

ARTÍCULO 13

“Determinación de las prestaciones

1. Los períodos de seguro, de cotización o de empleo cumplidos en cualquiera de los Estados Parte serán considerados para el reconocimiento de las prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia, en las siguientes condiciones:

a) Cuando se reúnan las condiciones requeridas por la legislación de uno o varios Estados Parte para tener derecho a las prestaciones, sin que sea necesario recurrir a la totalización de períodos prevista en el artículo 5, la Institución o Instituciones Competentes reconocerán la prestación conforme a lo previsto en dicha legislación, considerando únicamente los períodos de seguro, de cotización o empleo cumplidos en ese Estado Parte, sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar la totalización de los períodos cumplidos bajo otras legislaciones, en cuyo caso se aplicará el apartado siguiente.

b) Cuando considerando únicamente los períodos de seguro, de cotización o empleo cumplidos en un Estado Parte no se alcance el derecho a las prestaciones, el reconocimiento de éstas se hará totalizando los períodos de seguro, cotización o empleo cumplidos en otros Estados Parte.

En este supuesto, la Institución Competente determinará, en primer lugar, el importe de la prestación a la que el beneficiario tendría derecho como si todos los períodos totalizados se hubieran cumplido íntegramente bajo su propia legislación (prestación teórica) y a continuación, establecerá el importe real de la prestación aplicando a dicho importe teórico la proporción existente entre la duración de los períodos de seguro, de cotización o empleo cumplidos, antes de producirse la contingencia, bajo la legislación del Estado Parte y los períodos totalizados (prestación real).

2. Si la legislación de un Estado Parte condiciona el reconocimiento, la conservación o la recuperación del derecho a prestaciones a que el interesado estuviera asegurado en el momento en el que éstas se generan, este requisito se entenderá cumplido cuando el interesado estuviera asegurado según la legislación o percibiera una pensión basada en sus propios períodos de seguro en otro Estado Parte. Para el reconocimiento de pensiones de supervivencia se tendrá en consideración, de ser necesario, si el sujeto causante estaba asegurado o percibía pensión de otro Estado Parte.

Si la legislación de un Estado Parte exigiera, para reconocer el derecho a una prestación, que se hayan cumplido períodos de seguro, cotización o empleo en un tiempo determinado, inmediatamente anterior al momento de causarse la prestación, tal condición se considerará cumplida cuando el interesado acredite la existencia de tales períodos en un tiempo inmediatamente anterior al de reconocimiento de la prestación en otro Estado Parte.

Si la legislación de un Estado Parte condiciona el derecho a la concesión de determinados beneficios al cumplimiento de períodos de seguro, cotización o empleo en una profesión o empleo determinados, para el reconocimiento de tales prestaciones o beneficios se tendrán en cuenta los períodos cumplidos en otro Estado Parte en una profesión o empleo similares.

3. Si la duración total de los períodos de seguro, cotización o empleo, una vez totalizados, es superior al período máximo requerido por la legislación de alguno de los Estados Parte para la obtención de una prestación completa, la Institución Competente de ese Estado Parte considerará el citado período máximo en lugar de la

duración total de los períodos totalizados, a efectos del cálculo previsto en el apartado 1. b) de este artículo. Lo dispuesto anteriormente no será aplicable en el supuesto de prestaciones cuya cuantía no esté en función de los períodos de seguro, cotización o empleo.

4. Si la legislación de un Estado Parte establece que, a efectos de la determinación de la cuantía de la prestación, se tomen en consideración ingresos, cotizaciones, bases de cotización, retribuciones o una combinación de estos parámetros, la base de cálculo de la prestación se determinará tomando en consideración, únicamente, los ingresos, cotizaciones, bases de cotización o retribuciones correspondientes a los períodos de seguro, de cotización o empleo acreditados en el Estado Parte de que se trate.

5. Las cláusulas de reducción, suspensión o retención previstas por la legislación de un Estado Parte en el caso de perceptores de pensión que ejercieran una actividad laboral, serán aplicables aunque dicha actividad se ejerza en el territorio de otro Estado Parte.

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

RESUMEN

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social constituye una experiencia pionera en materia de coordinación de los distintos sistemas de Seguridad Social. Se trata éste de un instrumento que nace ante la necesidad de brindar protección a los derechos individuales de millones de trabajadores migrantes y sus familias, en un aspecto tan sensible como es la garantía de la seguridad económica en la vejez, la incapacidad o muerte. El Convenio se configura como uno de los instrumentos jurídicos vinculantes más importantes hasta el momento establecidos por la Comunidad Iberoamericana a fin de garantizar la libre circulación de trabajadores.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, invalidez, vejez, jubilación, muerte y supervivencia, protección social pública

ABSTRACT

The Iberoamerican Multilateral Agreement on Social Security is an innovative experience in the framework of coordination of different Social Security systems. It is indeed a tool born to face the need of offering shelter to the individual rights of millions of migrant workers and their families in so frail situations such as old-age, disability or even death, when it is critical to guarantee an economic safety. This binding agreement has become one of the most important legal instruments until now established by the Iberoamerican Community to ensure the free movement of workers.

