

ARTÍCULO 9

“Regla general

Las personas a quienes sea aplicable el presente Convenio estarán sujetas exclusivamente a la legislación de seguridad social del Estado Parte en cuyo territorio ejerzan una actividad, dependiente o no dependiente, que dé lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación de dicha legislación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”.

IGNACIO CAMÓS VICTORIA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Girona

RESUMEN

El artículo 9 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social aborda el tema de la legislación aplicable en concreto, la regla general. Así se establece que las personas a quienes sea aplicable este Convenio estarán sujetas exclusivamente a la legislación de Seguridad Social del Estado en cuyo territorio ejerzan una actividad. Se opta, por la *lex loci laboris* como regla general a la hora de establecer cuál es legislación aplicable a los trabajadores sujetos al ámbito del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social cualquiera que sea su nacionalidad o lugar de residencia y que parte de la regla de la unicidad de la legislación aplicable. Se trata de una regla típica de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social que además de favorecer la seguridad jurídica pretende resolver las posibles dudas en torno a la legislación aplicable y que está presente en otros convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales en materia de Seguridad Social.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, coordinación, legislación aplicable, *lex loci laboris*, regla general.

ABSTRACT

Article 9 of the Multilateral Ibero-American Social Security Agreement addresses the issue of the law applicable in particular, the general rule. Thus it is established that the persons to whom this Agreement applies shall be subject exclusively to the social security legislation of the State in whose territory engaged in an activity. This text opts for the *lex loci laboris* as a general rule to establish which is the legislation applicable to workers covered by the scope of the Multilateral Ibero-American Social Security Agreement regardless of their nationality or place of residence and is a manifestation of the principle of a single national law applicable. This is a typical rule of coordination of Social Security Systems that would enhance the legal certainty intended to resolve any doubts about the applicable law and is present in other agreements or bilateral or multilateral agreements on social security.

KEYWORDS: Social Security, coordination, applicable law, *lex loci laboris*, general rule.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE. REGLA GENERAL

III. LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE Y LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

V. LAS REGLAS DE LA TOTALIZACIÓN DE LOS PERÍODOS DE COTIZACIÓN Y PRORRATA TEMPORIS Y EL PRINCIPIO DE UNICIDAD DE LEY NACIONAL APLICABLE

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN Y/O REFLEXIÓN FINAL

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social que como es sabido constituye un instrumento de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social, en materia de pensiones de los diferentes Estados Iberoamericanos que lo han ratificado y que, además, suscriban el Acuerdo de Aplicación, tiene por objetivo, entre otras cuestiones, facilitar la cobertura de los derechos sociales de los trabajadores migrantes en el caso de prestaciones de larga duración a través de la coordinación de los sistemas nacionales de protección social mediante la aplicación del cómputo de períodos de cotización en sistemas distintos a efectos de las prestaciones económicas de larga duración.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se firmó el 10 de noviembre de 2007. Su entrada en vigor se produjo el 1 de mayo de 2011, tras su ratificación por siete Estados¹.

Con la reciente incorporación de Argentina y Perú el pasado 1 de agosto de 2016 y 20 de octubre respectivamente, hasta el momento, las dos condiciones reseñadas en el apartado anterior, han sido satisfechas por un total de 11 países: España, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Ecuador, Paraguay, Perú, Portugal y Uruguay².

II. LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE. REGLA GENERAL

El artículo 9 ubicado en el capítulo 2 del Convenio dedicado a la determinación de la legislación aplicable a las personas incluidas en este Convenio incluye, como regla general, que las personas a quienes sea aplicable el presente Convenio estarán sujetas exclusivamente a la legislación de seguridad social del Estado Parte en cuyo territorio ejerzan una actividad, dependiente o no dependiente, que dé lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación de dicha legislación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

Se opta, por tanto, por considerar que salvo excepciones que están recogidas en el artículo 10 bajo el epígrafe de reglas especiales, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social están sujetas

¹Su origen se remonta a la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Octubre de 2005 en Salamanca, España, donde, entre otras cuestiones, se acuerda elaborar un Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, conforme a lo propuesto en la V Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de la Seguridad Social, reunida en Segovia, España, los días 8 y 9 de septiembre de 2005, concluyendo en un primer documento titulado “Anteproyecto de Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Aspectos previos”, lo que dio base a la OISS para elaborar un primer borrador de Convenio a partir de las consultas realizadas con los diferentes Estados Miembros.

