. En este sentido, el CESE apoya las iniciativas de la Comisión Europea y de la Presidencia chilena de la próxima Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la UELAC encaminadas a mejorar entre ambas partes la cooperación en materia de SS.

48. Nada mejor para ilustrar la vocación universalista del CMISS y su apuesta por la dimensión externa de las normas de coordinación que transcribir algunas de las consideraciones generales contenidas en el preámbulo de este instrumento Multilateral:

- *Constatando que el proceso actual de globalización conlleva nuevas y complejas relaciones entre los distintos Estados que implican, entre otros, una creciente interdependencia entre países y regiones como consecuencia del movimiento más fluido de bienes, servicios, capitales, comunicaciones, tecnologías y personas*

- *.Reconociendo que este proceso, tanto a escala global como a nivel regional, conlleva en el ámbito socio-laboral una mayor movilidad de personas entre los diferentes Estados.*

- *Teniendo en cuenta que la realidad presente aconseja promover fórmulas de cooperación en el espacio internacional que abarquen distintas actividades y, en especial, la protección social en la Comunidad Iberoamericana, en la que existe un amplio acervo común de carácter cultural, económico y social.*

- *Convencidos de que esta realidad requiere también políticas sociales y económicas adecuadas que se manifiestan, entre otras, en la necesidad de que el proceso de globalización vaya acompañado de medidas tendentes a promover la coordinación normativa en materia de protección social que sin alterar los respectivos sistemas nacionales, permitan garantizar la igualdad de trato y los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores migrantes y de las personas dependientes de ellos.*

- *Afirmando la urgencia de contar con un instrumento de coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones que garantice los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos, con el objetivo de que puedan disfrutar de los beneficios generados con su trabajo en los países receptores.*

49. Probablemente la gran diferencia entre las normas de coordinación de los regímenes de Seguridad Social europeos e iberoamericanos, o lo que es lo mismo, el Reglamento 883/04 y el CMISS sea su génesis o fundamento que, a su vez, condiciona, su naturaleza jurídica. Tratándose del Reglamento 883/2004, la coordinación es un medio para hacer efectiva - de conformidad con el art 48 del TFUE[21] – la libertad de circulación de trabajadores comunitarios, articulando así un sistema que elimine las barreras directas o indirectas y que permita su ejercicio sin la consiguiente pérdida de derechos de seguridad social. Por el contrario, el CMISS, es un fin en sí mismo, en tanto que, aunque indirectamente pueda facilitarla movilidad entre los Estados Partes, no forma parte de un sistema estructural regional amplio como es la UE, sino que se trata de un acuerdo puntual que versa sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. En ese sentido, el Reglamento 1231/10 responde más a la opción del CMISS que a la del Reglamento 883/04 ya que los nacionales de terceros Estados no tienen derecho a la libre circulación como los ciudadanos comunitarios. No obstante, dentro del derecho de la Unión coexisten estas dos vías lo que abre la posibilidad de una dimensiónexterna de las normas de coordinación sin necesidad de aplicar o recurrira la libre circulación de trabajadores

50. No se trata en este trabajo de analizar comparativamente todas las disposiciones del CMISS y del Reglamento 883/04. Baste con decir que las Partes o los Estados Miembros podrían aplicar indistintamente, en la mayor parte de los casos, uno u otro Instrumento sin que variase el nivel de protección para los trabajadores migrantes. De hecho, las dos grandes normas de coordinación son similares hasta en el número de posibles y potenciales beneficiarios, aproximadamente 500 millones de personas cada una de ellas que las hace incomparables, tanto desde una perspectiva cualitativa como cuantitativa, con cualquier otro Instrumento similar a escala mundial. Parece lógico pensar que estos dos Instrumentos no deberían actuar como departamentos estancos, ignorándose mutuamente. En algún momento y para algún caso concreto tienen que interrelacionar, máxime cuando dos países, España y Portugal, son Estados Miembros para el Reglamento 883/04 y Partes en el CMISS.

---

[21] "*El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes:*
la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;
el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros"

51. Aunque más adelante entraremos en la problemática de un trabajador que acredite períodos de seguro por ejemplo en Bolivia, España y Francia, lo que desearíamos estudiar en éste y el siguiente párrafo es como conviven ambos instrumentos cuando existe un posible conflicto por coincidir en un mismo sujeto ambos Instrumentos. En este sentido, resulta significativa la respuesta del Reglamento 883/04 que, en su artículo 8, repudiando cualquier competencia, establece: En *su ámbito de aplicación, el presente Reglamento sustituirá a cualquier otro convenio de seguridad social aplicable entre los Estados miembros". "No obstante, continuarán siendode aplicación determinadas disposiciones de convenios de seguridad social suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del presente Reglamento, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado. Para que estas disposiciones sigan siendo aplicables, deberán ser inscritas en el anexo II".*

52. Por el contrario, el CMISS es mucho más complaciente, flexible e integrador: "*El presente Convenio tendrá plena aplicación en todos aquellos casos en que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte. En los casos en que sí existan convenios bilaterales o multilaterales se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario. Cada Estado Parte informará a la Secretaría General Iberoamericana, a través del Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), los convenios bilaterales y multilaterales que están vigentes entre ellos, la cual procederá a registrarlos en el Anexo IV de esteConvenio. Una vez vigente el presente Convenio, los Estados Parte de los convenios bilaterales y multilaterales inscritos en el Anexo IV determinará las disposiciones más favorables de los mismos y lo comunicará al Secretario General de la OISS.* En consecuencia, al ser la fecha de aplicación (marzo del 2013) del CMISS entre España y Portugal posteriora la entrada del Reglamento 883/04 (mayo 2010), este último Instrumento reclamaría su aplicación excluyente, lo que indirectamente sería aceptadopor parte del CMISS, con lo que se evitaría un conflicto esquizofrénico de pertenencia e identidades. De todos modos, a pesar de que ambos Instrumentos ofrecen una protección cuasi idéntica, podría el CMISS, en elfuturo, desarrollarse y ofrecer, en algunos supuestos, derechos más perfeccionados para el trabajador migrante que haya realizado su carrera laboral en España y Portugal. La solución podría encontrarse forzando unainterpretación extensiva, en el propio Reglamento 883/04 que señala: *Dos o más Estados miembros podrán celebrar entre ellos, en caso necesario, convenios basados en los principios y el espíritu del presente Reglamento*.El CMISS podría entrar en este supuesto por lo que sus disposiciones másfavorables podrían ser de aplicación.