KEYWORDS: Social Security, disability, retirement, benefits, and healthcare

SUMARIO

I. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU PARALELISTO CON EL REGLAMENTO EUROPEO DE COORDINACIÓN 883/2004

II. DISPOSICIONES SOBRE PRESTACIONES Y PRINCIPIOS APLICABLES EN EL CMISS

A. LA PERSONA MIGRANTE Y EL PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN

B. REQUISITOS APLICATIVOS Y CONDICIONANTES AL PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN

C. REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES POR VEJEZ, INVALIDEZ Y SUPERVIVENCIA,

1. EL CÁLCULO DE LA CUANTÍA TEÓRICA Y REAL

2. PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN DEL GRADO DE INVALIDEZ

I. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU PARALELISMO CON EL REGLAMENTO EUROPEO DE COORDINACIÓN 883/2004

El fortalecimiento del proceso de integración de los migrantes y la internalización de las relaciones laborales son factores que influyen en la globalización económica. Ciertamente, el derecho a la libre circulación de personas, capitales y servicios se erige en pieza fundamental para promover el bienestar social de las todas las naciones, siendo precisamente ahí en donde la globalización económica pretende más incidir a fin de evitar la pérdida de derechos de Seguridad Social de los trabajadores y familias migrantes¹. Preservar la cohesión social y coordinar los distintos sistemas nacionales de protección social ha llevado a los máximos responsable a aprobar el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social² (en adelante CMISS) en la VI Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social celebrada en Chile en 2007. Sin embargo, el texto definitivo del convenio no será ratificado por unanimidad hasta la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Santiago de Chile³.

El CMISS constituye una experiencia pionera porque, por vez primera, se plantea lograr un acuerdo en materia de Seguridad Social en un ámbito (Iberoamérica) en el que no existe una previa asociación política que facilite el sustrato jurídico que podría darle apoyo⁴. Por tal razón el proceso de elaboración del Convenio ha exigido la participación de todas y cada una de las partes. Y su posterior ratificación o, en su caso adhesión, precisa su incorporación como legislación interna de cada uno de los estados parte a través de los procedimientos constitucionales y legales que les sean propios.

Y, en cierto modo, es también pionera porque se trata no sólo de lograr el acuerdo entre países que aplican en su ámbito interno modelos de Seguridad Social muy diferentes entre sí, en una región del planeta en la que conviven sistemas financiados a través de la capitalización individual de las aportaciones, con sistemas de reparto puro y modelos mixtos que, en paralelo o por tramos, aplican ambas técnicas de financiación, sino también porque la cobertura, la extensión o la intensidad de las prestaciones presentan, igualmente, un abanico muy amplio de diferencias. Así pues, la exigencia de elevados periodos mínimos de cotización (30, 25 o 15 años de carencia) impiden de hecho el

¹Jiménez Fernández, A: “Antecedentes, Procesos de Elaboración, Significado y Contenido General” en: VV.AA., González Ortega, S. (Coord), El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, p. 23.

²En este sentido, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), en cuanto organismo internacional, especializado y técnico, ha insistido en que éste instrumento debe servir para "promover el bienestar económico y social de los países iberoamericanos y de todos aquellos que se vinculan por los idiomas español 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". Véase la Declaración V en la Cumbre Iberoamericana de JEG, en su punto 20 sobre “Asuntos de especial interés”.

³Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VV.AA., Sánchez-Rodas Navarro, C y Garrido Pérez, E (Dirs); El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral. Laborum. Murcia. 2016; pp. 182-183.

⁴Jiménez Fernández, A; “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VV.AA., El Futuro de la Protección Social. Laborum. Murcia. 2010; p.375.

acceso al derecho de pensión si no se tienen en cuenta todos los periodos cotizados en los distintos sistemas (totalización de periodos)⁵.

Se trata, por tanto, de un instrumento internacional para facilitar la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Iberoamericana y garantizar los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias a fin de que puedan acceder a una pensión contributiva de vejez, invalidez o supervivencia en el espacio común iberoamericano del que forman parte veintidós países de América Latina, Caribe y la Unión Europea. Actualmente, han firmado el CMISS 15 países, de los cuales doce han finalizado todo el proceso de ratificación, pero sólo nueve han suscrito el Acuerdo de Aplicación⁶.