²En España y Bolivia el Convenio tiene efectividad desde el 1 de mayo de 2011, en Brasil desde el 19 de mayo de 2011, en Ecuador desde el 20 de junio de 2011, en Chile desde el 1 de septiembre de 2011, en Uruguay desde el 1 de octubre de 2011, en Paraguay desde el 28 de octubre de 2011, en El Salvador desde el 17 de noviembre de 2012, en Portugal desde el 21 de julio de 2014, en Argentina desde el 1 de agosto de 2016 y más recientemente en Perú desde el día 20 de octubre de 2016. Vid el Estado de situación del Convenio en cada país en: <http://www.oiss.org/Estado-de-Situacion.html>

con carácter exclusivo, en materia de Seguridad Social, a la legislación del Estado donde éstas desarrollen su actividad.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se decanta, de forma expresa, por que se aplique la ley vigente en el lugar donde se desarrolle la actividad, la regla de la *Lex loci laboris*.

La determinación de una única legislación aplicable es, sin duda alguna, uno de los principios básicos de este Convenio Multilateral cuyo objetivo es dejar claro que sólo se puede estar amparado, de forma obligatoria, por la normativa de Seguridad Social de un Estado a la vez, optándose, como acabamos de ver, porque sea la normativa de la legislación del lugar de ejecución o desarrollo de la actividad. Se trata de un elemento central de coordinación de los sistemas de Seguridad Social que se rigen por el convenio Multilateral y que, como tendremos ocasión de apreciar más adelante, es común a otros Convenios o acuerdos multilaterales de Seguridad Social tanto del ámbito europeo como iberoamericano.

Este principio se aplica a todas las personas que están o han estado sujetas a la legislación de uno o más Estados Parte, independientemente del número de países de que se trate. Incluso para las personas que ejercen una actividad laboral en dos o más Estados Parte por cuanto que sólo pueden estar sujetas a la legislación de un único Estado al mismo tiempo.

Este principio se aplica también, con ciertas salvedades, a los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, incluso en los casos en que residan en el territorio de otro país o que sus empresas o empleadores se encuentren en otro Estado Parte, de tal manera que si se deja de trabajar en uno de estos Estados para ejercer una actividad laboral en otro Estado Parte, el trabajador pasará a estar sujeto a la legislación del nuevo Estado donde ejerce su actividad o empleo. Por lo tanto, y de acuerdo con las reglas particulares al respecto prevista en el Convenio dejará de acumular derechos en el antiguo Estado y empezará a adquirir derechos en el nuevo Estado. Así, con independencia de que se produzca un cambio o no de residencia al nuevo Estado Parte en el que se ejerce la actividad. En este mismo sentido como trabajador fronterizo que mantiene su domicilio en el antiguo país de empleo, el trabajador estará amparado por la legislación del Estado Parte en el que trabaja.

Como es obvio, por regla general, la sujeción a la legislación sobre Seguridad Social del Estado Parte en el que se ejerce la actividad laboral, conforme al principio de *lex loci laboris*, se tiene los mismos derechos y obligaciones que los nacionales de ese país. Esto significa, concretamente, que si solicita una prestación, no puede rechazarse su solicitud por no ser ciudadano de ese Estado.

Se garantizar que las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio estén cubiertas por el sistema de seguridad social de un único Estado miembro para evitar que sea aplicable más de un ordenamiento jurídico nacional y eludir así las complicaciones que ello pudiera suponer, incluso en los supuestos de ejercicio de la actividad fuera del ámbito de la UE ya que tal y como se señal en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (entonces CEE) (Sala Quinta) de 29 de junio de 1994 en el asunto C-60/93, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el Hoge Raad der Nederlanden, destinada a obtener, en el litigio

pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre R. L. Aldewereld y Staatssecretaris van Financiën³: “las normas de Derecho comunitario que tienen por finalidad asegurar la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y, en particular, las disposiciones que regulan la determinación de la legislación nacional aplicable contenidas en el Título II del Reglamento 1408/71 se oponen a que un trabajador que reside en el territorio de un Estado miembro, que presta sus servicios como trabajador por cuenta ajena en una empresa establecida en otro Estado miembro, que ejerce su actividad exclusivamente fuera del territorio de la Comunidad y que, por razón de esta actividad, paga sus cotizaciones a la Seguridad Social conforme a la legislación de este otro Estado miembro, tenga también que pagar cotizaciones sociales conforme a la legislación del Estado miembro en el que reside”.

