

ARTÍCULO 12

“Seguro voluntario

En materia de pensiones, el interesado podrá ser admitido al seguro voluntario de un Estado Parte, incluso cuando esté obligatoriamente sometido a la legislación de otro Estado Parte, siempre que, con anterioridad, haya estado sometido a la legislación del primer Estado Parte por el hecho o como consecuencia del ejercicio de una actividad como trabajador dependiente o no dependiente y a condición de que dicha acumulación esté admitida en la legislación del primer Estado Parte”.

MARIA DEL MAR ALARCÓN CASTELLANOS

Profesora Titular (I) Derecho Privado del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

El presente trabajo recoge un análisis del artículo 12 del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social que permite a los interesados ser admitidos a los seguros voluntarios de uno o varios Estados dentro del ámbito del Convenio Multilateral; por tanto, se amplía la cobertura de los beneficiarios al régimen voluntario y no sólo al obligatorio de la Seguridad Social, dentro de los términos regulados en el propio convenio.

ABSTRACT

This paper presents an analysis of article 12 of the Ibero-American Social Security system which allows the interested parties to be admitted to the voluntary insurance of one or more States within the scope of the Multilateral Agreement; Therefore, the coverage of the beneficiaries is extended to the voluntary regime and not only to the mandatory of the Social Security, within the terms regulated in the agreement itself.

PALABRAS CLAVE: Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, definiciones, actividad, pensión, seguro voluntario

KEYWORDS: Iberoamerican Agreement on Social Security, definitions, activity, Pension, voluntary Insurance

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SEGURO VOLUNTARIO
- III. CONDICIONES DEL ASEGURAMIENTO VOLUNTARIO
- IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de proteger los derechos individuales de los trabajadores migrantes fundamentalmente en las contingencias de incapacidad, jubilación o muerte y supervivencia es la causa del nacimiento del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 10 de noviembre de 2007¹.

El Convenio Multilateral es un instrumento jurídico internacional muy importante en toda la Comunidad Iberoamericana, quizá el más importante; mediante el mismo se establece la coordinación de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad social definiendo reglas comunes para la protección de los ciudadanos de los Estados ratificantes del mismo que a lo largo de su vida laboral se desplacen entre Estados iberoamericanos.

De esta manera y a través del citado Convenio se permite la acumulación de los períodos cotizados por los trabajadores en los distintos Estados que conforman la Comunidad Iberoamericana, para que puedan obtener las prestaciones mencionadas anteriormente (asegurando así la conservación de las prestaciones adquiridas o en vías de adquisición) incluso en un país distinto a aquél en el que se generaron dichas prestaciones, y todo ello en plano de igualdad de trato con el resto de los trabajadores, aunque tengan nacionalidades diferentes.

El ámbito del Convenio Multilateral es muy amplio, solo a modo de recordatorio, podemos mencionar que el artículo 2 del mismo, al definir su ámbito de aplicación personal incluye a 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”.

Este ámbito de aplicación como es lógico solamente se podrá aplicar, como instrumento jurídico internacional voluntario, a aquéllos Estados que procedan a su ratificación. Concretamente son los artículos 29 al 32 del propio convenio internacional, los que establecen el concreto procedimiento que se debe seguir por el Estado que, formando parte de la comunidad Iberoamericana, desee adherirse al mismo. Resulta apropiado aclarar que, ante la ausencia de entidad jurídica de la Comunidad Iberoamericana, el procedimiento recogido en el Convenio, queda sujeto a los procedimientos internos necesarios que contemplen las legislaciones internas de cada país.