53. Los sistemas legales de pensión de los Estados Iberoamericanos presentan con respecto a sus homólogos de los países de la UE, una mayor heterogeneidad, al convivir, en el primer pilar, regímenes de reparto con regímenes de capitalización individual. A este respecto, el tratamiento que el CMISS ofrece a esta dualidad es original, novedosa y paradigmática por lo que quizás en un futuro pueda servir de ejemplo para el Reglamento 883/04 que no contiene una disposición similar. En efecto, el artículo 16 del CMISS regula en el cálculo de las pensiones basadas en la capitalización individual, la totalización de períodos para garantizar pensiones mínimas cuando el saldo acumulado fuera insuficiente y la posibilidad de aportaciones voluntarias, bajo determinadas condiciones, al sistema de capitalización individual de un Estado, aunque no se trabaje resida en dicho Estado. Además se abrela posibilidad de transferencia de fondos entre regímenes de capitalización, lo que supone explorar nuevas vías para mejorar la portabilidad de los derechos.

C) PUNTOS DE ENCUENTRO. PERSPECTIVAS COMUNES

54. Todo apunta a que la dimensión externa de las normas decoordinación comienza a ser un tema recurrente en los ámbitosiberoamericano y europeo que gana protagonismo en los foros internacionales. En realidad, Europa e Iberoamérica comparten la preocupación por la protección del trabajador migrante, coincidiendo, aun con distintas intensidades, perspectivas, planteamientos, posiciones y principios generales. En consecuencia, de lo que se trataría ahora, a partir de esta premisa, de examinar objetivamente las necesidades mutuas o concurrentes y los intereses comunes que podría propiciar un acercamiento entre los dos grandes Instrumentosde Coordinación, Reglamento 883/04 y CMISS.

55. Según los últimos datos de Eurostat (16 de Mayo de 2013) en el territorio de los Estados Miembros de la UE residen más de dos millones de ciudadanos iberoamericanos. Por supuesto, la mayor parte de ellos lo hacen en España y Portugal (1.4000.000 aproximadamente), países estos que ya son Parte del CMISS. Sin embargo, más de medio millón de nacionales iberoamericanos habitan en otros países europeos (+300.000 en Italia, +100.000 en Alemania+20.000 en Holanda+18.000 en Suecia +18.000 en Bélgica). Además, no se contabilizan en estas cifras países como Francia y Reino Unido que no han aportado datos estadísticos. Por tanto, existe un colectivo muy importante de ciudadanos, en su mayor parte

trabajadores, pensionistas o miembros de sus familias que podrían estar interesados o necesitados de Instrumentos Internacionales de Seguridad Social que protegieran sus derechos. Sin embargo, aunque debe reconocerse que se han desarrollado aisladamente negociaciones bilaterales entre algunos países europeos e iberoamericanos, estas son insuficientes y cubren solamente un pequeño porcentaje de los posibles beneficiarios.

56. Resulta muy difícil disponer de datos del número de ciudadanos europeos residentes en países iberoamericanos. Téngase en cuenta, a tal efecto que, a diferencia de Europa, América, en su conjunto, ha sido y es muy generosa a la hora de la concesión de la nacionalidad, por lo que, después de unos pocos años, se diluye y debilita el elemento de la procedencia u origen. Además, los Convenios de doble nacionalidad o la existencia *de facto* de dos nacionalidades sin reconocimiento mutuo formal que actúan como departamentos estancos, dificulta y distorsiona cualquier aproximación estadística al respecto. Sin embargo, a nadie se le escapará la presencia en Iberoamérica de grandes colectivos de españoles, portugueses, italianos, alemanes u holandeses, por citar únicamente los más importantes. No obstante, no debe olvidarse que los flujos migratorios están variando y, a estos efectos, es ilustrativa la siguiente aseveración de la Organización Internacional de las Migraciones "*Migrantes europeos van a Sudamérica para escapar de la crisis económica que azota sus países. Nueve de cada diez españoles e italianos que desde el 2008 han migrado a América Latina, lo han hecho al Cono Sur, principalmente a Argentina, Chile y Uruguay. La cifra de españoles residentes en Ecuador, que no es un destino tradicional de emigración, pasó de 2.900 en 2006 a 6.700 en 2010", (Panorama Migratorio de América del Sur, publicado en octubre de 2012 por la Organización Internacional para las Migraciones. OIM).*

57. Iberoamérica en estos momentos parece ser un fuerte polo de atracción especialmente para la población europea procedente sobre todo del sur de Europa pero también de Irlanda, donde hay un fuerte incremento de los niveles de desempleo. Asimismo, y a título meramente de ejemplo, puede señalarse que uno de los mayorescrecimientos de los permisos de trabajo concedidos en Brasil para el año 2012 (73.022) corresponde a especialistas altamente cualificados, procedentes en su mayor parte de países europeos, y que son empleados en áreas de ingeniería, tecnología, análisis de sistemas, petróleo y gas, construcción civil y obras de infraestructura. Por otra parte, y abundando en esta dirección, en un informe reciente de la

Organización Internacional para las Migraciones (Panorama Migratorio de América del Sur 2012) se pone de manifiesto que los flujos migratorios de la Unión Europea a América Latina han crecido de forma importante, mientras que la migración en sentido opuesto ha disminuido, atribuyéndose este cambio de tendencia a la crisis económica que afecta a la Unión Europea. Según el informe, entre2008 y 2009, cerca de 110.000 europeos migraron a América Latina.En cambio, los migrantes latinoamericanos hacia los países de la Unión Europea descendieron de 400.000 en 2006 a 229.000 en 2009. Pese a esta nueva tendencia, según el informe, todavía hay 4,29 millones de personas de América Latina viviendo en Europa, principalmente en España, el Reino Unido, Holanda, Italia y Francia.Por su parte, los europeos residentes en América Latina suman 1,25 millones. En este sentido, aunque los datos no coincidan con los aportados por Eurostat, las cifras de ambas Instituciones son realmentemuy significativas.