El Tribunal Justicia de la Comunidad Europea frente a la exigencia de cotizaciones realizada por la Administración holandesa fundamentada en el mantenimiento de la residencia, al considerar esta Administración irrelevante que el trabajador en cuestión ejerza su actividad profesional fuera de su territorio, basándose en el principio de unicidad de ley nacional aplicable, consideró que esta exigencia era contraria a la normativa de coordinación y por tanto injustificada.

Debe tenerse en cuenta no obstante que lo previsto en este artículo 9 y la contundencia con la que se expresa por lo que se refiere a la legislación aplicable, ésta no es absoluta porque no sólo, como he ya citado, se admiten excepciones contempladas en el artículo 10 para determinadas personas a las que se aplican reglas especiales como por ejemplo en el caso del transporte aéreo y marítimo, pesca en empresas mixtas, funcionarios públicos, personal diplomático o a su servicio o cooperantes, con las peculiaridades propias de cada supuesto, sino porque además, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de este Convenio, se permite la posibilidad de que dos o más Estados establezcan, de mutuo acuerdo, excepciones a la regla contemplada en este artículo 9 en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, siempre que las mismas aparezcan relacionadas en el Anexo V. Este artículo 11 permite, por tanto, que por acuerdos bilaterales o multilaterales, los Estados Parte modifiquen, este artículo 9 sobre la regla general para determinar la legislación aplicable.

Debe igualmente tenerse en cuenta que el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de 11 de septiembre de 2009. Aplicación provisional hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009⁴, incluye, por su parte, un capítulo referido a Disposiciones sobre la legislación aplicable en relación con los Desplazamientos temporales de trabajadores, los desplazamiento de trabajadores que ejercen una actividad por cuenta ajena o dependiente, los desplazamiento de trabajadores que ejercen una actividad por cuenta propia o no dependiente, así como en relación con el personal de Misiones diplomáticas y Oficinas consulares y el personal enviado en misiones de cooperación.

El principio de *Lex loci laboris* o lo que es lo mismo el principio según el cual la persona que ejerce una actividad profesional en el territorio de un Estado miembro está sometida a la legislación de este Estado pretende actuar y así aparece configurada, tal y

³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0060&from=ES>.

⁴BOE núm. 7, de 8 de enero de 2011.

como he señalado, como uno de los pilares de coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados parte de Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social para evitar dudas en torno a cuestiones esenciales como, entre otras, donde reside la obligación de cotizar, el reconocimiento de prestaciones y sus condiciones junto a los principios de igualdad de trato, la conservación de los derechos en curso de adquisición (totalización y prorrateo), la conservación de los derechos adquiridos (exportación de prestaciones).

Así, la persona asegurada que resida o se encuentren en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde presta servicios, tendrá derecho a las prestaciones por parte de la institución competente de conformidad con la legislación que esta última aplica.

A fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales con los subsiguientes problemas que ello supondría para los trabajadores migrantes y las instituciones nacionales de Seguridad Social, el artículo 9 del Convenio Multilateral, opta por el principio de unicidad de la legislación aplicable. Esto implica que los trabajadores migrantes estarán sometidos a una sola legislación, que por regla general será la del Estado en cuyo territorio el trabajador preste servicios por cuenta ajena o por cuenta propia (“*lex loci laboris*”)⁵.

Se trata, de una regla que tiene su origen en el principio unicidad de la legislación aplicable o lo que es lo mismo el principio según el cual los trabajadores, con independencia de la potencial aplicabilidad de dos o más legislaciones, sólo estarán sometidos a la legislación de un único Estado Parte del Convenio Multilateral iberoamericano de Seguridad Social. El objetivo no es otro más que el de garantizar que los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Convenio sólo estarán sometidos a la legislación de un único Estado miembro. Este principio de unicidad de la legislación aplicable es un mecanismo de coordinación dirigido a evitar la doble cotización, la complejidad administrativa, el cúmulo de prestaciones referidas a la misma contingencia y la dificultad de exportación⁶.

