

VOLUMEN 3
NÚMERO 2
AÑO 2018
DE LA E-REVISTA
INTERNACIONAL
DE LA
PROTECCIÓN
SOCIAL
Universidad de
Sevilla

© Copyright perteneciente al grupo de Investigación SEJ-447 y a la Universidad de Sevilla 2016-2019

e-Revista Internacional de la Protección Social, ISSN 2445-3269

1) TRIBUNA: EXTERNALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA ESPAÑOLA POR APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EXTRANJERÍA

Cristina Sánchez-Rodas Navarro; pp.1-13

2) EL RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN A EMPLEADOS MARROQUÍES CON AUTORIZACIÓN DE TRABAJO TRANSFRONTERIZA

Fernando M. Jimeno Jiménez; pp.14-25

3) LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE NO TIENE FRONTERAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Salvador Navarro Amaro; pp.26-39.

4) CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y REPUBLICA DOMINICANA

Carlos García de Cortázar; pp.40-58

5) EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES/AS EN EL MARCO DEL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE CHILE Y ESPAÑA

Pedro Contador Abraham y Pablo Arellano Ortiz pp.59-76

6) CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA

Gabriela Mendizábal Bermúdez, pp.77-90.

7) EL CONVENIO BILATERAL HISPANO-MARROQUÍ DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU APLICACIÓN

Mohamed Saad Bentaouet pp.91-107

8) ALGUNOS APUNTES SOBRE EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL (ESPAÑA-URUGUAY)

Adriana López López, pp.108-119.

9) EL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITO ENTRE ESPAÑA Y UCRANIA

José Antonio González Martínez, pp.120-137.

10) LA PREVIDENZA SOCIALE NEGLI ACCORDI ITALIA-TUNISIA

Caterina Buccheri pp.138-154.

10 bis) SOCIAL SECURITY IN ITALY-TUNISIA AGREEMENTS

Caterina Buccheri; Caterina Buccheri; pp.155-170

11) CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y VENEZUELA

Ydangely Tropiano y Atilio Noguera; pp.171-189

12) EL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITO ENTRE ESPAÑA Y PARAGUAY

José Antonio González Martínez, pp.190-207

13) COMENTARIOS DEL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE PERÚ Y ESPAÑA

Ivonne Sánchez, pp.208-219

14) LAS PENSIONES EN EL MARCO DEL ACTUAL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITO ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA

Ruíz Santamaría pp, 220-245

15) DISCRIMINAZIONI NELL'ACCESSO AL LAVORO DEI MINORI NON ACCOMPAGNATI IN ITALIA

Cavaleri Vicenza, pp.246-262.

TRIBUNA: EXTERNALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA ESPAÑOLA Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: (IN) APLICACIÓN A LOS INMIGRANTES IRREGULARES

EXTERNALIZATION OF SPANISH HEALTHCARE AND EU LAW:
(NON)APPLICATION TO IRREGULAR MIGRANTS

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO¹

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Resumen: En España la asistencia sanitaria pública se financia, con carácter general, mediante tributos. A nivel interno los sujetos protegidos por el Sistema Nacional de Salud no tienen derecho de opción entre sanidad pública o privada, ni a recibir asistencia sanitaria en el extranjero financiada por España. Sin embargo, por aplicación del Derecho de la Unión Europea los titulares de una tarjeta sanitaria europea pueden recibir asistencia sanitaria, programada o no programada, en otros Estados de la Unión Europea sufragada por España. A partir de la promulgación del Real Decreto-ley 7/2018, que ha implantado la asistencia sanitaria gratuita para los inmigrantes en situación irregular, se hace necesario determinar si pueden, o no, invocar el Derecho de la Unión Europea para recibir asistencia en el extranjero con cargo a España.

Palabras clave: Asistencia Sanitaria, Reglamento 883/2004, Reglamento 81/2014, Tarjeta sanitaria europea.

Abstract: As a general rule in Spain public health care is financed by taxes and according to Spanish law, subjects protected by the National Health System do not have the right of option between public and private health care, nor to receive health care abroad financed by Spain. However, by application of European Union law holders of a European Health Card can receive planned and unplanned medical treatment abroad supported by Spain. As far as the Royal Decree-Law 7/2018 has introduced free health care for irregular migrants, it is necessary to determine whether or not they can invoke EU law to receive assistance abroad from Spain.

Keywords: Directive Regulation 81/2014, European Health Insurance Card, Healthcare, Regulation 883/2004.

¹Artículo publicado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el INAP "Público y Privado en la gestión de los servicios públicos".

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 168.7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea proclama que “la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica...y la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios”.

No hay, sin embargo, un sistema europeo único de asistencia sanitaria puesto que su gestión y organización a nivel nacional es competencia estatal. Es decir, coexisten tantos sistemas sanitarios como Estados en los que se aplica el Derecho de la UE y que, simplificada, se pueden encuadrar en tres modelos: sistemas de reembolso (Bélgica), sistemas concertados (Holanda) sistemas nacionales de Salud como es el caso de España.

En todo caso es competencia nacional adoptar las “decisiones sobre la cartera de servicios sanitarios a los que tienen derecho los ciudadanos y los mecanismos de financiación y de prestación de asistencia sanitaria”².

II. EXTERNALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA UE FINANCIADA POR ESPAÑA

La Constitución española en su artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud, pero sin imponer un modelo concreto de gestión sanitaria. En la práctica, en España -donde la sanidad es una competencia transferida a las CC.AA- conviven históricamente la gestión directa -por las propias Administraciones con su propia organización-, y la gestión indirecta de la prestación sanitaria. Esta última regulada por la normativa administrativa contenida, actualmente, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23 y 2014/24.

A nivel de Derecho interno la opción entre gestión directa e indirecta corresponde a las Administraciones sanitarias competentes, que son las titulares de la gestión del servicio público.

Sin embargo, por aplicación del Derecho de la UE -del que se predica la nota de primacía sobre los ordenamientos nacionales-, los nacionales de los Estados miembros, apátridas y refugiados, y sus familiares, así como los ciudadanos de los Estados firmantes del Tratado del Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein) y Suiza, pueden acceder a los sistemas sanitarios de otros Estados miembros en igualdad de condiciones que los propios nacionales. Este derecho es igualmente predicable, al amparo del Reglamento 1231/2010, de los nacionales de terceros Estados y sus familiares incluidos en su ámbito de aplicación siempre y cuando residan legalmente en el territorio de la UE.

² Considerando nº 5 in fine de la Directiva 2011/24.

III. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

A. EL REGLAMENTO 883/2004³

El Reglamento 883/2004 incluye dentro de su ámbito de aplicación material las prestaciones de enfermedad (artículo 3.1.a). Al respecto hay que señalar que no son objeto de este trabajo los subsidios por incapacidad temporal sino únicamente la prestación sanitaria en especie.

Por aplicación de los Reglamentos de coordinación los sujetos protegidos por el Sistema Nacional de Salud español pueden acceder a los sistemas sanitarios de otros Estados miembros en igualdad de condiciones que los nacionales de esos Estados.

En concreto, el Reglamento 883/2004 reconoce tanto el derecho a la asistencia sanitaria durante períodos de estancia temporal de los asegurados fuera del Estado miembro competente (artículo 19) como la asistencia “programada”, esto es, desplazamientos autorizados por la institución competente para recibir en otro Estado miembro tratamiento adecuado a su estado de salud (artículo 20).

B. ASISTENCIA NO PROGRAMADA DURANTE UNA ESTANCIA TEMPORAL EN OTRO ESTADO MIEMBRO

El artículo 19.1 del Reglamento 883/2004⁴ reconoce el derecho a las prestaciones en especie en el Estado de estancia a cargo de la institución competente, siempre y cuando se trate “*de prestaciones en especie que sean necesarias desde un punto de vista médico, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia*”.

El deslinde entre estancia y residencia en los Reglamentos de coordinación es cualquier cosa menos diáfana⁵.

El Reglamento no exige que el tratamiento médico tenga que ser urgente, imprevisible ni vital.

Las prestaciones sanitarias serán servidas de conformidad con la legislación del Estado del lugar de estancia (Estado de tratamiento), que habrá de otorgar a los pacientes protegidos por el Derecho comunitario el mismo trato que a sus propios nacionales. Sin embargo, la asistencia sanitaria prestada será abonada por el Estado en el que la persona esté asegurada.

³No se abordan en este trabajo las peculiaridades aplicables a trabajadores fronterizos, pensionistas y los miembros de sus familias. Ni tampoco los funcionarios incluidos en el Mutualismo Administrativo.

⁴No es aplicable a los pensionistas y sus familias. Decisión N° S3 de 12 de junio de 2009 por la que se definen las prestaciones contempladas en el artículo 19, apartado 1, y en el artículo 27, apartado 1, del Reglamento 883/2004, así como en el artículo 25, sección A, apartado 3, del Reglamento 987/2009.

⁵ Conforme a los apartados j) y k) del artículo 1 del Reglamento 883/2004 la residencia se define como “lugar en que una persona reside habitualmente”; y estancia: “la residencia temporal”.

Pero para que los Estados de origen asuman el coste de los servicios médicos que pudieran precisar durante estos desplazamientos, será preciso que los pacientes estén en posesión de la pertinente Tarjeta Sanitaria Europea.

Como indica CARRASCOSA BERMEJO “la regla general es el reembolso o reintegro entre instituciones (España reembolsaría al Estado de destino la factura que emitiera y el Estado de tratamiento prestaría la asistencia de forma gratuita con la garantía de abono que supone el documento S2)”⁶.

En caso de que en el Estado de estancia se aplique el co-pago sanitario, éste no es reembolsable por España en los supuestos de asistencia no programada⁷, tal y como destacó HIERRO HIERRO⁸.

C. DESPLAZAMIENTOS PROGRAMADOS PARA RECIBIR ASISTENCIA SANITARIA PARA EN OTRO ESTADO

El artículo 20.1 y 20.2 del Reglamento 883/2004 regula el supuesto de las personas incluidas en su ámbito de aplicación personal que se trasladan expresamente a un Estado miembro para recibir tratamiento médico.

En este caso, el derecho está supeditado a la previa obtención por parte del paciente de una autorización preceptiva por parte de la institución nacional competente: el formulario S2, que no sólo habrá de especificar el tratamiento a recibir sino también la duración de la autorización para recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro.

Como ha declarado el TJUE, cuando la institución competente deniegue una solicitud de autorización presentada por un beneficiario con arreglo al Reglamento y tal denegación se declare posteriormente infundada por la propia institución competente o mediante resolución judicial, dicho beneficiario puede obtener directamente de la institución competente el reembolso de un importe equivalente a aquel que se habría asumido normalmente si la autorización se hubiese concedido debidamente desde el principio.

El primero de los requisitos para solicitar y obtener en España el formulario S2 y poder recibir tratamiento médico en otro Estado donde el Derecho de la UE resulte aplicable es que se trate de personas protegidas por el Sistema Español de Salud.

Ha de tratarse, además, de una prestación incluida en el catálogo del Sistema Nacional de Salud regulado en la Ley 16/2003 y desarrollado por el Reglamento 1030/2006. No obstante, los Estados miembros son libres de establecer la concesión del formulario S2

⁶ Dolores Carrascosa Bermejo; “Buenas Prácticas en Relación al Reembolso de Gastos por Asistencia Sanitaria Transfronteriza en la Unión Europea”, en: VV.AA., Buenas Prácticas Jurídicas para Reducir el Gasto Social, Laborum. Murcia, p.99.

⁷ STJUE de 15.6.2010, asunto c- 211/08, caso Comisión contra España.

⁸ Javier Hierro Hierro; “La Validez del Sistema Español de Reembolso de Gastos Médicos: el caso Comisión vs. España”. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social nº 102/2013; pp.253 y ss.

también en los supuestos en los que no se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 20.2 del Reglamento⁹.

Otro requisito acumulativo con los anteriores es que la asistencia médica no pueda ser prestada por el sistema público de Seguridad Social en un plazo oportuno o justificable desde un punto de vista médico, pero sí en otro Estado Miembro.

En todo caso, hay que resaltar el dato de que la expedición del formulario S2 se basa en criterios de carácter estrictamente médicos.

Por ello el primer paso consiste en obtener de un médico del sistema español de Salud un detallado informe clínico sobre la patología sufrida por el paciente. En este informe el médico ha de justificar por qué considera que el paciente debe ser atendido en otro Estado y dónde puede ser tratado adecuadamente.

En segundo lugar el informe médico será examinado por la institución competente en cada CC.AA, que será determinada en función del lugar de residencia o trabajo del paciente.

En tercer lugar, y una vez que administración sanitaria competente de la CC.AA dé el visto bueno al desplazamiento para recibir tratamiento médico en otro Estado, el paciente habrá de solicitar el formulario ante el Instituto Nacional de Seguridad Social. Es importante resaltar que la competencia para otorgar el formulario está atribuida a la Administración Central y no a las CC.AA.

Aunque el INSS interviene en la tramitación del reconocimiento del derecho al reintegro de gastos sanitarios como institución española competente, es cada Comunidad Autónoma la encargada de gestionar la prestación en especie, por lo que es a esta última la que debe asumir la responsabilidad en el reintegro de gastos médicos cuando proceda.

De la jurisprudencia del TJUE se infiere que las autoridades nacionales sólo pueden denegar el formulario S2 por razones tasadas que, como se infiere del artículo 20.2 del Reglamento son:

-Cuando la asistencia de que se trate no figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado¹⁰.

-Que la asistencia que el paciente pretende recibir en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside pueda serle dispensada, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside.

En el caso español, la Administración tiene un plazo de 45 días conforme al Real Decreto 286/2003, para resolver las solicitudes sobre asistencia sanitaria en el extranjero. El silencio administrativo en estos casos es positivo (artículo 26.2 del

⁹ STJUE de 23.10.2003 recaída en el asunto -56/2001, caso Inizan.

¹⁰La STSJ del País Vasco de 30.5.2000 (AS.1748) expresamente se pronuncia sobre el carácter no reembolsable de los gastos fúnebres y de inhumación puesto que no está incluido en el catálogo de prestaciones sanitarias.

Reglamento 987/2009 que establece que “*a falta de respuesta en los plazos establecidos en su legislación nacional, se considerará que la autorización ha sido concedida por la institución competente*”).

Cuando la solicitud del formulario es desestimada por acto administrativo los administrados pueden interponer recurso potestativo de reposición o interponer demanda ante la jurisdicción social.

D. SUJETOS PROTEGIDOS POR EL REGLAMENTO 883/2004

La piedra angular para la aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social no es la condición laboral o funcionarial de los sujetos sino la residencia en un Estado en el que se aplique el Derecho de la Unión Europea y que la persona esté incluida en el ámbito de aplicación de un sistema nacional coordinado de Seguridad Social.

Establece el artículo 2 del Reglamento 883/2004 que el mismo se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados¹¹ 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 supervivientes. Asimismo, el Reglamento se aplicará a los supervivientes de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supervivientes sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros.

En virtud de los Tratados suscritos por la UE, el Reglamento 883 será igualmente aplicable en Islandia, Noruega, Liechtenstein, y Suiza, aunque no son Estados miembros de la UE.