Así, en apretada síntesis, los pasos que tuvo que dar nuestro país hasta la entrada en vigor del citado Convenio fueron los siguientes: en primer lugar, el representante del Gobierno Español tuvo que firmar el Convenio; en segundo lugar, tuvo lugar su ratificación a través del Parlamento; en tercer lugar, tuvo lugar el depósito del instrumento de ratificación ante la Secretaría General Iberoamericana (siempre por

¹ Sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social resulta imprescindible la lectura de: Sánchez-Rodas Navarro, C.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 26, 2011; de la misma autora: “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 nº 1/2016. Resulta también interesante la lectura de “La Seguridad Social y los Migrantes: Desafíos Políticos y sus Respuestas. Perspectivas de Política Social”. Ginebra, AISS nº 17, 2011; también, Vidal Amaral, A.F.; Bortagaray Flangini, A.A; y Burgeño Álvarez, M.I.: Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, OISS, Madrid, 2012.

medio de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social); en cuarto lugar, se produjo la firma del Acuerdo de Aplicación; en quinto lugar, tuvo lugar el depósito del Acuerdo en la Secretaría General Iberoamericana a través de la OISS; en sexto lugar, se procedió a la cumplimentación de los Anexos del Convenio y del Acuerdo de Aplicación respectivamente.

Una vez realizados todos los trámites anteriores, el Convenio entró en vigor el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que se depositó el séptimo instrumento de “ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”, según dispone el artículo 31 del mismo, lo que ocurrió el día 1 de mayo de 2011 (que fue el primer día del tercer mes siguiente a la fecha de depósito del instrumento de ratificación por el Estado Boliviano después de El Salvador, Chile, Brasil, España y Portugal (por orden cronológico).

En la actualidad, están sujetos a la normativa del Convenio los siguientes Estados (por orden de entrada en vigor):

España, desde el 1 de mayo de 2011²
Bolivia, desde el 1 de mayo de 2011
Brasil, desde el 19 de mayo de 2011
Ecuador, desde el 20 de junio de 2011
Chile, desde el 1 de septiembre de 2011
Uruguay, desde el 1 de octubre de 2011
Paraguay, desde el 28 de octubre de 2011
El Salvador, desde el 17 de noviembre de 2012
Portugal, 21 de julio de 2014,
Argentina, desde el 1 de agosto de 2016
Perú, 10 de noviembre de 2016.

Está pendiente de ratificación parlamentaria el Convenio Multilateral en Costa Rica, Colombia, y República Dominicana; Venezuela por su parte, ya lo ha ratificado pero todavía no ha depositado el instrumento de ratificación en la Secretaría General Iberoamericana.

Por otra parte, resulta necesario recordar que, cuando existen Convenios bilaterales de Seguridad Social entre dos Estados Parte, se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al interesado³ (técnica del espiguelo). De hecho, España tiene suscritos Convenios bilaterales con Ecuador, Paraguay, Argentina, Brasil, Chile, Uruguay y Perú.

Pues bien, en este importante convenio multilateral iberoamericano no solo se contempla la posibilidad de totalizar las cotizaciones realizadas en sistemas obligatorios de seguridad social sino que además se amplía su ámbito objetivo a las cotizaciones que se realicen en sistemas voluntarios de la seguridad social tal y como recoge el artículo 12 del Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social, objeto de este comentario.

II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SEGURO VOLUNTARIO

² Los textos del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y de su Acuerdo de Aplicación fueron publicados en el Boletín Oficial del Estado de 8 de enero de 2011.

³ A tal efecto, el Anexo IV del Convenio debe contener, a efectos de registro, los convenios bilaterales o multilaterales vigentes.

Es el artículo 12 del Convenio Multilateral el que establece que toda persona interesada por cualquier circunstancia en contratar un seguro voluntario *en materia de pensiones* “de un Estado parte” podrá hacerlo, incluso en aquellos supuestos en los que “esté obligatoriamente sometido a la legislación de otro Estado Parte, siempre que se cumplan las condiciones que en el mismo artículo se especifican, y a las que más tarde nos vamos a referir.

Deberíamos acotar, en primer lugar, que se entiende a la luz del Convenio Multilateral por “seguro voluntario”, no obstante, el mencionado Convenio no ha incluido su definición en el artículo 1, dedicado precisamente a las definiciones que facilitan la interpretación uniforme del citado convenio; en efecto, este artículo establece que “a los efectos de la aplicación del presente Convenio, los términos y expresiones que se enumeran en este artículo tendrán el siguiente significado”. Pues bien, al no incluir en este artículo la definición de “seguro voluntario” nos priva de una guía que nos podía haber iluminado el camino hacia el contenido y el alcance de este término.