En realidad, se trata de dos reglas diferentes, de un lado la primera establece que, con independencia de que el trabajador pueda estar sujeto a dos o más legislaciones durante la ejecución de la prestación de trabajo, se les aplica sólo una legislación de Seguridad Social y, en segundo instancia, una segunda regla según la cual a la hora de determinar cuál es la legislación aplicable a ese trabajador que puede estar sujeto a dos o más legislaciones, que esa ley aplicable es la del lugar en que se desarrolla o ejecuta la prestación de trabajo. Con la primera regla se evitan los costes de una eventual, por ejemplo, doble afiliación-cotización. Se garantiza que las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio estén cubiertas por el sistema de seguridad social de un único Estado miembro para evitar que sea aplicable más de un ordenamiento jurídico nacional y eludir así las complicaciones que ello pudiera suponer, mientras que con la

⁵Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Aproximación a la Coordinación de Regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. E-Revista Internacional de la Protección Social, Vol. 1 nº1/ 2016, p. 6.

⁶Sempere Navarro A.V.; Coordinadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004l. Aranzadi Social nº 9/2004, p. 16.

segunda se garantiza el principio de territorialidad que resulta más adecuado en materia de Seguridad Social.

Este es el criterio utilizado y el principio en el que sustenta, como una norma principal, la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y que aparece así recogido en los Reglamentos de la UE de coordinación de los sistemas de seguridad social. Así, en el apartado 3º del artículo 11 del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, a reserva de lo dispuesto en los artículos 12 a 16 se establece que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado.

Bajo el prisma de la seguridad jurídica y la claridad normativa, el principio de unicidad de la legislación aplicable y su concreción expresa a través del principio de *lex loci laboris* se impone como principio fundamental de aplicación y coordinación de los sistemas de seguridad social en el caso del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de tal manera que cualquiera que sea la nacionalidad y/o lugar de residencia de un trabajador, se aplica, en materia de seguridad social, la normativa correspondiente al lugar de ejecución de su actividad.

A pesar de los perjuicios que en ocasiones puede ocasionar el principio de *lex loci laboris* al obligar a aplicar la legislación del Estado donde se ejerce la actividad profesional frente, por ejemplo, el criterio de la residencia, y quedar excluido de las prestaciones que este último sistema ofrece, es en general, un principio extendido en los supuestos de aplicación de dos o más sistemas de seguridad social. Se excluye, de esta manera, entre otras, la posibilidad de que un Estado opte por permitir que un trabajador esté afiliado obligatoriamente al sistema de Seguridad Social, siempre que la empresa tenga su domicilio en el territorio de ese Estado.

Muchas de las excepciones contenidas en el artículo 10 del Convenio multilateral se refieren precisamente a trabajadores desplazados, personas que ejercen actividades de carácter temporal en otro Estado, personal itinerante, incluyéndose, como excepción a la regla de la *lex loci laboris* por tanto personal en el que el ejercicio de la actividad en un Estado miembro está acotada en el tiempo o a circunstancias temporales del trabajador que las ejecuta, en concreto, en el caso de traslado este límite temporal queda fijado, en principio, en los doce meses.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE Y LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social como todos los convenios multilaterales de Seguridad Social persigue un objetivo de coordinación de los regímenes de seguridad social incluidos en su ámbito de aplicación, sin que afecte por ello a la libertad de los Estados miembros en cuanto a su determinación.

Es necesario tener en cuenta que tal y como se señala en el proyecto de investigación dirigido por GONZALEZ ORTEGA⁷, “los Estados definen el campo de aplicación de

⁷La Protección Social de los Trabajadores Extranjeros. Expediente FIPROS-2006/94 Disponible en: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113305.pdf>.

sus leyes de seguridad social, de forma soberana invocando diversos principios; unas veces el principio de territorialidad, puesto que la legislación aplicable se rige principalmente por la residencia en el país, otras por el de la personalidad, puesto que el derecho a las prestaciones se presenta como un derecho personal ligado al ejercicio de una actividad o al pago de cuotas durante periodos determinados, y otras veces, lo que sucede con mayor frecuencia, invocando ambos principios, según sea la rama de que se trate, aludiéndose a la posibilidad de originarse situaciones en las que el interesado no estaría sujeto a ningún régimen de la Seguridad Social (conflicto legislativo negativo) o, en las que estaría sujeto simultáneamente a varios de estos regímenes, con la posibilidad de acumular las prestaciones (conflicto legislativo positivo), dándose, en este sentido, una posible situación de vacío de protección y/o una posible sobreprotección”.