58. Debe reconocerse que el tema de la migración es, en la actualidad, más complejo que en la década de los 90, en la que la población iberoamericana buscaba nuevos horizontes en Europa y se encontraba trabajando en algún país de la UE, mayoritariamente en la costa del Mediterráneo. En la actualidad, parte de esa misma poblaciónse está movilizando a otros países de la UE, pero, al mismo tiempo, ciudadanos europeos están partiendo a América Latina o latinoamericanos emigran a otro país latinoamericano. En consecuencia, nacionales Iberoamericanos y europeos, aunque sea todavía con distintas intensidades, comparten una problemática comúna la que debe darse soluciones adecuadas.

59. Por otra parte, tampoco debe olvidarse a otro colectivo que aunque se trate de trabajadores que han ejercido la movilidad laboral transfronteriza ,probablemente no figuren en las estadísticas migratorias stricto sensu . En efecto, ya se ha apuntado en párrafos precedentes la existencia de dobles nacionalidades o de dos nacionalidades separadas sin reconocimientos mutuos. A estas situaciones deberíamos añadir otra nueva: nacionales iberoamericanoscon ascendencia europea que en su día reclamaron la nacionalidad de sus ascendentes y que trasladaron su residencia al país europeo de su nueva nacionalidad o también, nacionales europeos (menor número que el supuesto anterior pero con tendencia creciente) que solicitan la nacionalidad de algún Estado Iberoamericano, como consecuencia del *ius sanguinis,* e igualmente trasladan su residencia a dicho Estado. En este sentido, todos estos migrantes atípicos (doble nacionalidad, dos

nacionalidades separadas, solicitud o recuperación de nueva o antigua nacionalidad) pueden acreditar períodos de seguro en Europa e Iberoamérica por lo que la intervención de las normas de coordinación resulta imprescindible para la conservación y mantenimiento de los derechos adquiridos y de las expectativas de derechos.

60. La prestación de servicios entre Europa y América, incrementada geométricamente desde la materialización de la globalización, dibuja un escenario en donde el desplazamiento de trabajadores se potencia al máximo y los flujos laborales temporales de empresa a empresa se convierten en una constante de ida y vuelta. Por ello, sobre todo desde la perspectiva europea en donde la cooperación y competencia leal es uno de los principios fundamentales del mercado interior, según se establece en los propios Tratados, cualquier ventaja que las empresas de un Estado disfruten en relación con la de otro Estado puede tener una importancia cuantitativa y cualitativa. Si a esto unimos que elvolumen de negocios ya no conoce la diferencia entre interior y exteriory que el ámbito económico multinacional se impone al nacional, habrá que colegir que la igualdad de oportunidades también en el extranjero puede tener trascendencia. Pues bien, ilustremos un ejemplo práctico: Empresas de Estados de la Unión A y B que desplazan a sus trabajadores a un Estado iberoamericano por un período de dos años. En la legislación de éste último se exige el pago de cotizaciones por lostrabajadores que realizan su actividad laboral en su territorio (lex loci laboris). Además, en la legislación de los Estados A y B se prevé el pago de cotizaciones en dichos Estados para los trabajadores desplazados. El Estado A tiene suscrito un convenio bilateral con el Estado Iberoamericano por el que sólo se cotiza en el Estado de origen (unicidad de la legislación aplicable). El Estado B no tiene suscrito Instrumento bilateral alguno. Ergo, la empresa del Estado B tendrá que pagar doble cotización: en su propio Estado y en el Estado Iberoamericano en cuestión, perdiendo competitividad al tener que asumir un mayor coste social. Además, aunque la legislación del Estado de origen no prevea dicha eventualidad (pago de cotizaciones en Estado de origen), probablemente los períodos de seguro cubiertos en el Estado de empleo durante el desplazamiento, en caso de no existir Convenio bilateral, se perderían ya que no podrían ser totalizados ni generar derechos por sí solos, por lo que los trabajadores se encontrarían desprotegidos o reclamarían un seguro adicional con lo que o bien se produce un perjuicio para los trabajadores o un mayor coste económico para la empresa del EstadoB . Esta situación puede trasladarse perfectamente a la perspectiva

iberoamericana en supuestos de prestación de servicios en Europa con los consiguientes desplazamientos laborales.

61. Si el párrafo precedente se ha centrado fundamentalmente aunque no exclusivamente en las empresas, incidiendo en la igualdad de oportunidades y en la posibilidad de distorsión de la competencia, en este número el centro de gravedad va a trasladarse a los trabajadores .A este respecto, conviene recordar que en el Tratado de la Unión Europea el valor de la **igualdad** está recogido en el artículo 2[22] como uno de los **fundamentos** de la propia Unión. Asimismo, en el artículo 18[23] del TFUE se prohíbe toda discriminación para los ciudadanos de la Unión por razón de nacionalidad, prohibición esta que, según se ha expuesto en los primeros párrafos al analizar las actuaciones del Tribunal de Justicia, puede tener una dimensión exterior y no quedar circunscrita al territorio europeo. Además, el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, establece textualmente "*En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos*". En consecuencia ydesde la perspectiva europea existe un compromiso de aplicar el principio de igualdad en el marco de la Unión y, en lo posible y dentro de las limitaciones existentes, fuera de la misma. En este sentido y de forma parecida a como se ha expuesto en el número 60, también la técnica del ejemplo práctico puede ayudar a entender la existencia de diferencias de trato en el exterior de ciudadanos europeos: Trabajadores de Estados de la Unión (A y B) que realizan su actividad laboral en un Estado Iberoamericano (C), el cual no contempla en su legislación la exportación de pensiones. El Estado A ha suscrito un convenio bilateral mientras que el Estado B no ha suscrito convenio alguno con el Estado C. La situación de los trabajadores de los Estados A y B es totalmente distinta. Mientras el primero, tiene derecho a la totalización de períodos, que como se expondrá en el número subsiguiente puede ser esencial para la cobertura del período de carencia y puede recibir su pensión en el Estado A en caso de retorno, el trabajador del Estado B no tendría derecho a la totalización de períodos, y, aunque accediera a la pensión, no podría recibirla en su país de origen. Se trata de un ejemplo de tratamiento distinto en

[22] "*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres"*.