En paralelismo con el Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social⁷, se comprueba como la redacción del CMISS está inspirada en el reglamento europeo de 2004. Y es que, no cabe duda de que hay numerosos artículos del segundo que literalmente copian preceptos del primero⁸.

El Derecho de la Unión Europea (UE), al igual que sucede con los convenios internacionales bilaterales o multilaterales sobre Seguridad Social, se fundamenta en la coordinación de los distintos sistemas de Seguridad Social de sus Estados miembros, por lo que rige aquí el principio de *coordinación* y no el de armonización o unificación legislativa⁹. Por lo tanto, la finalidad de la UE (al igual que el CMISS) consiste en aplicar normas comunes de coordinación instrumental a todos los sistemas estatales integrados en la Unión, de forma que se respeten los elementos peculiares que conforman a los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social.

⁵<http://www.abogacia.es/2015/02/24/seguridad-social-y-emigracion-el-convenio-multilateral-iberoamericano-de-seguridad-social/>

⁶Para que el Convenio sea efectivo, los países firmantes deben ratificarlo y suscribir el Acuerdo de Aplicación. Hasta el momento los países que han realizado estos trámites y que, por tanto, cuentan con el Convenio plenamente en vigor son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Perú, Paraguay y Uruguay.

⁷Reglamento que deroga al anterior Reglamento 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Sin embargo, la versión consolidada del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, modificado por el Reglamento 988/2009, el Reglamento 1244/2010 de la Comisión, el Reglamento 465/2012 y el Reglamento 1224/2012 de la Comisión.

⁸Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op.cit.; p.183.

⁹Arrieta Idiáquez, F.J. “La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea” en: VV.AA.; Arrieta Idiáquez, F.J (Coord); La Seguridad Social Aplicable a los Españoles en el Exterior y Retornados. Aranzadi. Navarra. 2014, p.183. La diferencia es nítida, mientras que la coordinación adopta las medidas necesarias para relacionar los Sistemas entre sí sin alterar los ordenamientos nacionales, la armonización incide precisamente en dichos ordenamientos nacionales y tiende a suprimir diferencias existentes entre ellos. Véase Rodríguez Gutiérrez, J:“Visión General de la Seguridad Social en el Derecho Comunitario Europeo”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 2/1997, pp. 111-112.

La coordinación comunitaria entre los distintos sistemas de Seguridad Social se encuentra conectada con el principio de libre circulación de trabajadores que rige dentro del ámbito comunitario, en la medida en que una correcta coordinación ayudará a eliminar los obstáculos que impiden la consecución de este objetivo. De este modo, el principio de coordinación permite salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los migrantes en el ámbito de la Seguridad Social, evitando que los trabajadores migrantes no vean mermados sus derechos y/o expectativas de derecho en materia de Seguridad Social, al tiempo que se garantiza la igualdad de trato.

En esta línea, el Reglamento 883/2004 recuerda que la única forma de contribuir a la mejora del nivel de vida y condiciones de empleo será sólo mediante el establecimiento de normas de coordinación de la Seguridad Social. Por lo que, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables se deberá aplicar el principio de territorialidad, es decir, únicamente podrá someterse el trabajador a la legislación de un sólo Estado (Artículo 13 .1 del Reglamento 883/2004)¹⁰. Por regla general, será la ley del Estado en cuyo territorio el trabajador preste servicios por cuenta ajena o por cuenta propia la aplicable (“*lex locis laboris*”). A este respecto, el CMISS plantea una posible coordinación con los Reglamentos europeos para así evitar la proliferación de multitud de convenios bilaterales que alcancen el espacio UE-Iberoamérica¹¹. Ello supone un importante paso para transitar, en el futuro, hacia una coordinación flexible de los sistemas de Seguridad Social a nivel mundial.

Se encuentran, hoy por hoy, algunas diferencias entre el Reglamento 883/2004 y el CMISS. Así pues, a nivel de fuentes del Derecho, el Reglamento 883/2004 constituye una norma de Derecho derivado emanado de las instituciones de la Unión Europea de la cual se predicen las notas de primacía y eficacia directa; mientras que el Convenio Multilateral es un tratado internacional para cuya aplicación en los Estados signatarios se precisa su recepción por el Derecho interno. Sin embargo, la oposición más destacada radica en el órgano/s encargados de la interpretación y aplicación de estos instrumentos. De un lado, a nivel europeo se erige el Tribunal de Justicia de la UE en el único órgano encargado de interpretar el derecho comunitario, cuyas sentencias habrán de aplicadas por los distintos tribunales nacionales. Y, de otro, en el CMISS serán los tribunales nacionales los únicos competentes para aplicarlo¹².