Dado que cada Estado miembro sigue siendo libre de diseñar su sistema de Seguridad Social de forma independiente, las normas de coordinación sirven para determinar en qué sistema nacional debe estar asegurado un ciudadano de la UE en caso de que pueda tratarse de dos o más Estados Parte.

Esta base de soberanía nacional muy presente en la configuración de los sistemas de seguridad social y, en especial, de la delimitación de los principios que se aplican, encuentran una cierta excepción en el caso de los convenios bilaterales o multilaterales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social donde se opta por una cierta “cesión” a favor de una más efectiva aplicación de dos o más sistemas como en es el caso del principio de unicidad de la legislación aplicable.

El respeto al principio de la soberanía nacional muy vigente en la configuración de los sistemas de Seguridad Social, ejerce una influencia muy importante sobre la concreción del principio de territorialidad como mecanismo de solución de los conflictos que puedan darse en torno a la determinación de la legislación aplicable a los derechos de protección social de quienes se desplazan por varios Estados. En el caso del principio de la territorialidad éste aparece mucho más acusado si se ha optado por el sistema de reparto, ya que la capitalización es susceptible de mejor internacionalización, y esa circunstancia permite delimitar tanto su ámbito de aplicación personal como el de dispensación de su acción protectora⁸, además de constituir un imperativo tanto de la financiación como de la gestión de un sistema de Seguridad Social⁹.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la coordinación de sistemas no restringe la competencia de los Estados miembros para regular sus sistemas de Seguridad Social, que siguen subsistiendo con todas sus peculiaridades y divergencias de procedimiento, no supone suprimir las diferencias de fondo entre los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros, ni implica tampoco la uniformización de los sistemas, ni mucho menos la unificación. A través de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social se establecen los criterios de conexión entre las diferentes legislaciones nacionales así como de distribución de las cargas entre los distintos regímenes nacionales, sin que los derechos en materia de Seguridad Social de los migrantes se vean afectados por su lugar de empleo o residencia.

⁸Dupeyroux, J.J.; *Droit de la Sécurité Sociale*. Decimocuarta Edición. Dalloz. 2001, pp. 389-390.

⁹Rodríguez Cardo, I.A.; “La Ley Aplicable en el Reglamento 883/2004” en: VV.AA.; *El Futuro Europeo de la Protección Social*. Laborum. Murcia. 2010, p. 43.

Es importante tener en cuenta que en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social no existe un propósito de armonización de normas ya que la voluntad es que cada Estado aplique su propia legislación en la materia, optando por reforzar una coordinación de los mismos.

En idénticos términos a lo recogidos en este Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, no sólo los Reglamentos europeos, tal y como ya hemos visto, abordan de forma análoga el tema de la legislación aplicable y la defensa de los principios de unicidad y *lex loci laboris* en los términos que acabamos de ver, también en otros acuerdos multilaterales del ámbito iberoamericano se ha optado por la adopción de estas mismas reglas tal y como sucede, por ejemplo, en el caso del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social de MERCOSUR que fue suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en Montevideo el 15 del mes de diciembre de 1997 y que entró en vigor en junio de 2005¹⁰, ya que, de conformidad con lo previsto en el artículo 4º de este Acuerdo Multilateral, el trabajador estará sometido a la legislación del Estado Parte en cuyo territorio ejerza la actividad laboral. Como puede verse se opta, en cuanto a la determinación de la legislación aplicable, igualmente, por la *lex loci laboris*, estableciéndose el principio de territorialidad, vinculado a la actividad del trabajador.

En este mismo sentido en el Instrumento Andino de Seguridad Social adoptado en Ecuador (Guayaquil) el 7 de mayo de 2004. Decisión 583 Sustitución de la Decisión 546 y del que forman parte Bolivia, Colombia, Ecuador y el Perú en el artículo 5 se establece que el migrante laboral estará sometido a la legislación de seguridad social del País Miembro en cuyo territorio efectúe su actividad laboral, de acuerdo a la legislación del país donde se encuentre¹¹.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

A pesar de la claridad con la que el artículo 9 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se manifiesta respecto al principio de unicidad de la legislación aplicable y la *lex loci laboris*, es necesario tener en cuenta que el artículo 8 de este mismo Convenio por lo que respecta a las relación entre este Convenio multilateral y los existentes Convenios bilaterales de Seguridad Social entre los Estados Parte del Convenio, nos delega a la posibilidad de que se apliquen las disposiciones que resulten más favorables al interesado.