[23] *En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones*

base a la existencia o no de un Convenio bilateral cuya suscripción puede depender del interés que tenga el Estado Iberoamericano C en negociarlo con uno u otro Estado de la Unión.

62. La existencia de normas de coordinación de regímenes de seguridad social puede ser esencial para los trabajadores migrantes,especialmente cuando los periodos de carencia exigidos para accedera las pensiones de jubilación o invalidez son largos (la mayoría de los casos) y, por tanto, difíciles de cubrir. En este sentido, conviene resaltar que algunas legislaciones de los Estados Europeos e Iberoamericanos pueden demandar 15, 30 años de seguro o residencia y, en algunos casos hasta más, por lo que sin un Instrumento de coordinación no resulta factible, para las personas que han ejercido movilidad transfronteriza, cumplir este requisito. Además, en muchas legislaciones no está prevista la devolución de cotizacionessi no se accede a la pensión, con lo que dichas cotizaciones se pierdeny no contribuyen a garantizar derechos. Por ello, muchos trabajadoresmigrantes, especialmente en Iberoamérica pero también en Europa, no se olvide, prefieren alcanzar un acuerdo con el empresario para que nose ingresen cotizaciones o se haga en cuantía que no corresponda con el salario real percibido, De este modo, la ausencia de un Instrumento de coordinación está contribuyendo a potenciar la economía informal o sumergida (muy extendida en algunos mercados laborales) con el consiguiente perjuicio para trabajadores e Instituciones de Seguridad Social. De hecho, la economía informal ya se nutre en parte de los trabajadores migrantes por pertenecer estos a un colectivo con mayor indefensión, por lo que deberían ponerse todos los medios paraevitar que medidas desincentivadoras como la ausencia de un Instrumento Internacional de Seguridad Social, puedan coadyuvar al deterioro de la economía formal.

63. Muchos expertos iberoamericanos en materia de Seguridad Social consideran que los regímenes de pensiones europeos son el paradigma de la modernidad y que el trabajador migrante se encuentra perfectamente protegido en los mismos sin que exista ningún tipo de discriminación. Tienen razón con carácter general aunque las excepciones están a la orden del día. De hecho, si repasamos el panorama legislativo europeo encontramos excepciones muy importantes a esta premisa igualitaria. Así, y a mero título de ejemplo, existen países europeos que exigen a los extranjeros 5 años de período de espera para la afiliación a la Seguridad Social o restringenel acceso de los no nacionales a determinadas prestaciones o simplemente, no recogen en su legislación el principio de igualdad de

trato entre sus ciudadanos y nacionales de terceros Estados. Sin embargo, no son estas todas la dificultades. Así, algunos Estados no contemplan la exportación de pensiones fuera del territorio de la Unión ni para sus propios nacionales. Otros solamente reconocen este derecho a sus nacionales y excluyen a los ciudadanos de terceros Estados. Por último, algunas legislaciones carecen de norma al respecto y están actuando *de facto*, exportando las pensiones. De todos modos, probablemente lo más interesante sean otro tipo demedidas mucho más sutiles. Alemania por ejemplo, en el caso de que no exista Convenio bilateral, solamente exporta a los extranjeros una parte de la pensión mientras que dicho recorte no se aplica a sus nacionales. Reino Unido, exporta, sin diferencias de trato, la cuantía íntegra de las pensiones pero no aplica ninguna revalorización sucesiva. Por supuesto, todo ello podría ser evitado con una norma de coordinación ad hoc que contemplase la conservación de los derechos adquiridos.

64. Quizás este trabajo, hasta ahora, haya dado la impresión de que con una simple norma de coordinación, Reglamento 883/04 o CMISS se podrían solucionar todos los supuestos que puedan plantearse. Lamentablemente no es así. Por eso, ya se ha advertido del peligro de considerar a esos dos Instrumentos como departamentos estancos sin interrelación alguna. Quizás, para aclarar una problemática que puede plantearse, lo mejor será acudir otra vez, a la técnica del ejemplo para de este modo facilitar la comprensión de la misma. Tomemos un supuesto hipotético en el que España va a ser el protagonista. Como se sabe, este país es Estado Miembro de la Unión y Parte del CMISS. Pues bien, la legislación española exige un período mínimo de 15 años para tener derecho a la pensión de jubilación. Supongamos un nacional de Bolivia que ha trabajado 6 años en Francia, 7 en Bolivia y 7 en España. Por aplicación del Reglamento 1231/10 (Reglamento 883/04 para nacionales de terceros Estados) se podrán totalizar los períodos de seguro de. Francia y España = 13 años. También los de Bolivia y España= 14 años al ser de aplicación el CMISS. Sin embargo, la Administración española no realiza el cómputo múltiple de periodos de seguro (Francia, España, Bolivia) por entender que se trata de dos Instrumentos separados, independientes e incomunicados que no permiten la interrelación y la interconexión. El resultado final resulta muy negativo: el ciudadano boliviano no acreditará derechos a pensión española. A este respecto se podría pensar que la nacionalidad juega en este supuesto un papel importante, pero no es así. En efecto, el mismo resultado se produciría en caso de que el interesado fuerafrancés (en virtud de la sentencia Gottardo, España tendría que

aplicarle el CMISS) o español. La diferencia sería que en vez del Reglamento 1231/10, entraría en juego el Reglamento 883/04. En consecuencia, nos encontramos con un vacío o laguna que requeriría enlazar ambos Instrumentos de coordinación para no dejar desprotegidos a los trabajadores migrantes, máxime cuando se está incrementando notablemente la emigración circular y la de múltiples destinos sucesivos.