¹⁰Para más inri, el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la UE establece un mandato dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo por el que, en materia de Seguridad Social, se deberán adoptar: “... 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 propia, así como a sus derechohabientes: a) 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; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros”.

¹¹Cabe destacar que sólo hay dos Estados de la UE en los que el Convenio Multilateral resulta de aplicación, a saber: España y Portugal. Tanto en España, como en Portugal el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral está fechado a 28 de septiembre de 2011.

¹²Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Capítulo XII. Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op.cit., pp. 183-184.

II. DISPOSICIONES SOBRE PRESTACIONES Y PRINCIPIOS APLICABLES EN EL CMISS

Sin lugar a dudas, la corteza o núcleo duro del CMISS se encuentra en las disposiciones sobre prestaciones. A este respecto, cabe recordar que uno de los principios básicos en el proceso de elaboración de este convenio fue la inclusión en el campo de aplicación material de la Seguridad Social de las prestaciones por vejez, invalidez, supervivencia, así como otras prestaciones de contenido económico (se refiere a las de accidente de trabajo y enfermedad profesional) que pudieran derivarse de situaciones similares¹³ (a excepción de las prestaciones de carácter no contributivo, las de asistencia social, las prestaciones a favor de víctimas de guerra y las prestaciones médicas¹⁴, si bien se prevé que los Estados puedan ampliar el ámbito de aplicación a prestaciones en principio excluidas). Ciertamente, el reconocimiento de éstas se lleva a cabo a través de fórmulas de "legislaciones separadas" y "totalización de las prestaciones", de modo que si el beneficiario reúne las condiciones requeridas por el Estado Parte del CMISS del que se trate, considerando sólo los periodo de cotización, aportación o empleo realizados en dicho Estado, entonces la Institución Administrativa competente del Estado Parte reconocerá directamente las prestaciones sin necesidad de totalizar los periodos acreditados en otro Estado firmante del Acuerdo de Adhesión. Sólo cuando no se alcance el derecho a las prestaciones, la Institución competente procederá a totalizar los periodos acumulados en otro Estado Parte a través de la denominada "prestación teórica"¹⁵, aplicando a ésta la proporción correspondiente a los periodos exclusivamente cumplidos bajo esa legislación para obtener y reconocer el derecho a la "prestación real".

El principio de totalización (conocido también como de asimilación de condiciones), posee un especial relieve en tanto que permite a la persona migrante beneficiarse de las obligaciones cumplidas en aplicación de la normativa de Seguridad Social de un Estado Parte para solicitar el reconocimiento de prestaciones en otro Estado también firmante del convenio. A tal objeto, se entiende que los requisitos que se cumplan o hayan sido cumplidos en otro Estado Parte (bajo su normativa) poseen validez jurídica a los efectos del cumplimiento de las exigencias previstas en la normativa nacional de un Estado adherido al convenio. Resulte de importancia el hecho de que todos los periodos de cotización acreditados bajo una pluralidad de legislaciones nacionales puedan computarse, de ser necesario, para el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social solicitada sin que se pierda o se alcancen en una menor cuantía estos derechos. En tales casos, y por regla general, la prestación económica se abonará por los

¹³Véase la V Conferencia sobre el proyecto de Convenio y por la que se fijan los criterios y principios básicos que deben ser regulados.

¹⁴Mientras que el Reglamento 883/2004 coordina tanto prestaciones contributivas y no contributivas de Seguridad Social, el Convenio Multilateral sólo incluye a las contributivas. Pese a la exclusión de las prestaciones médicas del ámbito de aplicación del Convenio Multilateral, en lo que respecta a la nación española, hay que tener presente la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Así pues, el artículo 12 de la LOEXIS establece que: "los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria", siendo el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (introducido por el Real Decreto-ley 16/2012) el que desarrolla esta materia.

¹⁵Es aquella que hubiera correspondido considerando como periodos acreditados en dichos Estados Parte los periodos totalizados.

respectivos Estados a prorrata de los períodos cumplidos bajo las diferentes legislaciones, reconociéndose así el principio de asimilación de las condiciones y la diferente naturaleza de los hechos con relevancia jurídica (Artículo 5 del CMISS). La diversidad de sistemas obliga a llevar a cabo reglas aplicativas en donde entran en juego los Convenios bilaterales, trilaterales e incluso multilaterales¹⁶.

A efectos de la totalización de los periodos el Acuerdo de Aplicación de Convenio desarrolla algunas de las normas contenidas en éste. Así pues, a continuación, el objeto de estudio de este trabajo se va a centrar en el cálculo de la cuantía de las pensiones en el CMISS, recogido en el artículo 13 del mismo¹⁷.