Del artículo 2.2 del Reglamento 883/2004 se infiere que ostentar la nacionalidad de un Estado miembro no es requisito imprescindible para ser incluido en su ámbito de aplicación, puesto que familiares y causahabientes aun cuando no sean ellos mismos nacionales de ningún Estado miembro quedan protegidos por el citado Reglamento.

Aunque por su condición de extranjeros los residentes nacionales de Terceros Estados estarían excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 hay que tener en cuenta que el Reglamento 1231/2010¹² amplía las disposiciones del Reglamento 883/2004 a los nacionales de Terceros Estados que, debido únicamente a su nacionalidad, no estuvieran incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado Miembro y siempre que su situación no esté circunscrita en todos sus aspectos al interior de un solo Estado miembro.

¹¹ Conforme a los apartados g) y h) del artículo 1 Reglamento 883/2004: «refugiado»: el definido como tal en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951; «apátrida»: el definido como tal en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, firmada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954.

¹² No es aplicable en Reino Unido, Dinamarca, Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza.

Pero, tal y como se refleja en el Considerando nº 10 del Reglamento 1231/2010, la aplicación del Reglamento 883/2004 a estas personas no les concede ningún derecho de entrada, estancia o residencia ni tampoco acceso al mercado laboral en un Estado miembro. Ni afecta, consecuentemente, a la potestad de los Estados miembros de denegar o retirar un permiso de entrada, estancia, residencia o trabajo en su territorio, o de denegar la renovación de tales permisos de conformidad con el Derecho de la Unión Europea. Además, es requisito inexcusable que dicho extranjero haya estado sometido a la legislación de más de un Estado en el que el Reglamento 883/2004 y 1231/2010 resulten aplicables. Y es que, como señala el Considerando nº 12 del Reglamento 1231/2010, el Reglamento 883/2004 no se aplica a situaciones circunscritas, en todos los aspectos, a un solo Estado miembro.

IV. EL REAL DECRETO 81/2014 POR EL QUE SE TRANSPONE LA DIRECTIVA 2011/24

Este Real Decreto transpone al ordenamiento español la Directiva 2011/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. La promulgación de la Directiva fue precedida por una abundante y constante jurisprudencia del TJUE que afirma que el derecho a la prestación sanitaria forma parte de uno de los pilares de la UE: el derecho a la libre prestación de servicios.

Esta línea jurisprudencial se inició con los asuntos Kohll y Decker¹³ relativos a prestaciones sanitarias ambulatorias, extendida posteriormente a prestaciones hospitalarias y que abarca tanto la sanidad privada¹⁴ como pública.

Ni esta Directiva -ni por supuesto el Real Decreto que la transpone- derogan o modifican los Reglamentos de coordinación de sistemas Seguridad Social por lo que a los pacientes incluidos en el ámbito de aplicación de estos últimos sólo les resultará aplicable el Real Decreto 81/2014 cuando expresamente lo invoquen, tal y como especifica su artículo primero. Y es que “los Reglamentos se consideran a priori más beneficiosos, pues generan un reembolso completo de gastos sanitarios (no siempre del copago), en muchos casos sin necesidad de adelantar el pago”¹⁵.

Hay que destacar que la Directiva no reconoce derecho a las personas a entrar, permanecer o residir en un Estado miembro con el fin de recibir asistencia sanitaria en dicho Estado puesto que “en caso de que la estancia de una persona en territorio de un Estado miembro no sea conforme a la legislación de dicho Estado miembro relativa al derecho de entrada o de estancia en su territorio, dicha persona no será considerada asegurado”.

¹³STJCE de 28.4.1998, asunto c-158/96, caso Kohll y STJUE de 28.04.1998, asunto c-120/95, caso Decker.

¹⁴ STJUE de 19.4.2007, asunto c-444/05, caso (Stamatelaki).

¹⁵Dolores Carrascosa Bermejo; “Buenas Prácticas en Relación al Reembolso de Gastos por Asistencia Sanitaria Transfronteriza en la Unión Europea”. Op. cit.; p. 103.

A. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL Y MATERIAL

El artículo 3.3 del Real Decreto 81/2014 transcribe el contenido del artículo 2 del Reglamento 883/2004. Pero, además, además, expresamente incluye dentro del concepto de asegurado a los extranjeros residentes legales en un Estado en el que se aplique el Derecho de la UE incluidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1231/2010.

Por tanto, cabe afirmar que los sujetos que pueden invocar el derecho a la asistencia sanitaria (programada y no programada) al amparo del Reglamento 883/2004 son los mismos que pueden invocar el Real Decreto 81/2014.

Conforme al artículo 2 del RD 81/2014 éste último se aplica a la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza¹⁶, “con independencia de cómo se organice, se preste y se financie ésta”. Es decir, que la prestación de la asistencia sanitaria pueda ser prestada por proveedores de servicios sanitarios tanto públicos como privados. De lo anterior deriva que cuando la normativa comunitaria traspuesta por el RD 81/2014 resulta aplicable se producirá una excepción a uno de los pilares del Sistema Sanitario Nacional español basado en el principio de que “la asistencia sanitaria se presta por los centros e instituciones del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados. No existe pues, como regla general, un derecho de opción para el particular entre medicina pública o privada”¹⁷.

No es aplicable este Real Decreto 81/2014 a situaciones puramente internas: “ninguna de las disposiciones de este Real Decreto obligará a reembolsar a los pacientes los gastos derivados de la asistencia sanitaria que les sea prestada por proveedores sanitarios establecidos en el territorio nacional que se encuentren fuera del marco normativo de planificación y de derechos del Sistema Nacional de Salud”.

Quedan excluidos del RD 81/2014 “los servicios en el ámbito de los cuidados de larga duración, cuya finalidad sea ayudar a quienes requieran asistencia a la hora de realizar tareas rutinarias y diarias; la asignación de órganos y el acceso a éstos con fines de trasplante; y los programas de vacunación pública contra las enfermedades infecciosas, que tengan por finalidad exclusiva la protección de la salud de la población en el territorio español y que estén sujetas a medidas específicas de planificación y ejecución sin perjuicio de lo relativo a la cooperación entre España y los demás Estados miembros en el ámbito de la Unión Europea”.

Hay que destacar que a efectos del Real Decreto 81/2014 no se diferencia entre asistencia programada y no programada.

Cuando los pacientes recurren a la asistencia sanitaria transfronteriza al amparo del Real Decreto 81/2014 habrán siempre de anticipar el coste de los tratamientos puesto que conforme al artículo 5.1 del Real Decreto 8/2012 “los gastos derivados de la asistencia sanitaria que se preste en otro Estado miembro a un paciente cuyo Estado de afiliación

¹⁶Art. 3.2 RD 81/2014 de 27 de febrero: asistencia sanitaria prestada o recetada en un Estado miembro distinto del Estado miembro de afiliación.

¹⁷Joaquín Cayón de las Cuevas; “La protección del paciente ante el fenómeno de las listas de espera”, DS: Derecho y Salud, Vol. 19/2010, p.58.

sea España serán costeados por el paciente y su reembolso se efectuará de acuerdo con las condiciones y requisitos previstos en este Real Decreto”. El derecho reembolso al reembolso está supeditado, entre otros requisitos, al hecho de que “dicha asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a que el asegurado tiene derecho según la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud o, en su caso, la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma correspondiente (art. 10.1 Real Decreto 81/2014).

V. EXTRANJERÍA Y ASISTENCIA SANITARIA

A. NORMATIVA PREVIA AL REAL DECRETO-LEY 7/2018

Desde hace años en España la asistencia sanitaria era universal, aunque no gratuita, para todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud.

Como destacaron las sentencias del Tribunal Constitucional 139/2016, 134/2017 y 18/2018, “no puede excluirse a ninguna persona del derecho a ser atendido. Pero ese derecho se configura y concreta de acuerdo con lo que dispone la Ley, que debe regular las distintas condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios”.

Ahora bien, “que los poderes públicos deban organizar las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud no significa que estas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus destinatarios (STC 139/2016, de 21 de julio)”. Es decir, universalidad no es sinónimo de gratuidad.

Respecto a los inmigrantes irregulares¹⁸ el Real Decreto-ley 16/2012 restringió los derechos que en materia de asistencia sanitaria reconocía la legislación anterior a los inmigrantes irregulares empadronados, limitando su derecho a recibir asistencia sanitaria a los siguientes supuestos:

- a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.
- b) De asistencia al embarazo, parto y postparto.
- c) En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Hay que advertir, sin embargo, que bajo la expresión inmigrante en situación irregular se aglutinan en realidad muy dispares situaciones jurídicas, a título meramente ilustrativo, sería el caso de:

-Extranjeros que se encuentran en el territorio de la Unión Europea sin la preceptiva autorización de estancia o residencia.

¹⁸Definición de inmigrante irregular contenida en el artículo 2.b) de la Directiva 2009/52: “nacional de un tercer país presente en el territorio de un Estado miembro que no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones necesarias para poder permanecer o residir en dicho Estado miembro.”

-Extranjeros que ostentando autorización de residencia o estancia trabajan en el territorio de la Unión Europea sin la preceptiva autorización de trabajo, por cuenta ajena o por cuenta propia (residencia o estancia regular, trabajo irregular).

-Extranjeros que habiendo obtenido inicialmente autorización de residencia o estancia y autorización de trabajo ven denegadas sus solicitudes de las correspondientes renovaciones (STC 46/2014, de 7 de abril).

-Familiares de extranjeros que trabajan y/o se encuentran en el territorio de la Unión Europea provistos de la preceptiva documentación, pero que ellos mismos carecen de las autorizaciones precisas para residir o trabajar en el territorio de la UE (trabajador regular, familiares en situación irregular).

B. LUCES Y SOMBRAS TRAS LA REFORMA DE LA LEY 16/2003 POR EL REAL DECRETO LEY 7/2018, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La Exposición de Motivo del Real Decreto-ley 7/2018, afirma categóricamente en su párrafo tercero que “en el ámbito de la normativa internacional, tanto supranacional como europea, el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras”.

Qué duda cabe que de ser cierta esa afirmación los extranjeros en situación irregular tendrían reconocido el derecho a asistencia sanitaria en igualdad de condiciones con los ciudadanos en al menos todos los Estados donde se aplique el Derecho de la Unión Europea y no sólo en España.

A mayor abundamiento, ni tan siquiera en nuestro país la Constitución obliga a dispensar a los extranjeros en situación irregular el mismo trato que a los nacionales en materia de asistencia sanitaria: la STC 95/2000, de 10 de abril, afirma rotundamente que “no estamos ante un Derecho que haya de ser reconocido a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los españoles, sino que se trata de un Derecho que se reconocerá, o no, a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes”.

Aclarado este extremo, y puesto que el artículo 12 Ley Orgánica Extranjería remite a la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, hay que destacar que en su vigente redacción garantiza asistencia financiada con fondos públicos tanto a los extranjeros que residan legalmente en España como a quienes se encuentren en situación irregular.

En efecto, el artículo 3 ter de la Ley 16/2003 en su vigente redacción dispone que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española. La citada asistencia será con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes siempre que dichas personas cumplan todos los siguientes requisitos:

a) “No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable”.

Al respecto hay que señalar que de escasa eficacia resultarán los convenios internacionales pues son minoritarios los que incluyen esta contingencia en su ámbito de aplicación material.

Por otra parte, el Derecho de la Unión Europea “obliga” a acreditar la cobertura obligatoria de la asistencia sanitaria cuando el paciente pretenda obtener asistencia sanitaria programada o no programada conforme al Reglamento 883/2004. Asimismo, sólo para las personas no activas y estudiantes el artículo 7.1 letras b) y c) de la Directiva 2004/38 supedita el derecho de residencia por tiempo superior a tres meses a dos requisitos acumulativos: contar con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y disponer de recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la Asistencia Social.

Ahora bien, respecto a los ciudadanos de los Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea hay que tener en cuenta que piedra angular de la Ley Orgánica de Extranjería es que “los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

No cabe la menor de que la regulación actual para los inmigrantes irregulares es más favorable que la normativa comunitaria aplicable a los ciudadanos comunitarios, por lo que hay que defender la tesis de que estos últimos han de tener garantizados, cuando menos, los mismos derechos que los inmigrantes irregulares de Terceros Estados.

b) “No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia”.

La redacción de la disposición es poco precisa ya que la cobertura de asistencia sanitaria, en rigor, no es exportable. La supresión de cláusulas de residencia (o exportación de prestaciones) se predica de las prestaciones en metálico, no en especie¹⁹. En materia de asistencia sanitaria estamos en realidad ante un supuesto de equiparación de la persona extranjera con los nacionales del Estado que dispensa la prestación de asistencia sanitaria sin ser el Estado competente.

c) “No existir un tercero obligado al pago”.

Este apartado parece estar pensado para los supuestos de pacientes con un seguro de salud, dato que difícilmente podrá ser averiguada de oficio por la Administración. Al margen de que la póliza pudiera no cubrir la prestación médica concreta demanda.

En cualquier caso, tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 7/2018, España se convierte en un caso excepcional en Derecho comparado puesto que el colectivo de inmigrantes en situación irregular -que crece exponencialmente- tiene ahora acceso al sistema sanitario español en igualdad de condiciones que los nacionales (incluyendo técnicas de reproducción asistida, trasplantes...) y todo ello sin estar dado de alta en la Seguridad Social, sin haber cotizado o pagado impuestos.

¹⁹Cfr. artículo 7 Reglamento 883/2004.

Que en estas circunstancias el sistema público sanitario sea sostenible económicamente es opinable. Pero más cuestionable es que sea sostenible socialmente a corto plazo ya que no se han incrementado en el mismo porcentaje los medios materiales y humanos para afrontar este incremento de nuevos asegurados²⁰, lo que necesariamente repercutirá negativamente en la calidad de la asistencia sanitaria que puedan recibir los pacientes que contribuyen con sus impuestos al sostenimiento del Sistema Nacional de Salud. No sería extraño que con la extensión de la asistencia universal y gratuita a los inmigrantes irregulares se incrementara notablemente la suscripción de pólizas privadas de salud.

C. TARJETA SANITARIA EUROPEA Y EXTRANJERÍA

Al ser la asistencia sanitaria un riesgo incluido en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, los extranjeros titulares de una tarjeta sanitaria española incluidos en el ámbito de aplicación personal del citado Reglamento tendrían derecho a obtener la tarjeta sanitaria europea y percibir asistencia sanitaria en otros países de la UE, con cargo exclusivamente al Estado español.

Respecto al derecho a tarjeta sanitaria europea de los nacionales de Terceros Estados residentes legales a los que sea aplicable el Reglamento 1231/2010, la Comunicación de la Comisión Europea de 30.3.2012²¹ -COM (2012) 153 final- se pronunció en los siguientes términos: “se trata, en efecto, de un «puente» que permite acogerse a las normas de coordinación de la UE a todas las personas que residan legalmente en un país de la UE, pero presenten algún elemento transfronterizo. Incluye asuntos prácticos como disfrutar de los mismos derechos que los nacionales de la UE a recibir toda la asistencia sanitaria necesaria durante una estancia temporal en otro Estado miembro (un derecho atestado por la tarjeta sanitaria europea)”.