65. Probablemente la dimensión externa de las normas de coordinación, tanto desde la perspectiva de la Unión como de la Comunidad Iberoamericana, no habría alcanzado virtualidad alguna y continuaría siendo una mera quimera si no se hubiese celebrado en Alcalá de Henares el Encuentro Unión Europea, América Latina y Caribe enMayo del 2010 sobre Coordinación de regímenes de Seguridad Social en el que los Ministros y máximos responsables de Seguridad Social adoptaron una serie de conclusiones que han puesto la primera piedra de una iniciativa de largo recorrido que podría en un futuro aproximar los sistemas de seguridad Social de Europa e Iberoamérica creando lazos de cooperación , rompiendo barreras y fronteras y cerrando el círculo de la protección de los derechos de los trabajadores migrantes.

66. Tres años más tarde de esa gran Conferencia (Alcalá de Henares, 13 y 14 de Mayo de 2010), sorprende lo avanzado y valiente de sus planteamientos, posiciones y compromisos. También cabe destacarque a partir de ese evento, fundamentalmente desde la Unión Europea (tradicionalmente más reticente a estos temas), se han comenzado a dar pasos importantes en relación con la dimensión externa de las normas de coordinación (Comunicación de la Comisión, Resolución del Parlamento Europeo, Dictamen del Comité Económico y Social, aprobación de varias Decisiones de coordinación por parte del Consejo) abriéndose alguna rendija a la esperanza. Por todo ello, y teniendo en cuenta que este mismo trabajo es legatario de la reuniónde Alcalá, puede resultar conveniente retomar algunos de los puntos esenciales del Comunicado final::

- **Los ministros y máximos responsables de la Seguridad Social de la Unión Europea, América Latina y Caribe, o sus representantes participantes en el Encuentro sobre coordinación de regímenes de Seguridad Social , celebrado en Alcalá de Henares (España) los días 13 y 14 de mayo de 2010,**

- *Son conscientes de la gran diversidad de sistemas y regímenes nacionales de Seguridad Social existentes, y de que la variedad y riqueza de soluciones políticas y de técnicas aplicadas constituye, al mismo tiempo, un bagaje que puede ser de gran interés y utilidad para los países*

- *Reconocen que las cuestiones relativas a la Seguridad Social están cobrando una creciente relevancia internacional, en un contexto global más interrelacionado, caracterizado por la generalización de los flujos migratorios entre países, en el que se hace preciso que la globalización mundial tenga en cuenta los elementos necesarios de cohesión social.*

- *Observan cómo los procesos de integración subregional, regional e interregional que se están produciendo a nivel mundial, están siendo acompañados por el desarrollo de normas de coordinación en materia de Seguridad Social, siendo de interés común el conocimiento con mayor profundidad de las citadas normas, sus implicaciones e interrelaciones*

- *Constatan que tanto en la Unión Europea, con la entrada en vigor de los nuevos Reglamentos de coordinación en materia de Seguridad Social, como en América Latina y Caribe, a nivel subregional, se están produciendo experiencias de interés en la coordinación de regímenes de Seguridad Social.*

- ***Apoyan la continuación de contactos regulares entre los Estados miembros de la Unión Europea, América Latina y Caribe, en materia de Seguridad Social, que permitan avanzar en un proceso de reflexión conjunta en cuestiones de interés común, incorporando al mismo a los máximos responsables de Seguridad Social de sus países.***

- ***Invitan a la Comisión Europea y a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social a que promuevan un encuentro o reunión técnica conjunta para un mejor conocimiento de los nuevos reglamentos comunitarios y del nuevo Convenio Iberoamericano de Seguridad Social y de sus implicaciones y posible interrelación y comuniquen los progresos realizados a los Ministros y máximos responsables de la UE y LAC.***

67. Asimismo, por su importancia, conviene destacar algunos análisis y declaraciones significativas de los asistentes a dicho acto:

Celestino Corbacho, Ministro de Trabajo e Inmigración de España "*Estamos ante una iniciativa que expresa el interés común de dos regiones por avanzar hacia una mayor integración económica y social y, al mismo tiempo, por impulsar el desarrollo de normas internas dirigidas a coordinar los sistemas nacionales de Seguridad Social".*

Walter Oscar Arrighi, Secretario de Seguridad Social de Argentina y portavoz de los países de América Latina, "*Sería muy interesante ensamblar los convenios multilaterales en lugar de tener que hacerlo a través de convenios bilaterales. El equivalente a un acuerdo entre las dos regiones, América Latina–Caribe y Unión Europea, obviaría la negociación de 956 convenios*".

Edwin Carrington, Secretario General de CARICOM: "*Millones de personas en el mundo trabajan en varios países a lo largo de su vida, para los que es imprescindible contar con protección social estén donde estén y también con vistas a su futuro"*.

László Andor, Comisario de Empleo y Asuntos Sociales de la Unión Europea ha resaltado que "*la crisis ha creado las condiciones ideales para volver a poner en una posición prioritaria del debate el refuerzo de laprotección social" "en el fortalecimiento de la cohesión social y el empleo, esimportante que existan reglas que protejan a los trabajadores cuando se trasladan de un país a otro".*

68. La última cumbre CELAC-UE, celebrada en Santiago de Chile en enero de este año, ha recogido en su Declaración final la posibilidad de valorar la conveniencia de caminar hacia un Convenio Euro-latinoamericano de seguridad social. Así, su punto 32 establece que; "*en cuanto a sistemas de seguridad social en la UE y la CELAC, expresamos nuestra voluntad de intercambiar experiencias y mejores prácticas y explorar posibilidades de cooperación birregional, incluyendo el establecimiento de acuerdos bilaterales de seguridad social entre países CELAC y Estados miembros de la UE que deseen hacerlo individualmente, respetando las legislaciones nacionales y acuerdos bilaterales o multilaterales de seguridad social existentes entre los Estados CELAC-UE, como la Convención de Seguridad Social de Iberoamérica*"