El problema no se plantea en el caso en el que entre los Estados Partes no existan Convenios vigentes ya que en este caso no habrá dudas en cuanto a qué normativa aplicar, por ser éste el único texto aplicable a tales efectos. Las dudas en tono a la aplicabilidad o no del Convenio multilateral se pueden plantear en los casos en que ya existan uno o más Acuerdos o Convenios de Seguridad Social entre los Estados Partes, teniendo en cuenta que la solución adoptada ha sido la de que en cada caso se apliquen las disposiciones más favorables al beneficiario, de lo que se infiere que el Convenio

¹⁰Se entró así en un proceso de ratificación parlamentaria, por parte de los Estados parte del Acuerdo Multilateral, así Uruguay completó ese proceso en 1998, Brasil y Argentina en el año 2001 y finalmente Paraguay en 2005. Al depositar el documento de esta última ratificación el 05/05/2005, tal como lo preveía el propio Convenio, el 01/06/2005 el Convenio entró en vigor.

¹¹Vid texto en <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec583s.asp>

Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social no deroga, en modo alguno, los Convenios que hubiere vigentes en la materia de Seguridad Social entre los Estados Parte.

A estos efectos, los propios Estados partes no sólo informan de los convenios vigentes sino también de si los mismos contienen disposiciones que puedan resultar más favorables para los beneficiarios que las normas establecidas en el Convenio.

A título de ejemplo en el caso de España, del total de países a los que se les aplica este Convenio multilateral de forma efectiva que son junto a España: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Portugal, Uruguay, existe Convenio Bilateral en materia de Seguridad Social con 6 de ellos, en concreto con: Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay y Uruguay y por lo que respecta al tema de la legislación aplicable, todos estos Convenios Bilaterales, siguiendo el esquema ya visto en el caso del Convenio Multilateral, incluyen un artículo referido a la norma general aplicable que recoge la *lex loci laboris* como norma así como un artículo referido a las normas particulares y excepciones a esta norma general.

En el caso de Argentina, en el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina de 28 de enero de 1997 que está en vigor desde 1 de diciembre de 2004¹² en su artículo 6 se establece, como norma general, que las personas a quienes sea aplicable el Convenio, estarán sujetas exclusivamente y en su totalidad, a la legislación de Seguridad Social de la Parte Contratante en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 referido a las normas particulares y excepciones.

En el caso de Brasil, por su parte el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 16 de mayo de 1991 que está en vigor desde 1 de diciembre de 1995¹³ su artículo 6, efectúa una distinción que afecta al trabajador por cuenta propia o autónomo (asegurado por la legislación de ambos Estados) al establecerse en su apartado 1º que las personas a quienes les sea aplicable el presente Convenio estarán sujetas exclusivamente a la legislación de Seguridad Social de la Parte Contratante en cuyo territorio ejercen su actividad laboral, salvo las excepciones previstas en el artículo 7, mientras que en el apartado 2º se especifica que en el caso de los trabajador por cuenta propia o autónomo que respecto a su trabajo pudiera estar asegurado por la legislación de ambas Partes, sólo estará sometido a la legislación de la Parte en cuyo territorio tenga su residencia.

Por lo que respecta a Chile, el Convenio de Seguridad social entre el Reino de España y la República de Chile, de 28 de enero de 1997 en vigor desde el 13 de marzo de 1998¹⁴ al igual que veíamos en el caso de Argentina su artículo 6º incluye la norma general sobre la legislación aplicable estableciendo que los trabajadores a quienes sea aplicable el presente Convenio estarán sujetos exclusivamente a la legislación de Seguridad

¹²BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2004 y BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2007.

¹³BOE núm. 13, de 15 de enero de 1996.

¹⁴BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1998.

Social de la Parte Contratante en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.

En este mismo sentido el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador, de 4 de diciembre de 2009 en vigor desde el 1 de enero de 2011¹⁵; así como en el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República oriental del Uruguay, de 1 de diciembre de 1997 en vigor desde 1 de abril de 2000¹⁶; y en el Convenio de Seguridad Social entre la República del Paraguay y el Reino de España, de 24 de junio de 1998 que está en vigor desde el 1 de marzo de 2006¹⁷ se manifiestan en idénticos términos a los ya contemplados al aludir, de forma expresa, a la legislación aplicable ya que, de conformidad con lo previsto en estos Convenios, los trabajadores a quienes sea aplicable el presente Convenio, estarán sujetos exclusivamente a la legislación de Seguridad Social de la Parte Contratante en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con las particularidades y excepciones previstas en cada uno de los Convenios Bilaterales.