Por idénticos razonamientos a los anteriormente expuestos, los extranjeros con residencia legal en España y en posesión de una tarjeta sanitaria podrían invocar el derecho al reembolso de gastos médicos al amparo del Real Decreto 81/2014.

No parece, sin embargo, que podamos aplicar la misma solución a los inmigrantes en situación irregular porque con rotunda claridad se pronuncia el legislador español en el artículo 3.2 ter de la Ley 16/2003 -relativo a la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español- al señalar que “la asistencia sanitaria a la que se refiere este artículo no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de seguridad social aplicables”. No cabe duda que con esta disposición el legislador quiere frenar el turismo sanitario en España.

²⁰El 2.1.2019 el periódico El País publicó la noticia de que “2018 ha superado todos los récords de llegadas de migrantes en patera. 57.250 personas lograron llegar a España el año pasado tras cruzar el Mediterráneo, según los datos de la Organización Internacional para las Migraciones”.

²¹ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE” COM(2012) 153 final.

Sin embargo, semejante restricción entra en clara contradicción con la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 7/2018 que afirma que en el ámbito de la salud “no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras”.

A mayor abundamiento, hay que recordar que entre los motivos que se alegaron en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 16/2012 -promulgado por el Partido Popular en el período más álgido de la crisis económica y financiera mundial- para restringir los derechos sanitarios de los extranjeros en situación irregular se cita expresamente el Dictamen motivado 2009/2341, de la Comisión Europea contra España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas Comunidades Autónomas. De lo que parece deducirse que quienes tengan tarjeta sanitaria española tienen también derecho a tarjeta sanitaria europea.

A mayor abundamiento, el Real Decreto-ley 7/2018 no tiene en cuenta que si bien los inmigrantes irregulares nacionales de Terceros Estados no podrían invocar el Derecho de la UE para recibir asistencia sanitaria en el extranjero, no puede afirmarse lo mismo respecto a quienes no siendo residentes legales en España tengan nacionalidad de un Estado en el que se aplique el Derecho de la UE y, por tanto, tengan reconocido el derecho a la libre circulación.

Es decir, el legislador español parece no haber tomado en consideración que conforme a la Directiva 2004/38, existen ciudadanos comunitarios que no tienen derecho a residir legalmente en otro Estado miembro porque constituyen una carga para la Asistencia Social del Estado del que no son nacionales. Pero a pesar de ser inmigrantes irregulares sí tienen derecho a circular libremente por el territorio en que el Derecho de la UE resulta aplicable.

Recibido: 24.10.2018. Aceptado: 26.11.2018.

**EL RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN A
EMPLEADOS MARROQUÍES CON AUTORIZACIÓN DE
TRABAJO TRANSFRONTERIZA**

THE RESOLUTION OF RETIREMENT PENSION TO MOROCCAN WORKERS
WITH CROSS-BORDER AUTHORIZATION

FERNANDO M. JIMENO JIMÉNEZ

Coordinador Unidad de Dependencia IMSERSO. Ceuta

RESUMEN

En este documento se analiza el procedimiento de reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados marroquíes con autorización de trabajo transfronteriza en Ceuta y Melilla, respecto de las provincias limítrofes de Tetuán y Nador, respectivamente. El marco de referencia es el Convenio de Seguridad Social celebrado entre España y Marruecos en 1979.

Dado que el trabajador transfronterizo no obtiene autorización de residencia, una vez reconocida la pensión de jubilación, se producen singularidades en materia tributaria y en el acceso a complementos que garanticen una pensión mínima.

PALABRAS CLAVE: Trabajo transfronterizo, pensión jubilación, pensión mínima.

ABSTRACT

This document analyzes the procedure for the recognition of the retirement pension of Moroccan employees with cross-border work authorization in Ceuta and Melilla, with respect to the provinces bordering Tetuán and Nador, respectively.

Since the cross-border worker does not obtain a residence permit, once the retirement pension is recognized, there are singularities in tax matters and access to complements that guarantee a minimum pension.

KEYWORDS: Cross border work, retirement pension, minimum pension.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO PARA TRANSFRONTERIZOS

III. EL CONVENIO SOBRE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS

IV. LA TRIBUTACIÓN DE LA PENSIÓN POR PERSONA NO RESIDENTE

V. LA EXIGENCIA ACTUAL DEL REQUISITO DE RESIDENCIA PARA PERCIBIR COMPLEMENTOS A MÍNIMOS

VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El trabajador con permiso fronterizo asume una posición especial en el marco jurídico español, no solo por la singularidad que implica la necesaria autorización para prestar servicios en zona limítrofe, sino también antela peculiar posición asumida en la tramitación y alcance de las futuras prestaciones de Seguridad Social a reconocer.

Debe matizarse que la presente exposición se circunscribe al trabajador marroquí con autorización para prestar servicios en los ámbitos territoriales de Ceuta y Melilla, motivo por el que el convenio bilateral sobre Seguridad Social entre España y Marruecos opera como marco de referencia.

En las próximas líneas se pretende reflexionar sobre una de las principales medidas protectoras del trabajador transfronterizo en el ámbito de la Seguridad, la pensión contributiva de jubilación. Se examinarán las especialidades en la tramitación del expediente de reconocimiento de la prestación en el marco del convenio bilateral hispano-marroquí, así como la incidencia en el montante económico a percibir que supone la ausencia de residencia en territorio español, con especial referencia a la percepción de complementos por mínimos y al sistema peculiar de tributación para personas no residentes.

II. LA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO PARATRANSFRONTERIZOS¹²

Para el acceso en España a una autorización de trabajo como transfronterizo, el trabajador candidato debe reunir dos condiciones esenciales, (1) la residencia en la zona fronteriza de un estado limítrofe³ y (2) la necesidad de regreso diario a su país de origen. Por tanto, la autorización solamente se concede para trabajar por cuenta propia o ajena, pero no para residir en territorio nacional, por existir obligación de retornar a la población de procedencia una vez finalizada la jornada laboral. Tiene origen en la diferenciación entre el lugar de trabajo y población de residencia.

Con carácter previo, esta figura debe deslindarse de otras que pueden resultar próximas en su desarrollo:

- (1) La referida al trabajador ciudadano de la Unión Europea (UE) que presta servicios en un estado de la UE diferente del lugar de residencia, ya que se enmarca en el derecho comunitario a la libre circulación.
- (2) De igual modo, se separa de la prestación de servicios de naturaleza transnacional, con motivo del desplazamiento a un centro de trabajo de un empleado extranjero

¹ La regulación del trabajador transfronterizo se realiza en el artículo 43 de la ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, BOE de 12 de enero de 2000, núm. 10. Este artículo se renumera por la ley orgánica 8/2000 y queda modificado en la redacción actual por la ley orgánica 2/2009.

² El desarrollo reglamentario ha tenido lugar por medio de los artículos 182 a 184 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, BOE de 30 de abril de 2011, núm. 103.

³ En el presente supuesto, residencia en la zona limítrofe de la provincia (wilaya) de Tetuán respecto a Ceuta; Nador en relación con Melilla.

adscrito a empresa no perteneciente a la UE, ni al Espacio Económico Europeo (EEE)⁴.

- (3) La residencia y trabajo temporal por cuenta ajena de duración determinada con motivo de actividad de campaña o temporada⁵, en tanto tenga lugar la misma.

La concesión de una autorización de trabajo transfronteriza es una respuesta administrativa a la necesidad de prestar servicios en categorías laborales ubicadas en determinados sectores de actividad caracterizados por falta de candidatos nacionales. Este requisito adquiere relevancia en la tramitación del expediente, toda vez que deberá acreditarse bien que el empleo figura en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, (elaborado trimestralmente por el Servicio Público de Empleo Estatal - SEPE), bien que no ha sido posible la contratación de trabajador local (certificación negativa del SEPE) en base a circunstancias objetivas.

En la modalidad de autorización por cuenta ajena son tres los condicionantes esenciales sobre los que recae la comprobación del instructor. (1) Demostrar la residencia en territorio limítrofe fronterizo (certificación de residencia expedida por autoridad marroquí), (2) pasaporte en vigor y (3) documento sobre situación nacional de empleo en las Ciudades Autónomas de Ceuta o Melilla. Deben añadirse los requisitos comunes referidos a la acreditación de la capacitación profesional del trabajador, contrato laboral condicionado a la autorización administrativa y viabilidad del proyecto empresarial (suficiencia de medios para formalizar el contrato de trabajo, inscripción en Seguridad Social), junto a los de naturaleza personal (carencia de antecedentes penales, no figurar como rechazable o no ser ciudadano de la UE, del EEE o Suiza). En el supuesto de permiso por cuenta propia, se incide en la capacitación y cualificación profesional del empresario, asumiendo papel relevante la posibilidad como proyecto mercantil generador de empleo local.

La resolución estimatoria de autorización para trabajadores transfronterizos es finalista. Solamente permite trabajar en el territorio de la zona limítrofe en la categoría laboral y sector de actividad a la que se refiera, con la vigencia temporal máxima de un año (mínimo de tres meses), renovable y supeditada a la eficacia del contrato laboral. Tal como se ha referido, no genera derecho de residencia, ni faculta para obtener autorización de residencia y trabajo⁶.

El tránsito por el paso fronterizo, una vez obtenida la tarjeta de identidad, está exento de necesidad de visado (artículo 7.3 del Real Decreto 557/2011). En este sentido, el Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Aplicación de Schengen⁷ (Acta Final III.I.b), refleja la continuidad de la exención de visado en el “pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias marroquíes de Tetuán y Nador”.

Con la finalidad de valorar la dimensión laboral del tránsito transfronterizo, de conformidad con la información aparecida en los medios de comunicación⁸, se estima

⁴ La definición se establece en el artículo 110 del Real Decreto 557/2011, en relación con el artículo 43 de la ley 4/2000, normativas anteriormente citadas.

⁵ Artículo 97 del Real Decreto 557/2011, en relación con el artículo 42 de la ley 4/2000, normativas anteriormente citadas.

⁶ Artículo 184.5 del Real Decreto 557/2011 citado.

⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 22/09/2000.

⁸ <http://elpueblodeceuta.es/not/14560/unos-25-000-marroquies-entran-a-diario-en-ceuta-para-trabajar/>

que en torno a 20.000 / 25.000 personas entran a diario para prestar servicios procedentes de Marruecos, tanto en Ceuta como en Melilla, Ciudades Autónomas con una población total de 84.959 y 86.120 personas respectivamente (Instituto Nacional de Estadística - INE, 2017). De manera concreta, el diario El Faro de Melilla refleja en su edición del 29/09/2018⁹, de acuerdo con los datos facilitados por la Delegación del Gobierno de Melilla, cómo tienen autorización para trabajar 4.450 personas transfronterizas, de las que 2.028 están incluidas en el régimen General, 1.554 son empleadas de hogar (mujeres casi en totalidad) y 868 en el régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos.

III. LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN EL MARCO DEL CONVENIO¹⁰ SOBRE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS¹¹

Con la finalidad de coordinar las actuaciones en materia de Seguridad Social entre España y Marruecos, suscriben las partes convenio de naturaleza internacional bilateral (en adelante CSS). Los acuerdos de esta finalidad son instrumentos previstos para la coordinación y solución de conflictos¹².

El CSS está basado en el principio de igualdad de trato y el objetivo de una mejor protección de los derechos adquiridos en el ejercicio de actividad por trabajadores que prestan servicios en otro país. Esta finalidad queda patente en el artículo 65.2 del Acuerdo de Asociación Euro Mediterráneo entre las Comunidades Europeas y Marruecos¹³, al computar la totalidad de los periodos de aseguramiento.

La primera comprobación que debe efectuarse es la referida a la inclusión en el campo de aplicación del convenio, analizando si la persona y la prestación de Seguridad Social resultan afectadas por el texto internacional, así como la manifestación del elemento transfronterizo. Aplicado al supuesto de estudio, un trabajador de nacionalidad marroquí (artículo 3 del CSS), solicitante de una pensión de jubilación¹⁴ (“vejez” de conformidad con la disposición 2.1.A.1.c del CSS), que ha trabajado en Ceuta / Melilla al amparo de una autorización transfronteriza¹⁵. Una vez incluido, se someterá a las mismas condiciones que una nacional (artículo 4 CSS).

<https://www.lavanguardia.com/politica/20180813/451318190113/melilla-rechaza-decision-de-marruecos-de-cerrar-aduana-y-lo-ve-como-afrenta.html>

⁹ <https://elfarodemelilla.es/trabajadores-fronterizos-en-el-limbo/>

¹⁰ Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, suscrito en Madrid el 8 de noviembre de 1979, publicado en el BOE de 13 de octubre de 1982, núm. 245. Se complementa con el Protocolo Adicional de 27 de enero de 1998, publicado en el BOE de 24 de noviembre de 2001, núm. 282. El convenio tiene duración inicial de cinco años, con prórroga tácita anual.

¹¹ Una singularidad del CSS es que resulta aplicable en el Estado español respecto de la prestación de servicios por cuenta propia o ajena y para el Reino de Marruecos, solamente por medio de la segunda modalidad.

¹² Alonso-Olea García, B. (2016). *Derecho de la Protección Social. Derecho a la Seguridad Social, Derecho a la Asistencia Sanitaria y Derecho a los Servicios Sociales*. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters, 3ª edición.

¹³ El Acuerdo de Asociación de las Comunidades Europeas con Marruecos está fechado el 26 de febrero de 1996, siendo publicado el 18 de marzo de 2000 en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE).

¹⁴ El CSS delimita los Regímenes Especiales de aplicación.

¹⁵ La disposición 6 del CSS excluye del mismo (1) los trabajadores desplazados por la empresa al territorio de la otra parte, (2) el personal itinerante de empresas de transportes, (3) agentes diplomáticos o

De conformidad con lo establecido en el Acuerdo Administrativo¹⁶ del CSS (en adelante AA), se fija el organismo de enlace (Instituto Nacional de la Seguridad Social -INSS- en España y la Caja Nacional de Seguridad Social en Marruecos), circunstancia relevante al establecer de manera conjunta puntos de referencia y facilitar la elaboración de formularios e impresos para mayor agilización y actuación racional.

La solicitud de jubilación debe presentarse en la entidad pública del lugar de domicilio del interesado (artículo 15 del AA), en este caso, al carecer de permiso de residencia, en Marruecos (entidad instructora). Si el solicitante reside en otro territorio, el lugar donde haya estado asegurado en último lugar (posiblemente España). La entidad instructora deberá emitir el formulario de enlace (modelo¹⁷ EM-11) al INSS, reflejando los datos de filiación y vida laboral en Marruecos.