A. LA PERSONA MIGRANTE Y EL PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN¹⁸

El artículo 13 del CMISS plantea tres posibles situaciones o escenarios en los que puede encontrarse la persona migrante y solicitante de protección social: 1) El trabajador reúne los requisitos requeridos por la legislación del Estado Parte para tener derecho a las prestaciones, no siendo necesario recurrir a la totalización de los periodos de cotización en otro u otros Estados firmantes (véase el artículo 13.1 a) del CMISS); 2) Cuando el trabajador cumpla los periodos de cotización para acceder a una pensión en un Estado Parte, pero opte voluntariamente y expresamente por aplicar el CMISS. En ese caso, se procederá a la totalización de los periodos cotizados en otros Estado Parte y; 3) Cuando no teniendo derecho a las pensiones por considerar únicamente los periodos de cotización cumplidos en un Estado Parte, el trabajador solicite la totalización de las prestaciones previstas en el CMISS (se aplicará aquí las reglas previstas en el artículo 13.1 b) del CMISS, así como los preceptos 13 y 14 del Acuerdo de aplicación del Convenio Multilateral).

Por tanto, el Convenio multilateral prevé dentro de los sujetos protegidos a todas las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes (artículo 2 del CMISS). A diferencia del Reglamento 883/2004, el Convenio Multilateral no establece

¹⁶El artículo 8 del CMISS establece que el mismo “tendrá plena aplicación en todos aquellos casos en que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte. En caso de 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 OISS, los convenios bilaterales y multilaterales que están vigentes entre ellos, la cual procederá a registrarlos en el Anexo IV de este Convenio. Una vez vigente el presente Convenio, los Estados Parte de los convenios bilaterales o multilaterales inscritos en el Anexo IV determinarán las disposiciones más favorables de los mismos y lo comunicarán al Secretario General de la OISS”.

¹⁷Son en total cinco los principios que establece el CMISS: a) la igualdad de trato, b) la determinación de una única legislación aplicable, c) la conservación de las expectativas de derechos de pensión, d) la conservación de los derechos adquiridos a través de la “exportabilidad de las prestaciones” y e) la colaboración administrativa. Ver <http://www.oiss.org/cmss/#6>.

¹⁸Para un conocimiento más exhaustivo véase Gómez Gordillo, R.; “El Cálculo de la Cuantía de las Pensiones en el CMISS” en VV.AA., González Ortega, S (Coord); El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 176 y siguientes.

diferencias por razón de la nacionalidad¹⁹. De modo que el ámbito de aplicación personal del CMISS no se circunscribe a los nacionales de los Estados Parte, sino que éste también resultará aplicable a los extranjeros nacionales de Terceros Estados, refugiados y apátridas, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de Seguridad Social de alguno/s de los Estados Parte²⁰.

B. REQUISITOS APLICATIVOS Y CONDICIONANTES AL PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN

El amplio reconocimiento del principio de asimilación que consagra el artículo 5 del Convenio Multilateral queda limitado por el establecimiento de una serie de circunstancias condicionantes, recogidas en el artículo 13 del CMISS y en el Acuerdo de aplicación del Convenio Multilateral (en adelante AACMISS). El acceso a las prestaciones de vejez, invalidez y supervivencia no queda pues desamparada, sino que en todo momento el legislador trata de acomodar las especialidades propias de la normativa de cada uno de los Estados Parte a las reglas de coordinación que se establecen en el Convenio.

En primer lugar, el principio de totalización de las prestaciones no se efectúa de oficio, sino a instancia de parte. Es por ello que la persona deba solicitarla voluntariamente a la Institución competente, ya que el principio de voluntariedad del trabajador protegido se erige en una regla de aplicación preferente.

El principio de asimilación se encuentra así sometido al de necesidad, por lo que la persona beneficiaria precisa, previamente, tomar en consideración los requisitos acreditados en un Estado Parte para acceder al derecho a una prestación de Seguridad Social en otro Estado firmante. Cuando la persona cumpla con todos los requisitos para acceder a una pensión en otro Estado Parte no será entonces de aplicación el CMISS (Artículo 13.1 a). Ahora bien, si el trabajador lo solicita voluntariamente se podrá llevar a cabo una excepción, debiéndose totalizar las prestaciones de manera individualizada (Art. 13.1 a *in fine* del AACMISS). Lo que en la práctica puede conllevar al establecimiento de diferencias en función del Estado Parte en donde se solicite, pues recuérdese que rigen aquí las reglas de territorialidad. No obstante a lo anterior, el artículo 13.1 a) del Convenio Multilateral permite, salvo que se superponga con otros periodos, la acumulación de prestaciones devengadas bajo la legislación de varios Estados Parte, sin que resulte necesario acudir al principio de totalización.