Tampoco nos ofrece una definición de seguro voluntario el Acuerdo de Aplicación del convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social que tiene funciones semejantes a las del Reglamento 987/2009 en relación al Reglamento 883/2004⁴.

A pesar de la falta de precisión sobre lo que debemos entender por seguro voluntario, lo que podemos afirmar es que se limita exclusivamente a los instrumentos que tienen por finalidad específica la protección de necesidades sociales, quedando por tanto al margen aquéllos instrumentos desarrollados por entidades aseguradoras con arreglo a fórmulas estrictamente mercantiles (por ejemplo, planes de ahorro).

Por su parte, resulta conveniente recordar que, dentro de las modalidades de protección social y atendiendo al sujeto que presta dicha protección, nos encontramos, por una parte, con la protección social pública y, por otra, con la privada; dentro de la protección social pública nos encontramos, a su vez, con el Sistema de Seguridad Social, así como los sistemas nacionales de salud, la asistencia social y cualquier forma de protección social pública.

Sin embargo, existen otras prestaciones que no forman parte de la protección obligatoria de la seguridad social, porque son voluntarias, estando comprendidas todas ellas bajo la expresión de Seguridad Social voluntaria o complementaria (o seguro voluntario).

Las características que configuran el seguro voluntario, podrían ser principalmente, las dos siguientes:

1. La doble voluntariedad, tanto en la determinación de la forma que más interese al sujeto que contrate un seguro voluntario, como en la propia constitución de este seguro.

⁴ Sobre esta cuestión, es interesante la lectura de Sánchez-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 n° 1/2016.

2. Y que se puede tratar tanto de un instrumento complementario como supletorio de un sistema de seguridad social público obligatorio. En España, por el contrario, la previsión social voluntaria puede actuar exclusivamente como vía complementaria de protección, nunca como vía sustitutoria de la seguridad social pública, que tiene carácter obligatorio.

De hecho, los trabajadores suelen recurrir a la modalidad de seguro voluntario en aquellos casos en los que el Estado no tiene establecido un sistema público y obligatorio en seguridad social, o teniéndolo establecido, dicho sistema no sea suficiente para proteger las contingencias habituales.

En la actualidad, nos encontramos con una expansión de seguros voluntarios de previsión social; en algunos casos, a causa de la inexistencia o insuficiencia de cobertura pública de los sistemas de seguridad social en algunos países, y en otros casos, como complemento voluntario de aquéllos sistemas públicos de protección en materia de seguridad social que quiere mejorarse por el interesado por los motivos se tengan.

Por su parte, la crisis financiera de los sistemas de la Seguridad Social nos ha llevado a replantearnos, en cierta medida, el papel que juegan los sistemas voluntarios.

En nuestro país, como indicamos más tarde, no existe un sistema de seguro voluntario semejante al implantado en otros países de la Comunidad Iberoamericana. Sí existen distintos instrumentos de previsión social voluntaria, así, podemos mencionar, entre otros, los planes de pensiones, que exigen un contrato previo en el que se configuran los derechos y obligaciones tanto de los partícipes como de los beneficiarios (se formalizan por medio de un fondo de pensiones), las mutuas de previsión social⁵, las fundaciones laborales⁶, los seguros privados que tienen por objeto la cobertura de determinadas contingencias (seguro de enfermedad o accidente, de vida, entre otros), y también, las mejoras voluntarias⁷ pactadas por decisión unilateral de los empresarios o mediante la negociación colectiva.

⁵ Encontramos la regulación de las Mutualidades de Previsión Social principalmente en los arts. 43 y ss. de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradora. Podemos definir las como entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social, mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras; de cualquier manera, deben carecer de ánimo de lucro y cubren las contingencias de los asegurados. Su financiación es privada (precisamente a través de las primas de los asegurados) y la afiliación a las mismas es siempre voluntaria, incluso cuando se trate de Colegios Profesionales, pues aunque la solicitud en estos casos es general, cabe oposición individual del colegiado, como dice el art. 43.2 e) de la citada Ley 20/2015.