Es claro, así pues que en el caso de España, la relación entre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y los Convenios Bilaterales existentes en esta materia no plantea problemas en relación a la determinación de la legislación aplicable y, en concreto, sobre la *lex loci laboris* ya que todos ellos se manifiestan en términos idénticos a los establecidos en el Convenio Multilateral, sin que sea necesario, por tanto, valorar, la necesidad de aplicar las disposiciones más favorables al beneficiario.

Quizás sea más oportuno remarcar por la influencia que pueda tener en relación al principio de unicidad de la legislación aplicable y la regla de la *lex loci laboris* a que hacen referencia el artículo 9 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, que puede darse el caso de existencia de reglas específicas diferentes de la *lex loci laboris* no sólo en función del colectivo de que se trate y que ya he citado anteriormente, sino también y, muy especialmente, en función de las prestaciones.

Para ello nos hemos de remitir al ámbito material de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social que abarca las prestaciones económicas contributivas de invalidez, vejez, supervivencia y las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Mientras que se excluyen expresamente las prestaciones no contributivas, las de asistencia social y las reconocidas a favor de víctimas de guerra. Se excluyen también las prestaciones sanitarias, dadas las mayores dificultades de coordinación en este campo, pero el propio Convenio recoge la posibilidad de que dos o más Estados Parte del mismo puedan ampliar entre ellos este ámbito material de aplicación, inscribiendo los acuerdos bilaterales o multilaterales alcanzados en el Anexo previsto a tal efecto.

Debe tenerse en cuenta que en el ámbito de las prestaciones no contributivas prima el principio del lugar de residencia y por tanto será éste el principio a tener en cuenta para ser beneficiario de la mismas frente al criterio exclusivo de *la lex loci laboris*¹⁸.

¹⁵BOE núm. 32 de 7 de febrero de 2011.

¹⁶BOE. núm. 47, de 24 de febrero de 2000.

¹⁷BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2006.

V. LAS REGLAS DE LA TOTALIZACIÓN DE LOS PERÍODOS DE COTIZACIÓN Y PRORRATA TEMPORIS Y EL PRINCIPIO DE UNICIDAD DE LEY NACIONAL APLICABLE

Finalmente me gustaría señalar que la aplicación de reglas importantes como la de la totalización de los períodos de cotización, recogida en el artículo 5 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social no afectan, en absoluto, a la esencia del principio de unicidad de ley nacional aplicable y de la *lex loci laboris* ya que es regla complementaria, de carácter instrumental para el reconocimiento de las prestaciones.

El principio de totalización de los períodos cotizados comporta que el Estado miembro competente, a la hora de decidir si un trabajador cumple los requisitos establecidos con respecto a la duración del período de seguro o de empleo, debe tener en cuenta los períodos de seguro y de empleo completados de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro.

La Institución competente en aplicación de la *lex loci laboris* reconoce la prestación conforme con su legislación si bien cuando no se alcance los períodos de seguro, cotización o empleo necesarios en un Estado Parte se tomarán en cuenta esos períodos en otros Estados parte del Convenio sin que afecte, realmente, a la regla objeto de estudio de unicidad de la legislación aplicable o *lex loci laboris* por cuanto que se trata de una regla para el cómputo de las cotizaciones o tiempo de seguro acreditados.

La solicitud de totalización se deberá efectuar separadamente para cada Estado parte del Convenio y la misma no vinculará a los otros Estados Parte. Así, frente a los supuestos en los que se reúnan las condiciones requeridas por la legislación de un Estado Parte para tener derecho a las correspondientes prestaciones, sin que sea necesario recurrir a la totalización de períodos prevista en el artículo 5 Convenio, la Institución Competente de ese Estado Parte reconocerá la prestación aplicando su propia legislación y teniendo en cuenta únicamente los períodos de seguro, de cotización o de empleo cumplidos bajo dicha legislación, cuando no se cumplan las condiciones requeridas por la legislación de un Estado Parte para tener derecho a las correspondientes prestaciones, el reconocimiento de las prestaciones correspondientes se efectuará, por la Institución Competente del Estado Parte por cuya legislación no tenga derecho a las prestaciones considerando únicamente los períodos de seguro, cotización o empleo cumplidos bajo la misma o del Estado Parte en el que el trabajador o sus familiares beneficiarios hayan solicitado la totalización, totalizando los períodos de seguro, cotización o empleo cumplidos en otros Estados Parte. En este caso, la Institución Competente determinará, en primer lugar, el importe de la prestación a que el trabajador o sus familiares beneficiarios tendrían derecho como si los períodos totalizados se hubieran cumplido