¹⁹El artículo 2 del Reglamento de coordinación de los sistemas de Seguridad Social de 2004 -intitulado "Campo de aplicación personal"- establece que éste se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus derechohabientes.

²⁰Cabría, por tanto, considerar que el texto del Convenio Multilateral es más progresista que el del Reglamento 883/2004. Pero esta conclusión resulta errónea tras una lectura sistemática del Convenio Multilateral: y es que aunque expresamente no se mencione en el art. 2 del Convenio Multilateral, para que los extranjeros puedan invocar las disposiciones de este Convenio será preciso que se trate de trabajadores "legales" o "regulares". Ello se infiere del hecho de que tal requisito resulta necesario para ser sujeto protegido por los regímenes contributivos de Seguridad Social de los Estado Parte a los que se aplica el Convenio Multilateral". Véase Sánchez-Rodas Navarro, C.; "Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social". Op.cit., pp. 186-187.

En segundo lugar, se prohíbe la totalización de periodos superpuestos entre prestaciones. La razón se debe a la necesidad de erradicar el fraude y las situaciones de sobreprotección frente a los riesgos sociales. En este sentido, cobran especial importancia prácticas las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, en donde el legislador establece reglas especiales que impiden la posibilidad de obtener una duplicidad de prestaciones. Respecto del pluriempleo, las limitaciones se materializan a partir del establecimiento de una base de cotización máxima por cada persona, con independencia del número de empleos que desarrolle y fijando como estricto el régimen de incompatibilidades en el cobro de pensiones generadas por una misma persona. Mientras que para los supuestos de pluriactividad, las soluciones que se ofrecen en los distintos Estados Parte son diversas, a saber: acumular periodos contemporáneos para acreditar periodos de carencia, ocultación de alguna de las actividades desarrolladas, eliminación de incentivos que fomenten la proliferación de situaciones de pluriempleo.

Para los pluriempleados a tiempo parcial, la posición de los Estados cambia ya que a fin de que pueda la persona acceder a una pensión suficiente se facilita la doble contratación parcial. En cualquier caso, el CMISS prohíbe taxativamente la totalización de las prestaciones cuando la realización de los periodos de cotización coincidan en el tiempo y ello con independencia de que se trate de una situación de pluriempleo o, por el contrario, de pluriactividad. Ahora bien, si la persona no pudiera demostrar documentalmente la coincidencia simultánea de varias actividades se presume "*iuris tamtun*" la independencia temporal, al entenderse no superpuestos los periodos cotizados (artículo 14 1 e) del CMISS).

Otro problema jurídico-práctico que se plantea en este punto es ¿qué ocurre cuando la totalización de los periodos es de la misma naturaleza? Dicho de otra manera, ¿se puede totalizar periodos cotizados en el Régimen Especial de un Estado Parte con aquellos cubiertos en el Régimen General de otro Estado Parte? A este respecto, el artículo 13.1 del CMISS establece una exigencia de identidad o similitud profesional, cuya aplicación resulta problemática y diversa según el tribunal que conozca del caso. En el seno de la UE el Tribunal de Justicia ya ha considerado que no hay razones para negar la totalización de las prestaciones, de forma que dependiendo de la naturaleza profesional de la actividad se podrá negar o no la aplicación del artículo 13.3 del CMISS²¹.

En tercer lugar, una de las cuestiones que más litigio plantea es la relativa a los periodos asimilados y su tratamiento. Se entienden, a efectos del artículo 1.1 letra l) del CMISS, como periodos asimilados aquellos equivalentes a "períodos de seguro, de cotización, o de empleo" y, por tanto, considerados como tales por la legislación del Estado Parte. En estos casos, los periodos asimilados deben ser tenidos en cuenta por el resto de Estados como si se tratasen de periodos de seguro, cotización o empleo a efectos de aplicación del CMISS. Por regla general, el alta de la persona protegida determina la obligación de cotizar y condiciona el acceso a las prestaciones. No obstante, existen algunas excepciones a esta regla general que permiten el acceso a las prestaciones por parte de la persona/s que no se encuentran en alta, así como la exención en la obligación de cotizar durante dichos periodos de asimilación.