69. Por otra parte conviene destacar las conclusiones del Sexto encuentro de la Sociedad civil organizada UE-América Latina, organizado por el Comité Económico y Social Europeo en Madrid en mayo de 2010, en el que se hizo hincapié en algunas demandas relacionadas con la dimensión exterior de la seguridad social y en la necesidad de una mayor colaboración entre el conjunto de países de América Latina y Caribe y los de la UE, especialmente con los que la Unión tiene una Asociación Estratégica, como Brasil y México. A su vez, el 7º Encuentro de la Sociedad Civil organizada UE-ALC, celebrada en Santiago de Chile los días 4,5 y 6 de Diciembre de

2012,hizo hincapié en la protección social de quienes se desplazan por razones de trabajo entre la UE y América Latina, destacando los siguientes pronunciamientos:

- *demandan a la Cumbre que los distintos acuerdos entre la UE y ALC, ya negociados o en vía de negociación, recojan un capítulo sobre los derechos de seguridad social vinculados a la movilidad y al respeto de los derechos humanos, sociales y laborales***;**

- *instan a la Unión Europea a aprobar la propuesta de la Comisión Europea de realizar acuerdos de seguridad social de toda la UE con los países y procesos de integración regionales de América Latina y Caribe*;

- *instan a la Cumbre a adoptar el compromiso de concluir un Convenio Marco de Seguridad Social Eurolatinamericano y Caribeño, similar al que rige en la Comunidad Iberoamericana para esta materia y los que existen en Mercosur, en la Comunidad Andina y en la Unión Europea, y apoyan la propuesta del Gobierno Chileno a la Cumbre en este mismo sentido;*

- *piden que dicho Convenio proteja los derechos de pensión de los trabajadores migrantes, la portabilidad de las pensiones, la igualdad de trato con los trabajadores nacionales y la contabilización de periodos de cotización trabajados en diversos países; y que suprima las dobles cotizaciones sociales en los países de origen y de destino a las que se ven sometidas empresas provenientes de Estados sin convenios bilaterales;*

70. A su vez, la Conferencia sobre la dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE , celebrada en Bruselas, el 14 de marzo de 2013, organizada por el CESE, la Comisión Europea y los representantes de los Estados miembro, señaló que:

- *La «dimensión externa» de la coordinación en materia de seguridad social es cada vez más necesaria. Por un doble motivo. Por un lado, asegurar a trabajadores y empresas de terceros países la igualdad de trato que existe para la movilidad de trabajadores y empresas de la UE, dentro de la misma. Por otro lado, hay que garantizar una reciprocidad para los trabajadores y empresas europeas que se desplazan fuera de laUE.*

- *A través de una mayor coordinación se evitaría, especialmente en el supuesto de trabajadores desplazados, el doble pago de cotizaciones sociales en el Estado de empleo y en el Estado de procedencia. Esto redundaría en beneficio de la movilidad de los trabajadores, la competitividad de nuestras empresas en el exterior y se potenciaría,*

asimismo, el establecimiento en el territorio de la Unión de empresas de otros países.

- *… la conclusión de Acuerdos de la Unión en la materia con otros Estados y organizaciones regionales respetando, al mismo tiempo, las competencias nacionales. Esta fórmula garantizaría la protección recíproca de los ciudadanos de la Unión y de los nacionales de los Estados terceros y reforzaría la posición negociadora de todos los Estados Miembros frente a la pujanza de Estados terceros.*

D) CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

71. Aunque los Reglamentos de Coordinación y el CMISS pueden ser considerados, cada uno en su ámbito, las dos piezas fundamentales del edificio internacional de la Seguridad Internacional, no pueden cubrir, por sí solos, todos los supuestos ni garantizar la protección completa de los trabajadores migrantes. Sin embargo, en el seno delas Instituciones de la Unión y de la OISS se está iniciando, ante el avance decidido de la globalización, una reflexión y análisis que, de extenderse y consolidarse, podría ofrecer a ambos Instrumentos, aunque sea parcialmente y de forma progresiva, mecanismos apropiados para superar sus limitaciones territoriales y personales, potenciando de este modo su vocación internacionalista. A este proceso le denominamos *la dimensión externa de las normas de coordinación*.

72. Proverbialmente, los distintos Estados europeos e Iberoamericanos han intentado proteger a sus trabajadores migrantes a través de la suscripción de Convenios bilaterales con aquellos Estados con los que mantenían relaciones más estrechas o con los que los flujosmigratorios eran más importantes. Sin embargo, el enfoque meramente bilateral comienza a quedarse obsoleto ante la complejidad del actual fenómeno migratorio que se aleja de conceptos clásicos tales como estabilidad y fijeza en el nuevo país de empleo y que está generando modalidades originales (migraciones circulares, sucesivas múltiples,desplazamientos temporales de trabajadores) o estableciendo tendencias direccionales geográficas que no responden a las pautas tradicionales. Ahora bien, debe reconocerse que la solución de negociar Instrumentos bilaterales con todos los Estados del globo resulta inviable y aunque fuera posible, tampoco se cubrirían, tal como se ha puesto de manifiesto en números precedentes (ver 64), todos los supuestos de hecho y de derecho.