Tras la recepción por el INSS del documento de enlace, es el momento de analizar las cotizaciones efectuadas en ambos Estados. Debe tenerse en cuenta que la base reguladora de la prestación por jubilación se efectúa en España en función de las bases de cotización reales y en Marruecos sobre el salario mensual medio (artículo 33 CSS). Dos son las posibilidades en este momento procesal:

- 1- El solicitante reúne las condiciones por la legislación española para acceso a la pensión de jubilación, por reunir periodos de cotización suficientes en España. El INSS determinará el importe de la prestación económica, generándose el derecho a su percepción.
- 2- El interesado no cumple periodos suficientes requeridos en España. Se inicia una fase de totalización, sin que sea posible la superposición. Si el derecho a la pensión se adquiere bajo esta fórmula, se reduce en función de criterio de proporcionalidad temporal. Una peculiaridad es la derivada de no someter a reparto proporcional cuando sea inferior a doce meses el periodo de cotización en Marruecos, computándose como propio (la misma situación se produciría en sentido opuesto).

De este modo, el INSS comunicará a la entidad instructora los periodos de aseguramiento conforme a la legislación española y, en el supuesto de generarse derecho a pensión de jubilación, cuantía y fecha de efectos. Si se reconoce prestación por la Caja Nacional de la Seguridad Social marroquí, se facilitará copia al INSS de este resultado.

La sentencia en recurso de casación (unificación de doctrina) del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 05/05/1997¹⁸ determina que, en el supuesto de totalización de la pensión, se realizará de manera independiente por cada entidad (INSS / Caja Nacional de Marruecos), de modo que se obtengan dos pensiones parciales diferenciadas, obtenidas conforme a normas de reconocimiento distintas.

consulares, (4) trabajadores de misión diplomática y (5) quienes presten servicios a bordo de buques con bandera de una de los Estados Parte.

¹⁶ Acuerdo Administrativo y el Protocolo Adicional al convenio inicial, firmados en Rabat el 8 de febrero de 1984, BOE de 10 de junio de 1985, núm. 138. A diferencia del CSS, su vigencia es por tiempo indefinido.

¹⁷ El modelo EM-11 se utiliza no solo para solicitudes de pensión de jubilación, sino invalidez, supervivencia y subsidio de defunción.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo número 3098/1997, de 05/05/1997, recurso 3254/1996.

Una vez reconocida la pensión de jubilación por el INSS¹⁹, se realizarán controles a demanda en el lugar de residencia del beneficiario (Marruecos). En todo caso, el INSS podrá requerir al interesado certificaciones de vida (en el primer trimestre de cada año natural), necesarias para mantener el derecho. De igual forma, queda sometida al proceso de revaloración previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE).

El abono podrá efectuarse en euros, moneda del país donde se encuentre la entidad deudora según el CSS, materializándose en el lugar de residencia. El CSS posibilita el pago trimestral, así como la concesión discrecional de anticipos a cuenta durante la tramitación del expediente. Como medida complementaria, el INSS facilitará en el primer trimestre de cada año a la Caja Nacional de la Seguridad Social marroquí el importe total de los pagos efectuados durante el ejercicio anterior.

Para finalizar este apartado, dos reflexiones. Por una parte, las reglas expuestas sobre la generación del derecho a la pensión de jubilación, son extensibles a las de invalidez y supervivencia. En el supuesto de viudedad, se incide en la distribución equitativa de la prestación “entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias” (artículo 23 CSS). Por otra, una propuesta que supera el ámbito del acuerdo hispano-marroquí analizado, ya que algunos autores, con finalidad homogeneizadora en materia de convenios bilaterales de Seguridad Social, aconsejan unificar modelos con el objetivo de reducir o eliminar diferencias en el articulado de los acuerdos suscritos, especialmente respecto de los países con mayor vinculación²⁰.

En los párrafos siguientes se exponen singularidades apreciadas en los ámbitos tributarios y sobre percepción de pensiones mínimas.

IV. LA TRIBUTACIÓN DE LA PENSIÓN POR PERSONA NO RESIDENTE

Una aplicación específica para no residentes es el sistema de tributación. De conformidad con lo previsto en el artículo 25.1.b del texto refundido de la ley de del impuesto sobre la renta de no residentes²¹ (en adelante LIRNR), las pensiones y prestaciones similares obtenidas por personas físicas quedan gravadas por una escala (tres tramos en función de las rentas anuales generadas), tipos impositivos muy superiores a los aplicables a los rendimientos de un residente (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas):

- Hasta 12.000 €, un 8% de cuota.
- Desde 12.001 a 18.700, un 30% en ese tramo.
- A partir de 18.700, un 40% en ese intervalo.

¹⁹ La pensión contributiva de jubilación se reconoce tomando en consideración los artículos 204 a 215 del Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261.

²⁰ Sánchez Carrión, J. L. (2003). “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (47), 17-48.

²¹ Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del impuesto del impuesto sobre la renta de no residentes, BOE de 12 de marzo de 2004, núm. 62.

Complementando lo anterior, el artículo 31.2 de la LIRNR determina que existe obligación de retener por la entidad (gestora) un importe equivalente a la deuda tributaria. En este sentido, la Comisión en respuesta escrita a pregunta parlamentaria (Parlamento Europeo) sobre el agravio comparativo que implica el impuesto²², responde que es posible la presentación de declaración de la renta, aunque no es necesaria dado que la retención a cuenta efectuada se corresponde con “el tipo impositivo final”²³.

V. LA EXIGENCIA ACTUAL DEL REQUISITO DE RESIDENCIA PARA PERCIBIR COMPLEMENTOS A MÍNIMOS

Se han producido recientemente cambios legislativos significativos en la regulación del derecho a pensiones mínimas. De manera significativa para el supuesto estudiado, a fecha actual no es posible aplicar los complementos por mínimos a personas con autorización de trabajo transfronteriza, por exigirse la condición de residente en territorio nacional.

El origen se encuentra en el artículo 59 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), donde se establecen determinados requisitos para su reconocimiento. Así, junto a condicionantes de naturaleza económica²⁴, se exige la residencia en territorio nacional. En párrafos anteriores se ha analizado que la autorización para trabajar en el empleo transfronterizo no conlleva la residencia y, por tanto, no es posible el acceso al complemento de pensión mínima cuando se produzca el hecho causante en la actualidad.

Es importante matizar el origen de esta regulación, en especial el momento temporal en el que surge, toda vez que separa pensionistas transfronterizos con opción a mínimos, respecto de los que no tienen esa posibilidad. El artículo 6.6 del Real Decreto Ley 29/2012²⁵ ha sido el que ha establecido esta condición²⁶.

²²<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2013-008181+0+DOC+XML+V0//ES>

²³<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2013-008181&language=ES>

²⁴ No percibir rendimientos (trabajo, capital, actividad económica y ganancias patrimoniales). En el caso de su percepción, lo sean en importe inferior a la cantidad establecida anualmente en la LPGE de 2018 (7.151,80 €). En el supuesto de obtener rendimientos que superen la cifra anterior, podrán optar a complementos por mínimos cuando, en cómputo anual, la pensión revalorizada más la referidas rentas sean inferiores al sumatorio del límite anterior (7.151,80 €) y la pensión mínima en función de cada modalidad. El complemento será la diferencia entre ambas adiciones, sin que pensión y complemento superen la pensión mínima mensual. No se puede superar la cifra prevista anualmente para las pensiones no contributivas (PNC) de jubilación o invalidez, respecto de las pensiones causadas a partir de 1 de enero de 2013 (artículo 43.4 LPGE de 2018).

²⁵ Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, BOE del 31 de diciembre de 2012, núm. 311.

²⁶ Los artículos 6.2 y 7.1.a) del Real Decreto Ley 29/2012 han sido modificados por la disposición final segunda del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, BOE de 16 de marzo de 2013, núm. 65. Esta disposición adicional segunda ha sido declarada inconstitucional por el Pleno del Tribunal Constitucional, en sentencia 61/2018, de 7 de junio de 2018, BOE del 7 de julio de 2018, núm. 164. Esta declaración no afecta a las situaciones jurídicas ya consolidadas.

- (1) Las pensiones cuyo hecho causante sea anterior a 1 de enero de 2013, mantendrán el régimen anterior que permite el acceso a complementos por mínimos (no se exigía el requisito de residencia).
- (2) Cuando tenga lugar a partir de 1 de enero de 2013 es obligatoria la condición de residente en España para percibir complementos a mínimos (artículo 43.4 de la LPGE de 2018).

Esta circunstancia limita la posición económica del beneficiario, aportándose la tabla anexa donde se puede valorar esta distinción. Se refleja la incidencia de supuestos con hecho causante antes (1 a 3) y después (4) de la fecha de referencia ((1/1/2013).

¿A qué motivación obedece la nueva regulación?. No cabe duda de la naturaleza no contributiva y prestación asistencial²⁷ del complemento objeto de estudio. Por una parte, el artículo 59.2 de la LGSS aporta la respuesta, al indicar que el citado complemento no podrá superar la cantidad prevista anualmente en la ley de presupuestos establecida para las pensiones no contributivas (PNC) de jubilación e invalidez²⁸. Por otra, avala esta posición el artículo 12.2 de la LPGE, al reflejar la cifra que aporta el Estado al presupuesto de la Seguridad Social para atender la financiación de los complementos por mínimos.

Resulta muy interesante el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16/04/013²⁹ al referirse a los complementos por mínimos, entre otras características, como suplementarios a la pensión, sometidos a una posición autónoma (su reconocimiento está sometido a reglas propias), con exigencia de acreditación anual, de naturaleza asistencial (no sustituye renta, sino atiende la necesidad) y con analogía en dirección al modelo no contributivo.

Los beneficiarios que perciban complementos están sometidos a medidas de control de requisitos económicos necesarios para su mantenimiento. Por un lado, el INSS puede exigir al beneficiario declaración de rentas e ingresos (artículo 43.1, párrafo segundo de la LPGE). Por otro, los beneficiarios están obligados a comunicar a la entidad gestora las variaciones de rentas (en el plazo de un mes desde que se produzcan) que afecten a los límites reflejados con anterioridad (artículo 43.2 párrafo segundo LPGE).

Para finalizar este apartado, dos comentarios adicionales. Los complementos a mínimos no tienen carácter consolidable, siendo absorbibles con cualquier mejora económica que pueda experimentar el interesado. De igual forma, es interesante constatar cómo no es posible el reconocimiento de una PNC³⁰ en el supuesto de denegación de la pensión de jubilación contributiva solicitada por trabajador transfronterizo, toda vez que se requiere residencia en territorio nacional durante diez años (entre la edad de dieciséis y la edad del devengo de la pensión), de los cuales dos deben ser consecutivos e inmediatamente

²⁷ Rivera Sánchez, J. R. (2015). “Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de Seguridad Social”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social LABORUM*, (4), 75-99.

²⁸ El importe anual asciende para 2018 a 5.321,40 euros, conforme a lo establecido en la disposición adicional quincuagésima primera de la ley 6/2018, de 3 de julio, BOE núm. 161, de 4 de julio de 2018, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, cantidad equivalente a catorce mensualidades (artículo 46.2 LGSS) de 380,1 euros.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 4539/2013, de 16/04/2013, correspondiente a recurso número 2349/2012.

³⁰ Las PNC de jubilación se regulan en los artículos 369 a 372 de la LGSS.

anteriores a la solicitud de la pensión. Como puede comprobarse, la residencia deviene concepto fundamental en el acceso al nivel no contributivo.

VI. CONCLUSIONES

Las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla reciben a diario a miles de personas procedentes de las provincias limítrofes de Marruecos (Tetuán y Nador respectivamente), dedicadas a prestar servicios y al pequeño comercio. Una parte de los trabajadores encuentra su situación regularizada por medio de la autorización de trabajo transfronterizo, instrumento que garantiza diariamente la entrada en territorio español para realizar su jornada laboral, aunque no la residencia, debiendo por ello regresar a la localidad de origen al finalizar las tareas ocupacionales.

El Convenio de Seguridad Social de 1979 suscrito entre España y Marruecos es el instrumento jurídico de coordinación utilizado para la gestión de las prestaciones en esta materia. Define nítidamente el proceso de tramitación de la pensión de jubilación una vez producido el hecho causante, al canalizar las actuaciones procedimentales por medio de órganos de enlace (INSS en España/ Caja Nacional de la Seguridad Social de Marruecos) y garantizar el principio de igualdad de trato / equiparación con nacionales.

Se establecen dos posibilidades respecto del reconocimiento de la posible prestación económica de jubilación, bien resolviendo directamente por el INSS ante la acreditación de cotizaciones suficientes, bien totalizando los periodos de cotización en función del criterio de proporcionalidad temporal.

Reconocida la pensión de jubilación, debe reflexionarse en torno a dos singularidades. Por una parte, los rendimientos quedan sometidos a la tributación del impuesto sobre la renta para no residentes, normativa que aplica un tipo impositivo más elevado que el aplicable a personas físicas con residencia. Por otro lado, se genera una doble situación respecto a la percepción de complementos por mínimos en función de la fecha del hecho causante. Así, si se produce con anterioridad a 1 de enero de 2013, el beneficiario de jubilación mantendrá el acceso a complementos por mínimos, siempre que cumpla los requisitos previstos normativamente; si tiene lugar a partir de esa fecha, al ser exigible la condición de residente, no será posible el reconocimiento de esta prestación de naturaleza complementaria.

TABLA ANEXA CITADA

Jubilación transfronterizos: Simulación en la percepción de complementos a mínimos en función del periodo y rentas (2018)

Supuesto	Hecho causante (65 años //sin cónyuge)	Pensión anual inicial 2018 (tras revalorización)	Rentas adicionales anuales 2018	Importe anual mínimos 2018	Pensión anual final 2018 (con mínimos)
(1)	Anterior a 1.1.2013	2.310,00 €	-	6.886,60	9.196,60
(2)	Anterior a 1.1.2013	2.520,00 €	1.400,00 €	6.676,60	9.196,60
(3)	Anterior a 1.1.2013	3.000,00 €	7.200,00 €	6.148,40	9.148,40 €
(4)	Después de 1.1.2013	3.000,00 €	-	-	3.000,00 €

Elaboración propia.

Recibido:18.12.2018. Aceptado:30.12.2018.

LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE NO TIENE FRONTERAS EN LA UNIÓN EUROPEA

LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE N'A PAS DE FRONTIÈRES DANS L'UE

SALVADOR NAVARRO AMARO

Abogado

Profesor Asociado de la Universidad de Sevilla

RESUMEN

A veces las normas de la Unión Europea que pretenden promover la libre prestación de servicios y la libre circulación de los trabajadores con objeto de favorecer la interpenetración económica, evitando complicaciones administrativas, como pueden ser las que regulan la emisión y utilización de los certificados E-101 o A1, son utilizadas fraudulentamente para obtener una reducción de costes laborales. Es lo que ocurre con el fenómeno de las *empresas buzón*, que se constituyen en determinados países miembros con el único objetivo de facilitar, mediante el desplazamiento de trabajadores, mano de obra barata en otros países cuyos costes habitualmente son más altos. El problema se complica cuando esta práctica cuenta con la laxitud o la pasividad en la aplicación de la norma por parte de las autoridades de los países en que estas empresas radican, que son quienes tienen la competencia para verificar el cumplimiento de los requisitos exigibles y la expedición de los documentos acreditativos. La sentencia que comentamos admite la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, los tribunales de los países en que se desarrolle la prestación efectiva del trabajo puedan no tener en cuenta esos documentos obtenidos en el país de origen, y decidir conforme al resto del material probatorio disponible, cuando de este se desprenda la existencia de fraude en la obtención de los documentos bajo cuyo amparo se realizaron los desplazamientos.