⁶ Las fundaciones Laborales son creadas por pacto entre las empresas y sus trabajadores o constituidas en virtud de acto unilateral de una empresa o de terceras personas en beneficio de los trabajadores de una o varias empresas y de sus familiares, así como las formadas entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de un sector o sectores determinados para el desarrollo de fines laborales. Su regulación se encuentra dentro del ámbito de aplicación del RD 1337/2005, de 11 de noviembre, su objeto principal es el de implantar obras asistenciales a favor de los trabajadores y de sus familiares (guarderías, promoción de viviendas, por ejemplo) en una o varias empresas, pudiéndose ocupar además de la gestión de la mejora de las prestaciones (art. 240 LGSS).

⁷ Estas mejoras se establecen en el ámbito de la empresa y están reguladas en los arts. 238 y ss. LGSS y en la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966. Además, su origen puede encontrarse en una decisión unilateral del empresario, acuerdo individual o negociación colectiva. De cualquier manera, una

Es el artículo art. 41 Constitución Española el que permite el recurso a la previsión social voluntaria afirmando que la asistencia y prestaciones complementarias a la seguridad social obligatoria serán libres⁸. En la legislación ordinaria, la propia LGSS permite que su acción protectora sea complementada (nunca sustituida) a través de instrumentos privados y voluntarios, por ejemplo a través de los instrumentos que se implanten mediante la negociación colectiva (art. 43 LGSS)⁹. Debido a la naturaleza y efectos de los instrumentos de previsión social voluntaria, se regulan por normas procedentes de ámbitos muy diferentes (fiscales, de seguridad social, de seguros, laborales...)

No obstante, estos instrumentos de previsión social con los que contamos en España tienen otra naturaleza jurídica distinta a los sistemas complementarios o “sustitutivos” de los sistemas obligatorios de Seguridad social que tienen en otros países de Iberoamérica. Ahora bien, derivado del artículo 15 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre se posibilita el mantenimiento de la carrera de seguro a los emigrantes españoles e hijos de emigrantes que se desplacen por motivos laborales a otros países, a través de la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social española¹⁰. Estos Convenios realmente sí tienen la misma finalidad que los sistemas voluntarios de seguridad social al que nos hemos referido anteriormente.

Dentro del ámbito comunitario, demos acudir a distintas Directivas para conocer la regulación de la previsión social complementaria en este sentido, podemos mencionar principalmente la Directiva 98/49/CE de 29 de junio de 1998¹¹, que contiene reglas para la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores que ejercitan el derecho a la libre circulación, así como la Directiva 2014/50/UE, de 16 abril relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre

vez constituidas, las mejoras voluntarias pueden ser exigidas por el trabajador que cumpla los requisitos establecidos al efecto (art. 239 LGSS).

⁸ En efecto, el artículo 41 Constitución Española dice que “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. Eso sí, la ordenación de la seguridad social no puede ser objeto de acuerdo desde la iniciativa privada (arts. 4.3 y 43.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), ya que su régimen jurídico es imperativo y sus derechos irrenunciables (art. 3 LGSS).

⁹ El apartado 1 del artículo 43 dice que “La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el artículo 7.1 podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales”.

¹⁰ Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, cuyo artículo 15.1 establece que: “1. De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, por el que se regula la suscripción de convenio especial de los emigrantes e hijos de emigrantes, podrán solicitar y suscribir esta modalidad de convenio especial, con el alcance que se determina en el artículo 2 de dicho Real Decreto: 1.1. Los emigrantes españoles y los hijos de éstos que posean nacionalidad española, con independencia de que con anterioridad hayan estado o no afiliados a la Seguridad Social española, e independientemente del país en el que trabajen y de que dicho país tenga o no suscrito con España acuerdo o convenio en materia de Seguridad Social”.

¹¹ Sobre la Directiva 98/49/CE del Consejo, recomendamos la lectura de Garrigues Giménez, A., “Desplazamiento de trabajadores y pensiones complementarias. Comentario a la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad” en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 27/2000.

Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión.