73. Por otra parte, si bien la negociación bilateral entre grandes Estados no plantearía, en caso de haber voluntad decidida en ambas partes, problemas insalvables, resultaría muy difícil para una Estado medio o pequeño demandar negociaciones en materia de Seguridad Social a una gran potencia que, con bastante probabilidad, solamente actuaría en el supuesto de un interés concreto y demostrado por su parte. En efecto, y sin ánimo de adelantar acontecimientos, no parece probable que si, por ejemplo, Bolivia, Paraguay o Guatemala solicitasen la suscripción de un Convenio bilateral con Alemania, este último país estuviese dispuesto a aceptar todas estas peticiones sin examinar las contrapartidas o beneficios que le pudiera suponer o sin utilizar, si accediese a ello, una posición dominante a la hora de la negociación. Yesta mismo escenario se repetiría si fueran, por ejemplo, Letonia, Luxemburgo o Malta los que deseasen iniciar negociaciones con Brasil. Además, para cualquier Estado Iberoamericano, con independencia desu importancia política o económica, resultaría sumamente difícil ycostoso negociar Convenios bilaterales con los 28 países de la Unión,o a éstos, a su vez, con todos los países iberoamericanos. Con ello queda demostrado que la bilateralidad tiene sus límites materiales y formales y que deben buscarse otras alternativas complementarias o sustitutivas.

74. Asimismo, desde el ámbito empresarial también subsisten reticencias a la técnica bilateral por no resultar, a día de hoy, totalmente apropiada ni ajustada a las nuevas situaciones. La necesidad de evitar, en un mercado globalizado e interrelacionado ventajas de costes sociales (ver párrafo 60, dobles cotizaciones) dependiendo de la existencia o no de un Instrumento bilateral, está reclamando un nuevo enfoque más integral y universal

75. Precisamente es a este nuevo enfoque al que responden los Reglamentos de Coordinación y el CMISS que, con gran éxito, han intentado y conseguido superar la bilateralidad para ofrecer un escenario más multilateral basado en integraciones políticas y económicas o en pertenencia a una cultura o identidad. Sin embargo, también esta nueva dirección comienza a dar signos de insuficiencia y de cierto agotamiento. En efecto, la problemática que se ha descrito en relación con la técnica bilateral se repite, eso sí con mucha menos intensidad, en los Reglamentos de Coordinación y en el CMISS que deben ajustarse, como así está establecido, a sus ámbitos territoriales por lo que no pueden hacer frente, con carácter general (España y Portugal son la excepción a la regla), a situaciones en las que la carrera laboral se ha desarrollado en Iberoamérica y en Europa.

76. Incidiendo en este punto, y teniendo en cuenta las cifras que se manejan sobre nacionales iberoamericanos en Europa y ciudadanos de la Unión en Iberoamérica, parecería conveniente plantearse la posibilidad de realizar un ejercicio de apertura de los Reglamentos Comunitarios y del CMISS para hacerlos más permeables y ,en un efecto de ósmosis ,dejar que ambos Instrumentos inicien un proceso de fusión y mestizaje que permita una mayor protección para los trabajadores migrantes de uno y otro lado del Atlántico que acrediten períodos de seguro en Estados Iberoamericanos y europeos. Temas como la totalización de períodos (importantísima para tener derechos a la pensión de jubilación), conservación de los derechos adquiridos o unicidad de la legislación aplicable son esenciales en esta época de globalización en la que los flujos migratorios se han incrementadogeométricamente en múltiples direcciones, sin que las normas de coordinación clásicas bilaterales o multilaterales estén dando solución a las nuevas exigencias y problemáticas. Además, en el enfrentamientoy dialéctica entre economía formal e informal, la existencia de normas de coordinación adecuadas podría ser, como se ha puesto de manifiesto en el número 62 , un instrumento de normalización que contribuya a que trabajadores migrantes y empleadores valoren las ventajas que ofrece la Seguridad Social y ,en consecuencia, procedana las correspondientes afiliaciones y abono de las cotizaciones

77. A nadie se le debe escapar que la dimensión externa de las normas de coordinación es un larguísimo proceso que debe basarse en la voluntad, en la constancia y en la paciencia. No caben aquí apresuramientos ni urgencias. Se trata de una carrera de obstáculos que requiere tenacidad, perseverancia y, sobre todo, gradualidad enlas metas y objetivos. Por ello, convendría preparar un programa de trabajo y un esquema cuyos contenidos podrían estar basados en las siguientes propuestas:

- Encuentro técnico/político entre la Comisión Europea y la OISS en la que podrían participar Estados Iberoamericanos y europeos para profundizar en la dimensión externa de las normas de coordinación y en la que podría examinarse la posibilidad de fijar un calendario y/o acordar un memorándum de entendimiento o un Convenio para desarrollar la cooperación entre la UE y la OISS. Todo ello con vistas a reforzar y estrechar una colaboración

institucional que permita mejorar la protección de los trabajadores migrantes que hayan cubierto su carrera laboral a uno y otro lado del Atlántico.

- Examen técnico/jurídico/político de la posibilidad de abrir el CMISS a países de la Unión Europea que así lo soliciten , lo que redundaría en beneficio tanto de los nacionales iberoamericanos como de los nacionales del Estado que se adhiera al Convenio. Asimismo, se fortalecería el propio CMISS, al extender su campo de aplicación subjetivo y geográfico, con nacionales y territorios europeos, pudiéndose ofrecer a aquellos Estados Iberoamericanos que todavía no han firmado este instrumento o no lo han ratificado, un nuevo estímulo para unirse al CMISS. En este sentido, la opción de abrir y extender el CMISS y no el Reglamento 883/04 responde a la mayor flexibilidad del primero (no está basado en la libre circulación de trabajadores) y a su no dependencia o subordinación a estructuras políticas, económicas o regionales como el Reglamento 883/04. Sin embargo, cualquier decisión al respecto debe basarse en la aceptación de las Partes del CMISS y en el examen detallado técnico/jurídico de las modificaciones que deben introducirse en el mismo para posibilitar la viabilidad de esta opción.