A efectos del CMISS y del AACMISS dichos periodos deben ser tratados como ordinarios a efectos de aplicación del Convenio, ahora bien se plantean tres

²¹Gómez Gordillo, R.; "El Cálculo de la Cuantía de las Pensiones en el CMISS". Op.cit. pp. 196-197.

excepciones: a) según la letra c) del artículo 14.1 del AACMISS debe aplicarse preferentemente los periodos ordinarios frente a los asimilados (salvo cuando el trabajador opte voluntariamente por la totalización de las prestaciones). De acuerdo a esta idea *"un periodo de seguro, cotización o de empleo distinto de un periodo asimilado, cumplido conforme a la legislación de un Estado Parte, coincida con un periodo asimilado en virtud de la legislación de otro Estado Parte, sólo se tendrá en cuenta el primero de dichos periodos"*; b) se ha de conceder prioridad a los periodos obligatorios frente a los voluntarios (artículos 15.2 del CMISS y 14.1 b) del AACMISS); y c) la letra d) del artículo 14.1 del AACMISS limita la posibilidad de computar los periodos asimilados de carácter simultáneo. En este último caso, sólo se reconsiderarán por la Institución del Estado a cuya legislación haya estado sometido "obligatoriamente" en último lugar antes del periodo de que se trate, pero si no hubiera estado obligatoriamente sometidos a ninguna legislación antes del periodo asimilado entonces se computará por el Estado Parte a cuya legislación hubiera estado sometida obligatoriamente en primer lugar después del periodo asimilado²².

C. REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES POR VEJEZ, INVALIDEZ Y SUPERVIVENCIA

Se han de aplicar aquí las reglas contenidas en el artículo 13.1 b) del CMISS, en donde se dice: *"Cuando considerando únicamente los períodos de seguro, de cotización o empleo cumplidos en un Estado Parte no se alcance el derecho a las prestaciones, el reconocimiento de éstas se hará totalizando los períodos de seguro, cotización o empleo cumplidos en otros Estados Parte.*

En este supuesto, la Institución Competente determinará, en primer lugar, el importe de la prestación a la que el beneficiario tendría derecho como si todos los períodos totalizados se hubieran cumplido íntegramente bajo su propia legislación (prestación teórica) y a continuación, establecerá el importe real de la prestación aplicando a dicho importe teórico la proporción existente entre la duración de los períodos de seguro, de cotización o empleo cumplidos, antes de producirse la contingencia, bajo la legislación del Estado Parte y los períodos totalizados (prestación real)".

La cuestión más litigiosa estriba en determinar ¿qué se entiende por cuantía teórica? y ¿en qué consiste el prorrateo de las pensiones?

1. EL CÁLCULO DE LA CUANTÍA TEÓRICA Y REAL

Para calcular la cuantía teórica de las pensiones por vejez, invalidez y supervivencia se aplican las reglas contenidas en el segundo párrafo del artículo 13.1 b) del CMISS. En este punto, el principio de totalización sirve únicamente a los efectos de cumplimiento de los requisitos para conservar o recuperar el derecho a las prestaciones, pero no para realizar el cálculo de la pensión teórica. Ello genera un problema en aquellos países, como España, que toman en consideración periodos largos de cotización. Así pues, el artículo 13.4 del CMISS indica que sólo habrán de ser tenidas en cuenta las bases correspondientes a los periodos de cotización acreditados en cada Estado. Queda claro pues que el apartado cuarto del artículo 13 del CMISS prohíbe expresamente que se acuda a la cuantía de las bases correspondientes a cotizaciones efectuadas en otros países Parte, a saber: *"Si la legislación de un Estado Parte establece que, a*

²²Jacob Sánchez, F.M.; "Los Instrumentos de Aplicación del Convenio. El Comité Técnico Administrativo" en: VV.AA., González Ortega, S. (Coord), El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, p. 56.

efectos de la determinación de la cuantía de la prestación, se tomen en consideración ingresos, cotizaciones, bases de cotización, retribuciones o una combinación de estos parámetros, la base de cálculo de la prestación se determinará tomando en consideración, únicamente, los ingresos, cotizaciones, bases de cotización o retribuciones correspondientes a los períodos de seguro, de cotización o empleo acreditados en el Estado Parte de que se trate".

Dados los problemas que plantea en la práctica esta regla contenida en el número 4 del artículo 13 del CMISS, el punto 3 del artículo 13 del AACMISS trata de esclarecer el conflicto a través del establecimiento de algunas pautas que habilitan a los Estados Parte para aplicar reglas específicas frente a las pautas de cálculo que dispone el CMISS²³. A estos efectos, el Anexo IV del AACMISS determina para el caso español que *"cuando en el periodo de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión deban ser computados períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de otros Estados Parte, se utilizará para los mencionados periodos la base de cotización en España que más se aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo. La cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de las revalorizaciones calculadas para cada año posterior para las pensiones de la misma naturaleza"*.