PALABRAS CLAVE: Empresas buzón, Seguridad Social, Certificados, Estado Miembro Competente, Fraude.

RÉSUMÉ

Parfois, les règles de l'Union Européenne qui visent à promouvoir la libre prestation de services et la libre circulation des travailleurs afin de favoriser l'interpénétration économique en évitant les complications administratives, telles que celles régissant la délivrance et l'utilisation des certificats E101 ou A1, sont utilisés frauduleusement pour obtenir une réduction des coûts de main-d'œuvre. C'est ce qui se produit avec le phénomène des *sociétés boîtes aux lettres*, qui sont constituées dans certains pays membres dans le seul objectif de faciliter, par le déplacement de travailleurs, la main-d'œuvre bon marché dans d'autres pays, dont les coûts sont généralement plus élevés. Le problème se complique lorsque cette pratique présente le laxisme ou la passivité dans l'application de la règle par les autorités des pays dans lesquels ces sociétés sont implantées, qui ont la compétence pour vérifier le respect des exigences et la émission de documents justificatives. La sentence que nous commentons admet la possibilité que, dans certaines circonstances, les tribunaux des pays dans lesquels l'exécution effective du travail est développée ne prennent pas en compte les documents obtenus dans le pays d'origine et décident en fonction du reste des éléments de preuve disponibles, lorsque ces montrent l'existence d'une fraude dans l'obtention des documents sous la protection desquels les déplacements ont été effectués.

MOTS-CLÉS: Sociétés Boîtes aux lettres, Sécurité Sociale, Certificats, Etat membre compétent, Fraude.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. RESUMEN DE LOS HECHOS

III. NORMATIVA CONSIDERADA

IV. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA Y SOLUCIÓN OFRECIDA

V. VALORACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El de las llamadas empresas buzón (letterbox companies) es un problema que viene preocupando a las autoridades europeas y nacionales por ser un instrumento idóneo para el fraude tanto desde el punto de vista impositivo como laboral. Se trata de empresas que no tienen una estructura real, sino meramente aparente. Con frecuencia, una mera dirección de correo (de ahí la denominación) que hace las veces de “domicilio social”.

De tal manera los trabajadores contratados por esas empresas realmente trabajan para otras, incurriéndose probablemente en la figura de la cesión, habitualmente enmascarada mediante alguna fórmula de subcontratación. Es por tanto un asunto que puede plantearse en el mercado interior, pero últimamente viene siendo utilizado en el ámbito de prestaciones transnacionales, y en concreto dentro de la UE, con el objeto de tener un régimen a la carta de menores impuestos, salarios, etc.¹, ya que se constituyen estas empresas en aquellos países donde se tienen menos costes (normalmente países exsocialistas del este), pero para operar fundamentalmente en otros cuyo régimen fiscal, laboral o de seguridad social resulta más exigente. Ello supone un uso abusivo de las libertades de prestación de servicios y de establecimiento. Tradicionalmente se ha venido ligando el fenómeno a la elusión impositiva, pero son igualmente apreciables numerosos casos de prácticas de este tipo de empresas que tienen como finalidad la elusión de derechos sociales. Tan es así que incluso la CES/ETUC ha elaborado recientemente un informe² denunciando algunos de estos casos de compañías a las que se achaca la práctica de dumping social.

En España es muy conocida la problemática en el sector del transporte³, pero el fenómeno puede darse en cualquier otra rama de actividad económica siempre que ello suponga un ahorro de costes para las empresas implicadas, aunque sea a costa de burlar una normativa pensada para favorecer la prestación transnacional de servicios y la competencia, pero no la trampa.

En este contexto resulta especialmente interesante la sentencia que comentamos, que supone el primer pronunciamiento⁴ del TJUE acerca de la eficacia de certificados E101 o A1 obtenidos de forma fraudulenta, porque supone un criterio importante en la lucha contra este tipo de operativas, que pudieran considerarse abusivas.

Pronunciamiento en alguna medida sorprendente por resultar en muchos sentidos diametralmente opuesto a otro no muy lejano en el tiempo como es el del asunto A-Rosa Flussschiff (STJUE de 27 de abril de 2017). Pero cuya diferente solución se

¹ USO, “Prácticas de “empresas buzón” (Letterbox): eludiendo impuestos y explotando trabajadores”. Disponible en: <http://www.uso.es/practicas-de-empresas-buzon-letterbox-eludiendo-impuestos-y-explotando-trabajadores/> consultado 19/09/2018.

² Syndicat European Trade Union, “The Impact of letterboxtype practices on labour rights and public revenue”. Disponible en https://www.etuc.org/sites/default/files/press-release/files/ces_letterbox_companies_gb_juin_ok_0.pdf

³ “¿Qué es la Ley Macron? La inseguridad jurídica, el gran reto del transporte en carretera”. *El Economista* 26/10/2016; “Filiales en Rumanía y fraude a Hacienda: así rompen las 'empresas buzón' el transporte”. *El Confidencial* 19/08/2017; “Inspección de trabajo controlará las empresas buzón”. *Logística Profesional.com* 14/05/2018; “Montoro, Báñez y De la Serna persiguen fraude de las 'empresas buzón'”. *Intereconomía.com* 21/05/2018; “Ofensiva del Gobierno contra el fraude de las 'empresas buzón'” *Expansión* 22/05/2018.

⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. *Asunto C-359/16, ECLI: EU:C:2017:805*. Apartado nº 40.

justifica precisamente en la apreciación de la existencia de un comportamiento fraudulento por parte de los particulares que pretenden aprovecharse de la normativa europea, sin cumplir sus requisitos, en su por tanto ilegítimo beneficio. Hay no obstante que añadir que este fraude por parte de particulares viene además acompañado de una falta de cooperación y diligencia por parte de la administración del país en que radican las “empresas buzón” en cuestión. Por lo que no sólo cabe hacer reproche las empresas sino también a algunos Estados miembros que parecen hacer la vista gorda ante este tipo de prácticas.

La sentencia resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación de Bélgica en el curso de un procedimiento penal seguido contra una serie de personas físicas y jurídicas en dicho país, por problemas derivados de la legislación aplicable a los trabajadores contratados por determinadas empresas búlgaras para prestar sus servicios en territorio belga. Se cuestiona cuál ha de ser la interpretación del artículo 14, punto 1, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) n.º 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y el artículo 11, apartado 1, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97.

El problema central versa acerca de cuáles son las posibilidades de actuación de las autoridades del Estado miembro al que han sido desplazados trabajadores al amparo de certificados E 101 (o A1 en la actualidad) -que permiten mantener la cobertura de seguridad social del país del empleador, aunque la prestación se lleve a cabo en otro frente a la pasividad o inoperancia de la institución expedidora del Estado miembro de origen, pese la constancia de información que permite deducir la obtención fraudulenta de dichos certificados.

La cuestión es si dicha inoperancia puede beneficiar a los sujetos perpetradores de ese fraude, escudándose en la competencia de la autoridad expedidora de los certificados, o por el contrario se permite la revisión por parte de las autoridades, en este caso judiciales, del país receptor de los trabajadores, en qué supuestos y con qué condiciones, procedimientos y efectos.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS

En el curso de una investigación de la inspección de trabajo belga se detecta que unas empresas constructoras de esta nacionalidad desarrollan su actividad en su país sin prácticamente contratar trabajadores, sino que en su lugar subcontrataban con empresas búlgaras que son quienes proveían la mano de obra, contratándola en Bulgaria y desplazándola a Bélgica al efecto. Para ello, las empresas búlgaras facilitan los certificados A1 (o E101) que obtienen en su país, al objeto de que, tratándose de trabajos de duración temporal limitada, se mantenga la aplicación del régimen de seguridad social búlgaro, lo que evita tener que dar a estos trabajadores de alta en la seguridad social belga y cotizar por ellos conforme a la normativa de este último país.

Pero profundizando en la investigación se comprueba que esas empresas búlgaras son más ficticias que reales (de manera que se les puede considerar *empresas buzón*) y que como tales prácticamente no desarrollan actividad en su país⁵.

De forma que nos encontramos con empresas belgas, que operan en Bélgica, pero que desarrollan su actividad mediante trabajadores contratados por empresas ficticias búlgaras, mediante mecanismos de subcontratación probablemente irregulares, ya que podemos suponer, aunque no se dice expresamente, que se trata de mera cesión de trabajadores, con lo que consiguen un menor coste de mano de obra, contando no obstante para ello con la cobertura de la expedición por parte de las autoridades búlgaras de los certificados exigibles, obtenidos, a juicio de las autoridades belgas, de manera fraudulenta.

Ante esta circunstancia, las autoridades belgas solicitan a las búlgaras, que son las competentes para ello, la revisión de la concesión de los certificados a la vista de la información obtenida, según la cual deberían probablemente ser revocados. Pero las autoridades búlgaras hacen caso omiso de tal información y se limitan a responder evasivamente con un resumen de los certificados E 101 expedidos, su período de vigencia y la indicación de que las diferentes empresas búlgaras cumplían las condiciones y los requisitos de desplazamiento a nivel administrativo en el momento de la solicitud de los certificados E 101 en cuestión, pero todo ello sin examinar ni tener en cuenta los hechos observados y comprobados en Bélgica.

En esta tesitura, se sigue proceso penal en Bélgica en que se persiguen diversos delitos relacionados con la falta de autorizaciones de residencia, de afiliación, cotización, etc., de los trabajadores desplazados desde Bulgaria. Un primer tribunal absolvió a los acusados basándose precisamente en la eficacia de los certificados expedidos por las autoridades búlgaras, que les eximían del cumplimiento de las obligaciones por las que venían acusados. Sin embargo este pronunciamiento fue revocado en apelación, resultando condenados los acusados, quienes recurren a su vez al tribunal de casación. Es este último el que en definitiva plantea la cuestión al TJUE y lo hace en los siguientes términos:

¿Puede un juez que no sea el del Estado miembro de envío anular o no tener en cuenta un certificado E 101 expedido en virtud del artículo 11, apartado 1, del Reglamento [...] n.º 574/72 [...], en la versión aplicable antes de su derogación por el artículo 96, apartado 1, del Reglamento [...] n.º 987/2009 [...] si los hechos que se someten a su apreciación permiten determinar que el certificado fue obtenido o invocado de forma fraudulenta?

III. NORMATIVA CONSIDERADA

El problema analizado cabe encuadrarlo en el marco de la libertad de prestación de servicios⁶, más que de circulación de trabajadores⁷, puesto que los trabajadores afectados no se desplazan por propia iniciativa, sino que lo hacen por decisión de sus

⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. Asunto C-359/16, ECLI: EU:C:2017:805. Apartado nº 10.

⁶ Arts 56 y ss TFUE.

⁷ Arts 45 y ss TFUE.

empresas con objeto de prestar un servicio por parte de estas en otro país diferente de la Unión. No obstante, la normativa que se analiza, relativa a la coordinación de los sistemas de seguridad social entre los Estados miembros, no hace distinciones a este respecto, teniendo como objetivo la protección de los derechos de seguridad social de las personas que en general se desplazan por la Unión Europea, siendo aplicable a los trabajadores tanto por cuenta ajena o propia *sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros o apátridas y que sean nacionales de un Estado miembro o de un tercer país o apátridas o refugiados residentes en el territorio de un Estado miembro, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes*⁸.

Expresamente, la cuestión sometida a la consideración del tribunal se refiere a determinados artículos de los Reglamentos 1408/71 y 574/72, que ya no son aplicables a día de hoy, al haber sido sustituidos por los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 respectivamente, vigentes ambos desde 1 de mayo de 2010⁹. La regulación es en todo caso similar en lo esencial, con pequeñas variaciones que no afectan a lo fundamental del asunto. De hecho la sentencia hace mención de ambas normativas, aunque en función de los términos estrictos en que ha sido planteada la cuestión prejudicial, y siguiendo un principio de congruencia, sólo resuelve sobre la base de la normativa anterior. No existen sin embargo motivos para pensar en una solución diferente a la luz de la normativa actual¹⁰.

Entre los problemas que pretenden resolver las normas citadas está el de los posibles conflictos de leyes nacionales a aplicar en cada caso cuando se producen estos desplazamientos de trabajadores.

El principio de partida es el de que se aplica a los trabajadores desplazados una única legislación en esta materia: bien la del país de origen en el que fueron contratados, bien la del país de destino en que se realiza la prestación de servicios. Así lo establecen tanto el Reglamento 1408/71 en su art. 13 como el Reglamento 883/2004 en su artículo 11, según los cuales los afectados estarán sometidos “*a la legislación de un único Estado miembro*”.

Cuál sea esa concreta legislación es algo de lo que ambas normas se ocupan de determinar a continuación, de manera que el propio art 13 del Reglamento 1408/71, en su punto 2.a) y el mismo art 11 del Reglamento 883/2004 en su punto 3.a) establecen como regla general que es, en principio, el lugar de la prestación del servicio el que determina la normativa nacional aplicable, resultando por tanto indiferentes otras circunstancias como el lugar de residencia del trabajador o el de la sede o domicilio de la empresa.

Pero a esta regla general se añaden a continuación algunas normas particulares que la excepcionan, de entre las que nos interesa la contemplada en los arts. 14.1.a) y 12.1 de los Reglamentos 1408/71 y 883/2004 respectivamente. Son estos preceptos los que mayores diferencias presentan en su regulación entre los que venimos exponiendo, si

⁸ Art 2.1 Reglamento 1408/71.

⁹ Esta normativa es aplicable en todo el Espacio Económico Europeo y en Suiza. En concreto los nuevos Reglamentos 883/2004 y 987/2009 se aplican en Suiza desde el 1 de abril de 2012 y en Noruega, Islandia y Liechtenstein desde el 1 de junio de 2012.

¹⁰ En este sentido se pronuncia el Abogado General en sus conclusiones. Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. *Asunto C-359/16, ECLI: EU:C:2017:805*. Apartado n° 20.

bien, aunque significativas en algunos aspectos, no resultan especialmente trascendentes en cuanto al tema que nos ocupa. Conforme a ellos, el trabajador contratado por una empresa de un Estado miembro que es desplazado temporalmente a otro estado miembro para la realización de un trabajo o servicio por cuenta de dicha empresa, sigue sometido a la normativa de seguridad social del país de origen, sin que por tanto tenga que cursar alta ni cotizar en el país de destino. Así se establece para favorecer la libre prestación de servicios y la interpenetración económica entre los Estados de la Unión¹¹, puesto que exigir otra cosa se entiende que dificultaría gravemente el desarrollo y la necesaria fluidez de esas actividades transnacionales de carácter temporal.

Por lo tanto, en caso de prestaciones temporales, y siempre que se den los requisitos y límites previstos, la legislación del *único Estado miembro* aplicable no sería la de aquél en que se realiza la prestación de servicio, sino la del que tenga su sede la empresa.