¹⁸Es importante tener en cuenta que en el caso de España con la finalidad de establecer un mecanismo de protección que garantice el derecho a percibir una prestación a los españoles residentes en el exterior que habiéndose trasladado al exterior por razones laborales, económicas o cualesquiera otras y habiendo cumplido 65 años de edad o estando incapacitados para el trabajo, se encuentren en una situación de necesidad por carecer de recursos suficientes para cubrir sus necesidades, el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados contempla la posibilidad de ser beneficiario/a de una prestación por razón de necesidad que comprende las siguientes prestaciones: a) La prestación económica por ancianidad; b) la prestación económica por incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo y c) asistencia sanitaria.

íntegramente bajo su propia legislación (prestación teórica) y a continuación fijará el importe real de la prestación, a cargo del Estado de la mencionada institución, en proporción a los períodos cumplidos exclusivamente bajo dicha legislación y con relación a todos los períodos totalizados (prestación real).

Como vemos, la institución competente totaliza los períodos de cotización para determinar si tiene o no derecho a la prestación. Si tiene derecho se determina la cuantía teórica de la prestación que correspondería al interesado si los distintos períodos totalizados se hubieran cumplido exclusivamente al amparo de su propia legislación. La cantidad resultante se divide en proporción de la duración de los períodos realmente cubiertos bajo dicha legislación, en relación con la duración total de los períodos cumplidos bajo las distintas legislaciones. Se opta por una partición de la prestación en función de la cotización efectuada en cada Estado Parte en función del período cotizado encada uno de los sistemas (prorrata temporis).

De igual manera, tampoco afecta al principio de *lex loci laboris* el hecho de que las personas que reúnan los requisitos exigidos por las legislaciones de ambos países para tener derecho a pensión contributiva, puedan percibir ésta de cada uno de ellos.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN Y/O REFLEXIÓN FINAL

El artículo 9 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social aborda el tema de la determinación de la legislación aplicable, en concreto, la regla general, ya que las excepciones a las mismas están contenidas en el artículo 10 de este Convenio. Así se establece como regla general que las personas a quienes sea aplicable este Convenio estarán sujetas exclusivamente a la legislación de Seguridad Social del Estado en cuyo territorio ejerzan una actividad. Se opta, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar, por la *lex loci laboris* como regla general a la hora de establecer cuál es legislación aplicable a los trabajadores sujetos al ámbito del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social cualquiera que sea su nacionalidad o lugar de residencia y que parte de la regla de la unicidad de la legislación aplicable.

Se trata de una regla típica de coordinación de los sistemas de Seguridad Social que además de favorecer la seguridad jurídica pretende resolver las posibles dudas en torno a la legislación aplicable, al dejar claro que sólo estarán sometidos a la legislación de un Estado Parte, en concreto, la del Estado en el que se ejerce la actividad. Regla que respeta el principio de soberanía de los Estados para determinar el alcance y contenido de sus propios sistemas de Seguridad Social y que está presente tanto en los Reglamentos Europeos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y reglamentos análogos como en el caso del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social de MERCOSUR y del Instrumento Andino de Seguridad Social, así como en los convenios bilaterales de Seguridad Social.

En relación a éstos últimos la referencia contenida en el artículo 8 del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social en el marco de las relaciones entre el presente Convenio y otros instrumentos de coordinación de Seguridad Social que alude a la posibilidad de aplicar las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario en los casos en que existan convenios bilaterales o multilaterales aplicables carece de sentido en el caso de la determinación de la legislación aplicable y la *lex loci laboris* por lo que respecta a España por cuanto que en el caso de España los 6 convenios bilaterales

Recibido: 09.09.2016. Aceptado: 13.11.2016

de Seguridad Social vigentes con países parte del Convenio multilateral iberoamericano contienen una referencia en este mismo sentido cuando se aborda la cuestión de la legislación aplicable y la regla general.