III. CONDICIONES DEL ASEGURAMIENTO VOLUNTARIO

Si volvemos de nuevo al artículo 12 del Convenio Multilateral recordaremos que en él se afirmaba que toda persona interesada en contratar un seguro voluntario *en materia de pensiones* podía hacerlo, incluso cuando estuviera obligatoriamente sometido a la legislación de otro Estado Parte y siempre que se cumplieran las siguientes condiciones:

1. Que con carácter previo a la suscripción del seguro voluntario, el interesado “haya estado sometido a la legislación del primer Estado Parte por el hecho o como consecuencia del ejercicio de una actividad como trabajador dependiente o no dependiente”
2. Sólo si la acumulación del seguro obligatorio y voluntario “esté admitida en la legislación del primer Estado Parte”.

Pues bien, este artículo se refiere, en primer lugar, a cualquier “interesado” que haya estado sometido a la legislación de un Estado Parte *por haber ejercido* una actividad como trabajador dependiente o autónomo, o *como consecuencia* del ejercicio de esa actividad dependiente o autónoma¹².

En este sentido, debemos recurrir a las definiciones incluidas en el artículo 1 del propio Convenio cuando dice, por una parte, que actividad por cuenta ajena o dependiente será “toda actividad o situación asimilada que sea considerada como tal por la legislación de Seguridad Social del Estado Parte en el que se ejerza o se cause la situación asimilada”; y, por otra parte, que la actividad por cuenta propia o no dependiente será “toda actividad o situación asimilada que sea considerada como tal por la legislación de Seguridad Social del Estado Parte en el que se ejerza tal actividad o se cause la situación asimilada”.

En España, en el primer caso, está aludiendo al artículo 7.1.a) LGSS, es decir, a los “trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral”; por otra parte, en el segundo caso, se está remitiendo al artículo 7.1.b) LGSS cuando dice que los “trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta ley y en su normativa de desarrollo”.

¹² Sobre el ámbito subjetivo del Convenio, vid. Cabeza Pereiro, J.; “La Protección de la Seguridad Social de las Personas Extranjeras”. Actualidad Laboral, núm. 3, 2008.

Pues bien, sólo en el caso de que el interesado haya estado sometido a la legislación de un Estado miembro del Convenio Multilateral por haber ejercido (o como consecuencia) un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, podrá ser susceptible de cotizar primero y luego de disfrutar, en su caso, de las prestaciones generadas en un sistema de seguridad social voluntario.

La segunda condición que se establece es que la legislación del Estado Parte permita, a su vez, la acumulación del seguro obligatorio y voluntario, en caso contrario, el trabajador no podrá suscribir un seguro voluntario como complemento o como sustituto del régimen obligatorio de la seguridad social.

A pesar de las enormes diferencias entre las legislaciones internas de los Estados pertenecientes a la Comunidad Iberoamericana, algunos de los países que establecen la posibilidad de acumular las cotizaciones efectuadas en ambos regímenes son Ecuador, Perú, Portugal, Venezuela, Chile o Costa Rica.

IV. CONCLUSIONES

No podemos negar la importancia que tiene en la Comunidad Iberoamericana el Convenio Multilateral de la Seguridad Social, por múltiples motivos, entre ellos, la multitud de países que conforman dicha Comunidad, el número tan elevado de ciudadanos a los que se les puede aplicar dicho Convenio, la tasa de migración que presentan los países de América Latina (que es una de las más elevadas del mundo), entre otros múltiples motivos, la necesidad de proteger a los trabajadores que realicen su actividad laboral dependiente o por cuenta propia en distintos países en las contingencias cubiertas en dicho Convenio.

Por otra parte, una de las realidades que necesitan cobertura económica apunta a la carencia de seguros obligatorios en diversos países de la Comunidad Iberoamericana fundamentalmente para los trabajadores por cuenta propia. Desde esta perspectiva, la ampliación del Convenio Multilateral a los seguros voluntarios era necesaria para sustituir a los regímenes obligatorios de seguridad social o complementar a los mismos, en aquellos casos en los que existen regímenes obligatorios pero son insuficientes.