El instrumento formal que se utiliza para acreditar que concurren esas circunstancias, y que por lo tanto la empresa no tiene que cumplir con las obligaciones de seguridad social del Estado de acogida, porque ya lo hace en el de origen, es un certificado, que expide la autoridad del Estado de origen. Así se desprende de los arts. 11.1 del Reglamento 574/72 y 19.2 del Reglamento 987/2009. El Estado emisor es el competente para verificar el cumplimiento de las condiciones exigibles, mientras que el Estado receptor está obligado a respetar la vigencia y eficacia del certificado y a no aplicar por tanto su normativa, puesto que se le está certificando que se aplica la del Estado de envío.

Actualmente el certificado en cuestión es identificado como A1, mientras que con anterioridad recibía la denominación de E101.

Para el caso de que surjan problemas de interpretación o aplicación del Reglamento a supuestos particulares entre la autoridad del Estado de origen y la autoridad del Estado de destino, como en esta caso sobre la determinación de la ley nacional aplicable, tanto el Reglamento de 1971, en su art 84 bis 3, como el de 2004, en su art 76.6, establecen un procedimiento de diálogo y conciliación en el que se contempla como vía de solución la posibilidad de acudir a la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, contemplada en los artículos 80 y 71 respectivamente de cada reglamento.

En la actualidad, los arts. 5 y 19 del Reglamento 987/2009, desarrollan dicho procedimiento, y también existe una decisión, A1, de 12 de junio de 2009, de la citada Comisión Administrativa sobre el particular.

En todo caso, entretanto todo esto se resuelve, el certificado ha de presumirse válido y surtir sus plenos efectos. Así ha sido entendido por reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹², que en la regulación vigente a día de hoy ha sido codificada en el art 5.1 del Reglamento 987/2009.

¹¹ Sentencia comentada, apartado 32, con cita de la sentencia de 10 de febrero de 2000, FTS, C-202/97, EU:C:2000:75, apartado 28

¹² STJUE 27 de abril de 2017, *Asunto C-620/15, Caso A-Rosa Flussschiff*, ECLI: EU:C:2017:309, apartado 46 y jurisprudencia que se cita.

Cabe recordar además, como hace el Abogado General en sus conclusiones, la existencia de un procedimiento legislativo en curso dirigido a modificar los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 sobre la base de una propuesta presentada por la Comisión el 13 de diciembre de 2016. Entre las modificaciones propuestas por la Comisión figura, en particular, la inclusión en el artículo 1 del Reglamento n.º 987/2009 de una definición del concepto de «fraude» así como la indicación, en el artículo 5, apartados 1 y 2, de dicho Reglamento, de plazos precisos para la revisión por la institución emisora de la adecuada expedición del certificado E 101 y, en su caso, la retirada o la rectificación de dicho certificado, a solicitud de una institución competente de otro Estado miembro¹³.

Por otra parte no se puede olvidar que la normativa en cuanto a condiciones de trabajo de trabajadores desplazados se contiene en la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicio, recientemente modificada por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018, por lo que cuanto aquí se expone va referido tan sólo a lo que concierne a los aspectos de seguridad social que comportan este tipo de relaciones.

IV. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA Y SOLUCIÓN OFRECIDA

En esencia, el problema que se plantea es qué posibilidades de actuación tienen las autoridades, en este caso judiciales, del Estado de acogida cuando se detectan irregularidades en la obtención de los certificados A1 (o E101) y las autoridades del Estado de envío no han prestado la colaboración que parece deseable para la corrección de dichas irregularidades.

La sentencia extrae su solución del juego de tres principios: cooperación leal, confianza mutua e interdicción del fraude y del abuso de derecho, dando en definitiva prevalencia a este último.

El principio de cooperación leal viene consagrado en el art 4.3 TUE¹⁴ y constituye un elemento básico en la construcción e integración europeas, pues de otra forma sería imposible el funcionamiento de una organización supranacional, pero cuyos miembros siguen reteniendo para sí aspectos fundamentales de su soberanía.

Este principio se ve además reflejado para el caso concreto básicamente en los arts. 84 y 84 bis del Reglamento 1408/71 y 76 del Reglamento 987/2009.

Correlativo al de *cooperación leal* es el principio de *confianza mutua*. Supuesta esta cooperación leal por parte de todos los Estados miembros, estos deben de tener una mutua confianza entre ellos, de manera que la administración de un Estado miembro que requiere la cooperación de otro confía en que la administración del Estado miembro al que le compete el asunto actuará con el mismo rigor y diligencia que si actuase directamente ella misma.

¹³ Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. *Asunto C-359/16, ECLI: EU:C:2017:805*. Apartado nº 21.

¹⁴ “La Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados”. En similar sentido el art 13.2 TUE.

Sin embargo a tenor de la experiencia no se puede obviar que hay factores o circunstancias que pueden hacer quebrar la confianza mutua, precisamente cuando pueda apreciarse que la cooperación no es todo leal que fuera deseable. En este sentido cabe advertir que confianza mutua no es equivalente ni tiene que llegar al extremo de la “confianza ciega”, máxime si esta facilita comportamientos fraudulentos¹⁵.

En el caso en cuestión, el principio de colaboración leal impone que las autoridades búlgaras, al recibir la información sobre el posible fraude por parte de las belgas, hubieran actuado diligentemente para la confirmación (o no) de estos extremos. Al no hacerlo, sino limitarse a responder de manera rutinaria y extemporánea (como por cierto suele hacer la administración en tantos casos a los administrados) se rompe el principio de confianza mutua. La autoridad del Estado de destino no puede verse maniatada ante la falta de colaboración del estado de envío.

Se impone el principio de interdicción del fraude y del abuso de derecho formulado en numerosas resoluciones del propio tribunal entre las que se citan las de 2 de mayo de 1996, Paletta, C-206/94, EU:C:1996:182, apartado 24; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, EU:C:2006:121, apartado 68; de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, apartado 35, y de 28 de julio de 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, apartado 37; de 5 de julio de 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, apartado 38, y de 22 de noviembre de 2017, Cussens y otros, C-251/16, EU:C:2017:881, apartado 27.

Dicho principio ha sido enunciado en el sentido de que la aplicación de la normativa de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir las operaciones que se realicen para beneficiarse fraudulenta o abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho de la Unión¹⁶.

Para la apreciación de ese fraude, sobre el que no existe en la actualidad una definición en la norma examinada, el tribunal exige la concurrencia de dos elementos:

- Un elemento objetivo, consistente en el incumplimiento de los requisitos exigidos para obtener e invocar un certificado (A1 o E 101) de los que permiten que la normativa de seguridad social aplicable continúe siendo la del Estado de origen.
En este caso se incumplen en tanto se considera acreditado que las empresas búlgaras que habían desplazado a los trabajadores de que se trata en el litigio principal no desarrollaban ninguna actividad significativa en Bulgaria. Es decir, puede perfectamente considerárseles lo que hemos venido en llamar “empresas buzón” sin más finalidad que aparentar una localización en un Estado miembro que permita desplazar trabajadores a otro manteniendo un coste de seguridad reducido.
- Un elemento subjetivo, que requiere una actuación intencionada por parte de los interesados de esquivar o eludir esos requisitos para obtener la ventaja vinculada a dicho certificado. Es decir, la obtención del certificado sin cumplir requisitos no puede deberse en exclusiva a un error de la administración que lo

¹⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. *Asunto C-359/16, ECLI: EU:C:2017:805*. Apartado nº 70.

¹⁶ STJUE 27 de abril de 2017, *Asunto C-620/15, Caso A-Rosa Flussschiff, ECLI: EU:C:2017:309*, apartado 42.

expide, sino que tiene que haber una intervención de los interesados en la producción de esa irregularidad. Bien por una acción voluntaria, como la presentación equívoca de la situación real del trabajador desplazado o de la empresa que lo desplaza, o por una omisión voluntaria, como el hecho de no presentar información pertinente con la intención de eludir los requisitos.

En el caso que nos ocupa, se observa que para la obtención de los certificados controvertidos, los solicitantes efectuaron *una presentación de los hechos que no correspondía a esa realidad* en cuanto a su actividad en el país de origen¹⁷. Puede suponerse por tanto que falsearon datos sobre dicha actividad para aparentar la que no tenían.

Dándose estos dos elementos, objetivo y subjetivo, es exigible además que *las personas a quienes se imputa, en un procedimiento de este tipo, haber recurrido a trabajadores desplazados al amparo de certificados obtenidos de manera fraudulenta deben tener la posibilidad de refutar las pruebas en las que se basa ese procedimiento, siempre que se respeten las garantías vinculadas al derecho a un proceso equitativo, antes de que el juez nacional decida, en su caso, no tener en cuenta estos certificados y se pronuncie sobre la responsabilidad de dichas personas con arreglo al Derecho nacional aplicable*. Por lo tanto ha de entenderse que los interesados deben ser parte en el proceso con plenas garantías de defensa.

V. VALORACIÓN

En principio, a simple vista, el pronunciamiento del alto tribunal resulta llamativo, teniendo en cuenta sobre todo el antecedente inmediato de la sentencia A-Rosa Flussschiff (STJUE de 27 de abril de 2017 C-620/15, EU:C:2017:309), con la que resulta aparentemente contradictoria.

En dicha sentencia, en un caso en el que el tribunal nacional que plantea la cuestión prejudicial constata que las condiciones de la actividad del trabajador por cuenta ajena desplazado quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material de las excepciones a la regla general de aplicación del derecho del Estado miembro en que se desempeña la prestación, puesto que toda la actividad de la empresa suiza que lo contrata se desarrollaba en territorio francés, se afirmó sin embargo con rotundidad que:

“el certificado E 101 expedido por la institución designada por la autoridad competente de un Estado miembro, con arreglo al artículo 14, apartado 2, letra a), del Reglamento 1408/71, vincula tanto a las instituciones de seguridad social del Estado miembro en el que se efectúe el trabajo como a los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro, aun cuando éstos comprueben que las condiciones en que se desarrolla la actividad del trabajador de que se trate quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material de dicha disposición del Reglamento 1408/71...”

Se defendió en dicha sentencia que en estos casos

¹⁷ STJUE 27 de abril de 2017, *Asunto C-620/15, Caso A-Rosa Flussschiff*, ECLI: EU:C:2017:309, apartado 58.

“..incumbe a la institución competente del Estado miembro que ha expedido el certificado E 101 volver a considerar la fundamentación de dicha expedición y, en su caso, retirar dicho certificado cuando la institución competente del Estado miembro en el que el trabajador efectúa un trabajo exprese dudas sobre la exactitud de los hechos que constituyen la base de dicho certificado y, por lo tanto, sobre las menciones que en él figuran, en particular porque éstas no satisfacen los requisitos del artículo 14, apartado 2, letra a), del Reglamento n.o 1408/71...

...45 En el supuesto de que las instituciones interesadas no lleguen a ponerse de acuerdo,...., podrán optar por plantearla ante la Comisión Administrativa46 Si esta última no llega a conciliar los puntos de vista de las instituciones competentes acerca de la legislación aplicable al caso, el Estado miembro en cuyo territorio el trabajador de que se trate efectúa un trabajo tiene al menos, sin perjuicio de las eventuales impugnaciones por vía jurisdiccional que existan en el Estado miembro de la institución expedidora, la posibilidad de interponer un recurso por incumplimiento, con arreglo al artículo 259 TFUE, para permitir que el Tribunal de Justicia examine con ocasión de dicho recurso la cuestión de la legislación aplicable a dicho trabajador y, por tanto, la exactitud de las menciones que figuran en el certificado E 101”.

Se imponen pues en esta solución de manera absoluta los principios de cooperación leal y confianza mutua y se indica el concreto procedimiento que debe seguirse para resolver las discrepancias entre los Estados miembros implicados, sin que el Estado de acogida pueda corregir unilateralmente lo actuado por el de envío.

Precisamente varias de partes personadas en el proceso¹⁸ abogaron por la necesidad de acudir a este procedimiento habida cuenta de la falta de entendimiento entre las instituciones belgas y búlgaras.

Sin embargo no es esta la solución por la que se inclina la sentencia que ahora nos ocupa, sino que por el contrario opta por la posibilidad de que el órgano judicial del Estado de acogida ignore los certificados, obtenidos en este caso a través de fraude, sin que necesariamente se haya acudido previamente a la Comisión administrativa. Hay que resaltar que no se trata de una solución contradictoria con la anterior, sino diferente por ser diferentes las situaciones planteadas, ya que en A-Rosa Flussschiff ni se alegó la existencia de posible conducta fraudulenta, ni se había dado intervención alguna a la institución competente emisora de los certificados.

Es preciso distinguir por tanto el caso de existencia de error, aun manifiesto, de apreciación de los hechos o de interpretación de la norma, en habrá necesariamente que seguir los trámites previstos en la propia normativa de coordinación, de aquellos casos en que nos encontremos no ya ante un posible error, sino ante un fraude en cuya comisión intervienen los sujetos beneficiarios de los certificados, si además se constata una falta de reacción por parte de la institución competente advertida de esa posible existencia de fraude.

¹⁸ Altun y otros, los Gobiernos irlandés, húngaro y polaco y la Comisión.

Cabría en este punto plantearse si ante la presencia de un comportamiento presuntamente fraudulento, que es la piedra angular sobre la que se sustenta la sentencia, por este mero hecho ya tendría vía libre el Estado de acogida para no otorgar eficacia a los certificados, sin necesidad de más trámite ante la institución emisora. Lo apuntamos porque la norma no establece distinciones, por lo que también cabría decir que el procedimiento de conciliación o se sigue en su totalidad o no hay que seguirlo de ninguna manera. Sin embargo entendemos que es precisamente la actitud escasamente colaboradora de las autoridades búlgaras ante la primera comunicación por parte de las belgas lo que permite apreciar al tribunal la existencia de una base suficiente para entender roto el principio de confianza mutua. Y es lo que lleva a incluir en su pronunciamiento la premisa exigible de que *“la institución del Estado miembro al que han sido desplazados los trabajadores (presente) ante la institución expedidora de los certificados E 101 una solicitud de revisión de oficio y de retirada de éstos a la luz de información obtenida en una investigación judicial que le ha permitido constatar que los mencionados certificados se han obtenido o invocado fraudulentamente y la institución expedidora no (tenga) en cuenta esa información para revisar la fundamentación de su expedición”*.

Por lo tanto cabe concluir que han de darse los dos elementos: fraude por parte de los particulares beneficiarios de los certificados, y falta de cooperación por parte de la institución emisora del Estado de envío en la investigación y en su caso corrección de ese fraude. En definitiva, lo que se pretende es que los fallos del sistema de coordinación, cuando estos fallos deriven en parte de la deficiente cooperación de algunos Estados, no puedan ser aprovechados en su propio beneficio por aquellos particulares que han intervenido de manera fraudulenta en la obtención de ese beneficio.