Por su parte, el prorrateo de las pensiones procede cuando se hayan calculado las prestaciones económicas²⁴. Se aplica aquí el principio de *"pro rata temporis"* a fin de determina la obtención en cada Estado Parte de un porcentaje representativo del tiempo cotizado en dicha nación firmante del CMISS. Ahora bien, sólo cuando el periodo cotizado, una vez aplicada la regla de la totalización, supera el máximo requerido para la obtención de una prestación completa se aplicarán los sistemas de prorrateo relativo o absoluto (artículo 13.3 del CMISS). Se aplicará el prorrateo relativo únicamente en los casos en que la cuantía económica de las prestaciones se determinen en función de los periodos cotizados, en cuyo caso se tomarán en consideración los periodos cotizados más los efectuados en otros Estados hasta cubrir el máximo requerido en la norma nacional para obtener la pensión completa. Cuando las prestaciones económicas no dependan de los periodos de cotización, se pondrá en funcionamiento el sistema del prorrateo absoluto, en donde se tendrán en cuenta todos los periodos de cotización realizados en los Estados Parte.

En ningún caso, estas reglas de prorrateo pueden dar lugar a la obtención o disfrute de más de una pensión según los requisitos que determinen la legislación de los Estados Parte. No obstante, hay que tener en cuenta tres ideas: 1) se admite la exportabilidad de las prestaciones. Ello implica que la persona puede seguir percibiendo una prestación aunque resida en otro Estado Parte; 2) las reglas aplicables serán las propias de cada nación, es decir, como si el trabajador ejerciera la actividad en el Estado Parte en el que disfruta de la pensión (artículo 13.5 del CMISS) y 3) esta posibilidad del prorrateo se

²³Establece el artículo 13.3 del AACMISS que: "a los efectos de la aplicación de las reglas contenidas en el apartado 4 del artículo 13 del Convenio, los Estados Parte del Convenio podrán incluir en el anexo 4 reglas concretas para la aplicación de su legislación a efectos de la determinación de la cuantía de las pensiones".

²⁴La regla del prorrateo es complementaria de la totalización de los periodos de cotización. Si bien la Institución de un Estado tiene que totalizar o sumar todos los periodos de cotización realizados en los diferentes Estados para el acceso a la prestación o para la determinación de su importe, sin embargo no abonar la totalidad de la prestación, sino sólo la parte proporcional (la cual se corresponde con las cotizaciones acreditadas en ese Estado).

extiende no sólo al trabajo por cuenta ajena, sino también al autónomo (o por cuenta propia).

2. PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN DEL GRADO DE INVALIDEZ

Se han presentado en la práctica algunos problemas en torno a la determinación del grado de invalidez, ya que según establece el CMISS las Instituciones competentes de cada Estado serán las facultadas para determinar el grado de invalidez de las personas protegidas. La existencia de diagnósticos no coincidentes constituye aquí uno de los puntos en donde más litigios se han planteado, pues a partir de estos es cuando se produce la denegación o concesión de prestaciones, así como la determinación de distintos grados de invalidez por parte de cada uno de los Estados. Y es que, cada Estado goza de autonomía plena para en la configuración de su sistema de protección frente a cada una de las contingencias. Quizás debería plantearse en este aspecto una específica coordinación entre los diferentes sistemas de Seguridad Social²⁵, pues el problema es que al final los verdaderamente perjudicados son las personas que solicitan el reconocimiento de una pensión por invalidez. Pesa más en este apartado el interés por mantener la soberanía nacional antes que la protección frente a las situaciones de necesidad, lo cual es contrario a la propia base o esencia misma del sistema de protección social pública.

La desconfianza hacia las Administraciones de Seguridad Social de cada uno de los Estados Parte debe dejarse en un segundo plano. No obstante a lo anterior, se complica aún más el tema al aplicar las previsiones que regulan los apartados 1 y 4 del artículo 15 del AACMISS, según las cuales se establece que corresponde a la competencia de cada uno de los Estados firmantes del CMISS la determinación de la disminución de la capacidad para trabajar de la persona protegida a efectos de la concesión de las prestaciones por incapacidad e invalidez. Por lo que la decisión sobre el grado de invalidez que establezca un Estado no vinculará, en ningún caso, la determinación que se haga por parte de otra nación Parte. Ahora bien y en cualquier caso, el Estado Parte en donde la persona va a disfrutar de la pensión habrá de tener en cuenta los informes médicos emitidos por el Estado firmante de origen (artículo 19.3 del CMISS), lo cual no impide que el primero lleve a cabo nuevos reconocimientos adicionales (artículo 19.1 del CMISS).

²⁵Gómez Gordillo, R.; "El Cálculo de la Cuantía de las Pensiones en el CMISS". Op.cit., p.205.