- Elaboración de un Convenio ad hoc de Seguridad Social que vincule a la UE y a la OISS. Esta es, sin lugar a dudas, la opción que ofrece mejores garantías y la única que resuelve los problemas que se han planteado en párrafosprecedentes. Es también la más difícil de aceptar y de ejecutar. Y no precisamente por razones técnicas ya que los Reglamentos de Coordinación y las CMISS son Instrumentos clónicos, cuasi intercambiables, por lo que pueden servir de modelo perfecto para el nuevo Convenio. Son otro tipo de razones, fundamentalmente políticas, las que deben ser superadas tanto en Europa (donde se concentrará la mayor oposición por la negativa de algunos Estados a transferir competencias propias a la Unión) como en Iberoamérica (.algún país podría reclamar el mantenimiento de sus competencias en el ámbito internacional). Por ello, antes de plantearse esta alternativa, convendría que se despejen todos los posibles conflictos o dificultades jurídicas, para evitar ofrecer en bandeja argumentos definitivos que justifiquen la oposición a este

proyecto. Para ello, debe repasarse la normativa de la UE y de la OISS con el fin de analizar si es posible y viable esta iniciativa y, en su caso, identificar las reformas que pudieran hacerla viable:

- El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tal como se ha señalado en párrafos precedentes, permite la suscripción de dichos Acuerdos en base al Artículo 216 del TFUE que establece "*La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros".* A tal efecto, debe recordarse que las competencias exclusivas *ad intra* también son exclusivas *ad extra* y que lascompetencias compartidas ad intra se tornan en exclusivas *ad extra* (para celebrar acuerdos internacionales), según el art. 3.2. del TFUE.[24]

- Asimismo, repasando la jurisprudencia comunitaria podemos encontrar apoyos indirectos para las tesis a favor de la posibilidad jurídica de un Acuerdo en materia de Seguridad Social: "*el Tribunal de Justicia ha declarado que la competencia de la Comunidad para celebrar Acuerdos internacionales no sólo es atribuida explícitamente por el Tratado, sino que también puede derivarse de otras disposiciones del Tratado y de actos adoptados, en el marco de estas disposiciones, por las instituciones de la Comunidad; que, en particular, cada vez que la Comunidad, con el fin de aplicar una política común prevista por el Tratado, adopta disposiciones que establecen normas*

[24] *La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.*

comunes, en la forma que fuere, los Estados miembros ya no tienen la facultad, bien actúen individual o incluso colectivamente, de contraer con Estados terceros obligaciones que afecten a dichas normas; que, en efecto, a medida que se establecen estas normas comunes, sólo la Comunidad puede asumir y ejecutar, con efecto para todo el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, los compromisos contraídos frente a Estados terceros; y que, en la medida en que se adoptan normas comunitarias para realizar los fines del Tratado, los Estados miembros no pueden, fuera del marco de las instituciones comunes, contraer compromisos que puedan afectar a dichas normas o alterar su alcance. En efecto, si los Estados miembros fueran libres de contraer compromisos internacionales que afectasen a normas comunes, se pondrían en peligro la consecución del objetivo perseguido por dichas normas así como la de la misión de la Comunidad y de los objetivos del Tratado"[25]. Además, si a este fallo jurisdiccional unimos la sentencia recaída en el Asunto Gottardo, podremos colegir, con permiso de los Servicios jurídicos de la Comisión, Consejo y Parlamento europeo, que esta idea tiene fundamento y defensa, aunque, lógicamente, lasInstituciones de la Unión tienen la última palabra a la hora de interpretar el Tratado y de aplicarlo.

- Desde la perspectiva Iberoamericana también resulta imprescindible analizar las competencias de la OISS para celebrar Acuerdos Internacionales, en este caso con la Unión Europea. Probablemente será necesario examinar en profundidad los Estatutos de la OISS para aclarar si se requiere alguna modificación de fondo o de forma de los mismos, tarea ésta que supera el objetivo inmediato de este trabajo. No obstante debe subrayarse la conveniencia de profundizar en la naturaleza jurídica de la OISS (organización internacional, ver artículo 216 del TFUE) y los requisitos del mandato que necesita de los Estados Miembros titulares. Igualmente, debe hacerse hincapié en el artículo 1º de los Estatutos :*La Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS),es un organismo internacional, técnico y especializado, que tiene como finalidad promover el bienestar económico y social de los países iberoamericanos y de todos aquellos que se vinculan por los idiomas español*

[25] Asunto 266/03

y portugués, mediante la coordinación, intercambio y aprovechamiento de sus experiencias mutuas en Seguridad Social y, en general, en el ámbito de la protección social. Por último, debe recordarse algunas de las funciones y objetivos de la OISS: *k) Mantener relaciones con otros organismos internacionales y entidades que se ocupan de la Seguridad Social y de la protección social, suscribiendo, en su caso, los correspondientes convenios de cooperación. l) Promover la adopción de normas internacionales que faciliten la Coordinación entre los sistemas de Seguridad Social, favorezcan la internacionalización de los mismos y afiancen la protección social en los países miembros.*

- Centrados en el contenido del posible Convenio o del Acuerdo, podría ser útil trabajar con la idea de la voluntariedad y no de la obligatoriedad, con el fin de que los Estados iberoamericanos o europeos que no deseen sumarse a este proyecto no lo boicoteen. En consecuencia, ultimado el Instrumento internacional OISS /UE, podría admitirse un opt out o un opt in individual, previa petición formal

- Siguiendo con el contenido, la gradualidad podría ser un elemento a tener en cuenta. Podría iniciarse todo el proceso con un Convenio o bien Acuerdo marco todavía limitado que contemplase disposiciones sobre legislación aplicable y sobre exportación de pensiones. Con ello se cubrirían intereses comunes y específicos de Europa (evitación de doble cotización) e Iberoamérica (pago de pensiones sin restricciones geográficas). Una vez se hubiera generado un mutua confianza, podría ampliarse esta iniciativa a la totalización de periodos de seguro y de residencia para la adquisición y cálculo de las pensiones. Como última fase, podrían añadirse, en el campo de aplicación material si se desease, el resto de las prestaciones (enfermedad, accidentes, subsidios familiares, desempleo etc.). Ahora bien, esta gradualidad no es obligatoria ni imprescindible. Sinlugar a duda la mejor opción sería un Instrumento que incluyese legislación aplicable y pensiones (exportación ytotalización). Los trabajadores migrantes iberoamericanos y europeos lo agradecerían…