Pero además, el tribunal advierte que es necesario que *a quienes se imputa... haber recurrido a trabajadores desplazados al amparo de certificados obtenidos de manera fraudulenta deben tener la posibilidad de refutar las pruebas en las que se basa ese procedimiento, siempre que se respeten las garantías vinculadas al derecho a un proceso equitativo, antes de que el juez nacional decida, en su caso, no tener en cuenta estos certificados y se pronuncie sobre la responsabilidad de dichas personas con arreglo al Derecho nacional aplicable.*

Volvemos a transcribir la literalidad del fundamento porque nos parece el extremo más ambiguo de la resolución. En el caso enjuiciado están por un lado las empresas belgas y por otro las búlgaras. Las primeras subcontratan a las segundas, y en este sentido *recurren a los trabajadores desplazados*. Sin embargo, quienes se supone que han cometido fraude a la hora de obtener los certificados son las empresas búlgaras, pues es la empresa que va a desplazar a sus trabajadores la que debe cumplir tales trámites¹⁹. Las sociedades que aparecen identificadas en el proceso son belgas (se desconoce las nacionalidad de las personas físicas) ¿Son sólo a estas a las que se refiere la sentencia? ¿Se cumple con ello lo exigible en este aspecto? Si su intervención consiste en la subcontratación de su actividad con las búlgaras, en principio no tienen por qué tener ninguna relación con el fraude que se imputa. Otra cuestión es que la propia subcontratación sea fraudulenta, pero este no es el fraude del que habla la sentencia, sino del de la obtención de los certificados. ¿Basta por tanto con que las empresas receptoras sean parte en el proceso, o tendrán que serlo también las que desplazan a los

¹⁹ En las conclusiones del Abogado General puede entreverse que en el supuesto las propias sociedades belgas eran las que constituían las sociedades-buzón búlgaras, pero no es algo que esté del todo claro.

trabajadores? Creemos que para que existan plenas garantías, como exige la sentencia, deberían serlo todas las involucradas, algo que no parece claro que se dé en el supuesto. De otra manera se podría estar haciendo responder a las empresas del Estado de acogida de las irregularidades cometidas por las empresas del estado de envío, y esto podría convertirse en un serio lastre para el desarrollo de las actividades transnacionales por la inseguridad jurídica que se generaría. Los certificados deben de tener plenos efectos frente a terceros, siempre que estos a su vez no actuaran de mala fe, esto es, conociendo al menos también las irregularidades cometidas para su obtención.

Hay que tener presente también a este respecto que entre las dos posibilidades planteadas en la cuestión prejudicial (anular o no tener en cuenta los certificados) la sentencia se inclina por la segunda, esto es, la de *no tener en cuenta*. Quiere esto decir que el certificado no se anula, lo que supone una solución menos invasiva de la competencia de la institución emisora²⁰, sino que simplemente “no se tiene en cuenta”, se ignora su existencia en el Estado de acogida, de lo que derivará la obligación de someterse a la normativa de dicho Estado. Pero esto no excluye de por sí la obligación de cumplir también la normativa de seguridad social del Estado de envío, que continuará siendo de aplicación en tanto que el certificado no es anulado. Con lo cual pueden seguirse consecuencias doblemente lesivas para las empresas que incurran en este tipo de prácticas abusivas, lo que puede tener un deseable efecto disuasorio. Cuanto más cuando algunos implicados incluso podrían obtener reproche penal según la normativa del Estado en cuyo territorio se desempeña el trabajo.

Pero frente a todas estas consecuencias negativas a que pueden enfrentarse las empresas participantes en el fraude, resulta un tanto llamativa la actitud del Estado responsable de la emisión de los certificados, en este caso Bulgaria. No sólo no coopera con las autoridades belgas, sino que ni siquiera interviene en el proceso ante el tribunal europeo. Se desentiende por completo del asunto. Es evidente que existen Estados miembros a quienes no molestan este tipo de fraudes. Probablemente porque también obtienen su beneficio al permitirles recaudar más en sus propios sistemas de seguridad social, aparte de que facilitan con ello la exportación de sus trabajadores a otros países mediante una especie de competencia desleal no ya entre empresas sino entre Estados. Por lo tanto también alguien debería actuar contra ellos en supuestos como este, probablemente a través de un procedimiento de incumplimiento.

En definitiva, la sentencia abre una vía interesante en la lucha contra este fenómeno indeseable de las empresas buzón, que permitirá la lucha contra el fraude allende las fronteras, pero no se puede obviar la necesidad paralela de mejorar la cooperación y la implicación en su persecución por parte de los Estados en las que estas están generalmente establecidas.

²⁰ Según expresa el Abogado General en sus conclusiones “...no se puede reconocer a un órgano jurisdiccional del Estado miembro de acogida, aun en caso de fraude, la competencia de anular o de declarar inválido este certificado, sino que su competencia se limita a dejarlo inaplicado”. Conclusiones del Abogado General Sr. Hendrik Saugmandsgaarde Øe, de 9 de noviembre de 2017. *Asunto* C-359/16, *ECLI*: EU:C:2017:805. Apartado nº 56.

Recibido: 10.12.2018. Aceptado:21.12.2018.

CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y REPUBLICA DOMINICANA

SOCIAL SECURITY AGREEMENT BETWEEN SPAIN AND THE DOMINICAN
REPUBLIC

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBREDA

Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

RESUMEN

El autor analiza el Convenio bilateral en materia de Seguridad Social entre España y la República Dominicana.

Se subrayan las razones que motivaron la negociación y la ratificación, incidiéndose en los reparos manifestados por la colonia española en la República Dominicana.

Se examina la legislación dominicana y se pasa revista al texto del Convenio, haciéndose hincapié en las disposiciones sobre trabajadores desplazados y sobre pensiones, así como en la dificultad de coordinar regímenes de reparto con regímenes de capitalización individual.

Por último, se efectúan ciertas reflexiones sobre las peculiaridades del Convenio y su posible futuro.

PALABRAS CLAVE: Convenio, prestaciones, trabajadores desplazados, pensiones.

ABSTRACT

The author analyzes the bilateral Agreement on Social Security between Spain and the Dominican Republic.

The reasons that motivated the negotiation and ratification are highlighted, focusing on the objections expressed by the Spanish colony in the Dominican Republic.

Dominican legislation is analyzed, moreover the text of the Agreement is reviewed, with emphasis on the provisions on posted workers and on pensions, as well as on the difficulty of coordinating pay-as-you-go schemes with individual financed schemes..

Finally, certain reflections are made on the peculiarities of the Agreement and its possible next future.

KEYWORDS: Agreement, benefits, posted workers, pensions

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS

III. LA REACCIÓN DE LOS NACIONALES DOMINICANOS Y ESPAÑOLES

IV. LA LEGISLACIÓN DOMINICANA DE SEGURIDAD SOCIAL

A. SEGURO DE VEJEZ, DISCAPACIDAD Y SOBREVIVENCIA (PENSIONES)

B. SEGURO FAMILIAR DE SALUD

C. SEGURO DE RIESGOS LABORALES

V. ANÁLISIS DEL CONVENIO. ASPECTOS GENERALES

VI. LEGISLACIÓN APLICABLE. DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

VII. LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE, VEJEZ Y SUPERVIVENCIA

VIII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

¿Cómo puede coordinarse un sistema desarrollado de Seguridad Social como el español, en continua evolución y que cuenta con un largo pasado experimental a nivel nacional e internacional, con un sistema tan nuevo como el dominicano, estructuralmente diferente, con una tradición histórica limitada, sin experiencia en el ámbito de la Seguridad Social Internacional y que va necesitar de mucho años para ofrecer una protección adecuada y efectiva a sus beneficiarios?

Quizás antes de dar respuesta a esta pregunta deberíamos plantearnos una cuestión previa. ¿Qué razones existen por parte de España para negociar un Convenio Internacional de Seguridad Social? La primera y quizás la más convincente la enuncia el artículo 42 de la Constitución Española que establece “*El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno*”. En este sentido, la suscripción de Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social, de conformidad con nuestra Constitución, puede ser considerada una fórmula eficaz para garantizar la protección de los ciudadanos españoles residentes en otros Estados.

El paradigma de este compromiso constitucional lo constituirían los Convenios celebrados con la mayor parte de los países Europeos y que han sido sustituidos por los Reglamentos 1408/71¹ y 883/04². Asimismo, actualmente, podrían formar parte de este grupo de Instrumentos Internacionales en favor de nuestros conciudadanos, los Convenios suscritos con Andorra³, Australia⁴, Estados Unidos⁵ y Canadá⁶, en los que España actúa como país de emigración.

Podría formar parte de este grupo, como subcategoría, el Convenio suscrito con la Federación Rusa⁷, sucesor del Convenio que se firmó con la Unión Soviética y cuya finalidad primordial era la protección de los denominados niños de la guerra a los que se les otorgaba una cotización ficticia en España para poder acceder posteriormente a la pensión mínima.⁸ También el Convenio con Ucrania⁹ respondía, originariamente, a ese

¹Reglamento (CEE) n° 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 Diario Oficial n° L 149 de 05/07/1971.

² Reglamento (ce) no 883/2004 del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, 30.4.2004).

³ Convenio de Seguridad Social entre España y Andorra y el Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de 9 de noviembre de 2001. Boletín Oficial del Estado de 4 de diciembre de 2002.

⁴ Convenio de Seguridad Social entre España y Australia del 31 de enero de 2002. Boletín Oficial del Estado del 19 de diciembre de 2002.

⁵ Convenio de Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América de 30 de septiembre de 1986. Boletín Oficial del Estado de 29 de marzo de 1988.

⁶ Convenio de Seguridad Social entre España y Canadá de 10 de noviembre de 1986. Boletín Oficial del Estado de 1 de diciembre de 1987.

⁷ Convenio de Seguridad Social entre España y la Federación de Rusia 11 de abril de 1994 y entró en vigor el 22 de febrero de 1996. Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 1996.

⁸ Artículo 11.3: “*A las personas de origen español que, como consecuencia de la guerra civil española, siendo menores de edad, fueron desplazadas al territorio de la ex URSS, así como a los profesores o cuidadores que les acompañaron, les será considerado un año como período de cotización efectiva al sistema español de Seguridad Social, a efectos del reconocimiento del derecho a las pensiones de jubilación, invalidez y supervivencia por parte de España, en aplicación de este Convenio*”.

planteamiento¹⁰, si bien a día de hoy puede ser considerado como perteneciente a otro grupo de Convenios.

Desde otra perspectiva, en los últimos años se ha producido una nueva política convencional orientada, en particular, al desarrollo de las inversiones, a través de la evitación de la doble cotización. A este respecto, en los Convenios con China¹¹, Corea¹² o Japón¹³, los elementos económicos y comerciales han resultado decisivos a la hora de plantear una estrategia que acortara plazos de negociación y de ratificación y que priorizara ciertos contenidos sobre otros.

Por otra parte, los tradicionales lazos históricos, culturales, idiomáticos y de amistad han sido también fuente de una cascada de Convenios bilaterales que, si bien en un principio, estaban proyectados, casi en exclusiva, para la defensa de los intereses, en el ámbito de la Seguridad Social, de los nacionales españoles, posteriormente han servido para la protección de los ciudadanos migrantes de los otros Estados signatarios al producirse una inversión direccional de los flujos migratorios. A este respecto, deben mencionarse los Convenios con Argentina,¹⁴ Brasil¹⁵, Chile¹⁶, Ecuador¹⁷, Uruguay¹⁸, Venezuela¹⁹ y, en cierto sentido, Filipinas²⁰. Asimismo, y aunque no compartiendo los lazos históricos señalados, podría incluirse el Convenio con Ucrania, que aunque orientado primigeniamente a los niños de la guerra, se ha transformado en un Instrumento de protección para los trabajadores ucranianos en España.

Iberoamérica, como receptor de emigración en su día, pero sobre todo, en las últimas décadas como continente emisor de mano de obra con dirección a España, ha sido el campo geográfico por excelencia de la última hornada de Convenios que, a diferencia, de los Instrumentos bilaterales mencionados en el párrafo precedente, han tenido como destinatarios, “*ab initio*” y preferentemente, a los trabajadores provenientes del Nuevo Continente que han desarrollado parte de su actividad laboral en nuestro país. De todos

⁹ Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania del 7 de octubre de 1996 Publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de abril de 1998.

¹⁰ El artículo 11,3 de este Convenio, es idéntico al artículo 11,3 del Convenio con Rusia.

¹¹ Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Popular China del 19 de mayo de 2017. Publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 16/03/2018.

¹² Convenio de Seguridad Social entre España del 14 de julio de 2011. Boletín Oficial del Estado de 8 de mayo de 2013.

¹³ Convenio de Seguridad Social entre España y Japón del 12 de noviembre de 2008. Boletín Oficial del Estado de 30 de septiembre de 2009.

¹⁴ Convenio de Seguridad Social entre España y Argentina del 28 de enero de 1997. Boletín Oficial del Estado de 10 de diciembre de 2004.

¹⁵ Convenio de Seguridad Social entre España y Brasil del 16 de mayo de 1991. Boletín Oficial del Estado de 15 de enero de 1996 y modificado por el Convenio Complementario de Revisión de fecha 24 de julio de 2012, en vigor desde el 1 de marzo de 2018. (BOE de 16 de mayo de 2018).

¹⁶ Convenio de Seguridad Social entre España y Chile del 28 de enero de 1997 que sustituye al anterior de fecha 9 de marzo de 1977. Boletín Oficial del Estado de 25 de marzo de 1998.

¹⁷ Convenio de Seguridad Social de 4 de diciembre de 2009, entre España y Ecuador, que sustituye al anterior de 8 de mayo de 1974. Boletín Oficial del Estado de 7 de febrero de 2011.

¹⁸ Convenio de Seguridad Social entre España y Uruguay, del 1 de diciembre de 1997, que viene a sustituir al Acuerdo Administrativo, de fecha 21 de junio de 1979. Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 2000.

¹⁹ Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela del 12 de mayo de 1988. Boletín Oficial del Estado de fecha 7 de julio de 1990.

²⁰ Convenio de Seguridad Social entre España y Filipinas de 12 de noviembre de 2002, que sustituye al anterior de 20 de mayo de 1988, entró en vigor el 1 de agosto de 2012. Boletín Oficial del Estado de 3 de julio de 2012.

modos, tampoco debe olvidarse que en todos los Estados americanos existe una importante colonia española que se ha visto reforzada en sus derechos por los nuevos Convenios Bilaterales suscritos por España con los siguientes Estados: Colombia²¹, México²², Paraguay²³, Perú²⁴ y República Dominicana²⁵.

Finalmente, un último grupo de Convenios lo constituirían los celebrados con Marruecos²⁶, Túnez²⁷ y Cabo Verde²⁸, cuya pretensión esencial es la protección de los trabajadores de estos países que tienen una presencia importante en España.

Antes de proceder a ofrecer una contestación a la pregunta formulada en el primer párrafo de este trabajo, resulta necesario proceder a realizar una serie de consideraciones generales.

España es probablemente con Francia, el Estado que más Convenios Internacionales en materia de Seguridad Social ha suscrito. En este sentido, las relaciones con las antiguas provincias o colonias (África, Francia; Iberoamérica, España) han jugado un papel esencial a la hora de iniciar o ultimar el proceso negociador.

Por otra parte, la exigencia para la pensión de jubilación, en el caso de España, de un período de cotización muy extenso (15 años), así como el doble requisito, en la mayor parte de los casos, de situación de alta o asimilada al alta y de una carencia específica, dificulta el acceso, para la mayoría de los trabajadores extranjeros, a la referida pensión de jubilación. Además, la no existencia de previsión legal para la devolución o reembolso de cotizaciones, como en otros países, cuando estos requisitos de cotización no pueden cumplirse una vez alcanzada la edad mínima legalmente establecida, obliga a un esfuerzo decidido en el ámbito internacional que compense la rigidez de nuestra legislación a la hora de articular la protección de los trabajadores migrantes, para el desarrollo, especialmente, del principio de conservación de los derechos en curso de adquisición.

Desde otra perspectiva, la política internacional en el ámbito de la Seguridad Social está basada, aunque simplemente sea en parte, en el principio de la reciprocidad, que es una manifestación del axioma "*do ut des*". Sin embargo, en muchos casos no es posible una reciprocidad absoluta en un Convenio bilateral o multilateral, máxime teniendo en cuenta el diferente grado de desarrollo de los distintos sistemas de Seguridad que se desean coordinar. Así, en Europa, el Reglamento 883/04 puede responder, aunque sea

²¹ Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia del 6 de septiembre de 2005. Boletín Oficial del Estado de 3 de marzo de 2008.

²² Convenio de Seguridad Social entre España y México del 25 de abril de 1994. Boletín Oficial del Estado de 17 de marzo de 1995

²³ Convenio de Seguridad Social entre España y Paraguay, del 24 de junio de 1998, que viene a sustituir al Convenio General sobre Seguridad Social de 25 de junio de 1959 y al Convenio Complementario al Convenio de Seguridad Social de 2 de mayo de 1972. Boletín Oficial del Estado de 2 de febrero de 2006.

²⁴ Convenio de Seguridad Social entre España y la República del Perú del 16 de junio de 2003. Boletín Oficial del Estado de 5 de febrero de 2005.

²⁵ Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana del 1 de julio de 2004. Boletín Oficial del Estado de 12 de junio de 2006.

²⁶ Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos del 8 de noviembre de 1979. Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982.

²⁷ Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez del 26 de febrero de 2001. Boletín Oficial del Estado de 26 de diciembre de 2001.

²⁸ Convenio de Seguridad Social entre España y Cabo Verde del 23 de noviembre de 2012. Boletín Oficial del Estado de 24 de octubre de 2013.

con ciertas limitaciones, a ese principio, sobre todo, entre los países que formaron parte de la Europa de los quince. Ahora bien, en otros casos puede suceder que la protección que dispensa un Estado, no sea simétrica o equivalente con carácter general a la que se otorga en otro Estado. Un ejemplo claro lo constituirían los Convenios bilaterales suscritos con Cabo Verde, Filipinas o la propia República Dominicana. Asimismo, la falta de reciprocidad puede también aparecer con relación con algunas modalidades de prestaciones. Así, el propio Convenio entre España y la República Dominicana incluye las prestaciones familiares por hijo a cargo que solamente se contemplan, realmente como tal, en la legislación española.

Por otra parte, algunos principios en los que se basa el Instrumento Internacional pueden tener una aplicación total para una de la Partes signatarias y, en cambio tener una aplicación mínima o residual para la otra Parte. Así, el principio de la conservación de los derechos en vías de adquisición, con la técnica de la totalización de períodos, no siempre se materializa de la misma manera, máxime cuando debe coordinarse un régimen de capitalización individual, basado en las cantidades ingresadas por empresarios y trabajadores, con otro de reparto que requiere el cumplimiento de períodos de seguro para acceder a una pensión, aunque, en trámite posterior, si se tengan en cuenta estos períodos para el reconocimiento de una posible pensión mínima.

En este sentido, resulta paradigmático el Convenio bilateral con Chile que en su artículo 16 establece: *“Si no se cumplen los requisitos exigidos por la legislación de una o ambas Partes Contratantes para adquirir derecho a las pensiones, la Institución o Instituciones competentes totalizarán con los propios, los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de la otra Parte Contratante”*. Pues bien, este precepto responde a los principios en que está basado el régimen de pensiones de España. En cambio, para Chile, resulta necesario aplicar el artículo 24 que dispone *“Los afiliados a una Administradora de Fondos de Pensiones financiarán sus pensiones en Chile con el saldo acumulado en su cuenta de capitalización individual”*. En consecuencia, España agrega los períodos de seguro chilenos, y, en cambio Chile, solo tiene en cuenta sus propios períodos o más bien sus propias cotizaciones. No obstante y dado que la legislación chilena prevé, complementariamente, la concesión de una pensión mínima, no basada en el régimen de capitalización individual, el propio artículo 24 ofrece una posibilidad de totalización al establecer: *“Cuando éste (el saldo acumulado) fuere insuficiente para financiar pensiones de un monto, al menos, igual al de la pensión mínima garantizada por el Estado, los afiliados tendrán derecho, si fuera necesario, a la totalización de períodos computables de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 para acceder al beneficio de pensión mínima de vejez o invalidez”*.

No es por tanto la reciprocidad un valor inmutable que actúe como *“conditio sine qua non”* para que se formalice un Instrumento bilateral en materia de Seguridad Social. De hecho, no es exigible una total igualdad y basta con que, con carácter general, opere se una cierta correspondencia, aunque ésta sea asimétrica.

Retornemos a la pregunta que nos auto formulamos en el primer párrafo de este trabajo sobre las razones que motivaron la negociación y posterior ratificación del Convenio de Seguridad Social entre España y la República Dominicana. Por supuesto la evitación de una doble cotización por parte de las empresas y la protección de los trabajadores migrantes son el trasfondo de cualquier Instrumento Internacional de Seguridad Social. Ambos elementos o necesidades se dan por supuesto en el Convenio que estamos estudiando. No obstante, en el calendario negociador de cualquier Estado, surgen

acontecimientos que priorizan las relaciones bilaterales con un determinado país y lo colocan en una situación de prevalencia. En este sentido, las visitas o de los Jefes de Estado o de los Presidentes de Gobierno pueden ser las espoletas para iniciar o ultimar la suscripción de un Convenio bilateral de Seguridad Social. Por tanto, a la hora de analizar la Seguridad Social Internacional, no debemos olvidar la intrahistoria que, a veces, complementa la historia oficial.

Para terminar, este apartado, debe subrayarse que el Convenio hispano dominicano de Seguridad Social fue el primer Instrumento bilateral suscrito por la República Dominicana²⁹, por lo que, al no ser los conocimientos puramente técnicos de las dos Partes comparables, los negociadores españoles tuvieron que hacer un esfuerzo no tanto para defender a sus conciudadanos como para ofrecer una protección adecuada para los nacionales dominicanos.

II. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS

Según el Instituto Nacional de Estadística (INE), a 1 de Enero del 2018, residían en España, 71.685 ciudadanos dominicanos. No obstante, esta cifra debe ser matizada teniendo en cuenta el juego de la doble nacionalidad³⁰. A este respecto, resulta más esclarecedor el dato de las personas nacidas en la República Dominicana, con independencia de su actual nacionalidad, que residen en España. Así según el INE, 167.939 personas estaban incluidas en este apartado, de las cuales, más de 100.000 ya ostentan la nacionalidad española.

Por otra parte, en 2018, según el propio INE, residían en el territorio dominicano 26.097 españoles, sin que se especifique cuántas de estas personas gozan asimismo de la nacionalidad dominicana. Sin embargo, la Oficina Nacional de Estadística de la República Dominicana puede ayudarnos en esta empresa. Así, solamente 7.221 españoles estaban censados en la República Dominicana, por lo que, probablemente, también el juego de la doble nacionalidad haya actuado en estos casos.

Desde otra perspectiva, también conviene analizar la incidencia que ha tenido y tiene el Convenio bilateral. A tal efecto, las estadísticas del INSS³¹ señalan que, a fecha de 30 de Noviembre de 2018, se habían tramitado 601 expedientes de pensión.

III. LA REACCIÓN DE LOS NACIONALES DOMINICANOS Y ESPAÑOLES

Puede suponerse que, en principio, todos los beneficiarios del posible Convenio, se mostraban de acuerdo con la posible ratificación del mismo. Sin embargo, no fue así. De hecho, si bien los nacionales dominicanos apoyaron en todo momento este Instrumento bilateral, la posición de los ciudadanos españoles fue totalmente distinta. En efecto, al igual que en otras Comunidades de españoles, la de la República Dominicana tampoco se mostró encantada con la suscripción de un Convenio bilateral. Así, el CRE (Consejo de Residentes Españoles) solicitó a los negociadores que no se ratificase el Convenio hasta que no se resolviesen una serie de problemas que les afectaban directamente.

²⁹ Posteriormente, la República Dominicana ha suscrito un Convenio bilateral con Ecuador. También ha firmado el Convenio iberoamericano de Seguridad Social.

³⁰ Convenio de doble nacionalidad entre España y la República Dominicana. «BOE» núm. 34, de 8 de febrero de 1969.

³¹ Estadiss. Estadísticas de pensiones

Remontémonos al Real Decreto 996/1986, de 25 de abril,³² regulador del convenio especial de los emigrantes e hijos de emigrantes. En su artículo primero se disponía : *“Los emigrantes españoles y los hijos de éstos que posean la nacionalidad española, **y que trabajen en países que no tengan suscrito con España un Acuerdo o Convenio de Seguridad Social**, o que, teniéndolo, no cubra todas o alguna de las prestaciones de jubilación, invalidez y muerte y supervivencia, podrán ser incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social mediante la suscripción del Convenio Especial regulado en el presente Real Decreto, con independencia de que con anterioridad hayan estado o no afiliados a la Seguridad Social española, quedando comprendidos en el sistema, y asimilados a la situación de alta, con el alcance que se determina en el artículo siguiente”*.

De manera similar, pero de una forma más contundente , el artículo 6 de la Orden de 28 de julio de 1987 por la que se desarrolla el Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, regulador del Convenio Especial de los emigrantes e hijos de emigrantes³³, señalaba: *“El convenio especial se extinguirá por cualquiera de las siguientes causas: ...e) cuando España ratifique un convenio o tratado internacional bilateral o multilateral, cuyo ámbito de aplicación material afecta a las mismas contingencias que las previstas en el convenio especial y al emigrante le sea de aplicación aquel”*.

En este sentido, conviene subrayar que, dado que el sistema de Seguridad Social de la República Dominicana, ha sido y, sigue siendo todavía imperfecto, muchos españoles habían optado por estar vinculados a la Seguridad Social española a través de la suscripción de un convenio especial. De hecho, algunos de nuestros compatriotas desarrollan en la República Dominicana actividades por cuenta propia que, durante muchos años, no estaban y todavía no están totalmente, en algunos casos, incluidas en el campo de aplicación personal del sistema de la Seguridad Social dominicano .

Por todo ello, los trabajadores españoles residentes en la República Dominicana condicionaron la aceptación del Convenio Bilateral a la eliminación de la disposición española que establecía la extinción del Convenio especial cuando se concluyese un Convenio bilateral de Seguridad Social. Precisamente, desde la negociación, que fue rapidísima, hasta la ratificación del Convenio y la entrada en vigor del mismo, transcurrieron varios años durante los cuales el legislador español actuó de manera positiva, modificando la situación que estaba perjudicando a algunos trabajadores migrantes.

En efecto, la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social³⁴ establece en su artículo 15: *“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: Los emigrantes españoles y los hijos de estos 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”*.

³² «BOE» núm. 125, de 26 de mayo de 1986.

³³ «BOE» núm. 191, de 11 de agosto de 1987.

³⁴ «BOE» núm. 250, de 18 de octubre de 2003.

Problema solucionado y el Convenio bilateral tuvo vía libre para su ratificación.

IV. LA LEGISLACION DOMINICANA DE SEGURIDAD SOCIAL³⁵

El derecho a la Seguridad Social en la República Dominicana está contenido en el Art. 8 de su Constitución: “*El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social, de manera que toda persona llegue a gozar de adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez*”.

La Seguridad Social dominicana, no tanto como sistema estructurado sino más bien como conjunto de seguros o prestaciones no coordinadas, se remonta a la Ley 1896 del año 1948 que contemplaba un sistema de reparto y reconocía una pensión de vejez y de discapacidad. La mayoría de los trabajadores recibía la pensión mínima, (97% de los beneficiarios) que resultaba insuficiente para llevar una vida digna.

La Ley 1896 sólo ofrecía cobertura a los trabajadores asalariados, siempre que éstos no percibieran ingresos superiores a un techo determinado. Además, la cuantía de la pensión no era indexada automáticamente.

El giro radical en la Seguridad Social de la República Dominicana se produce con la adopción de la Ley 87-01 promulgada el 9 de Mayo del 2001. A partir de la aprobación de dicho Instrumento Jurídico, ya se puede hablar de un sistema de seguridad Social que, claramente, todavía necesita crecer y desarrollarse para alcanzar niveles de protección adecuados y equiparables a los españoles.

La referida Ley plantea “*la protección de la población contra los riesgos de vejez, discapacidad, cesantía por edad avanzada, sobrevivencia, enfermedad, maternidad, infancia y riesgos laborales*”.

La Ley 87-01 establece tres regímenes de pensiones: a) Contributivo, b) Subsidiado y c) Contributivo Subsidiado. El régimen contributivo cubrirá a aquellos trabajadores asalariados del sector tanto público como privado y es financiado por trabajadores y empleadores. El régimen Subsidiado por su parte, protege a los trabajadores por cuenta propia con ingresos inestables y está financiado básicamente por el Estado. Finalmente, el régimen Contributivo Subsidiado protege los profesionales y técnicos independientes que generen ingresos por encima del salario mínimo nacional, financiándose con aportes del trabajador más aportaciones del Estado para suplir la falta de empleador.

El Sistema Dominicano de Seguridad Social cubre, en el ámbito contributivo, tres ramas.

A. SEGURO DE VEJEZ, DISCAPACIDAD Y SOBREVIVENCIA (PENSIONES)

Gestionado por las Aseguradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Tiene una estructura mixta, pues combina la constitución y el desarrollo de una cuenta personal para cada afiliado (cuenta de capitalización individual), con la posibilidad de una pensión mínima de carácter no contributivo. Las prestaciones que reconoce este seguro son:

- **Pensión por vejez:** Se adquiere el derecho a una pensión por vejez, cuando el afiliado acredita: a) tener la edad de 60 años y haber cotizado durante un mínimo

³⁵ La Información sobre el sistema de Seguridad Social dominicano se ha extraído especialmente del “Banco de información de los sistemas de Seguridad Social Iberoamericanos(OISS)” y del “Sistema de Pensiones. Una reforma exitosa para garantizar el bienestar de los dominicanos. Superintendencia de Pensiones”.

de 360 meses; o b) haber cumplido 55 años y acumulado un fondo que le permita disfrutar de una jubilación superior al 50% de la pensión mínima.

- Pensión por cesantía por edad avanzada: Se adquiere el derecho a una pensión mínima por cesantía por edad avanzada cuando el afiliado acredita: a) estar privado de un trabajo remunerado, b) haber cumplido 57 años de edad y cotizado un mínimo de 300 meses. El afiliado cesante mayor de 57 años que no haya cotizado un mínimo de 300 meses, se le otorga una pensión en base a los fondos acumulados o puede seguir cotizando hasta cumplir con el mínimo de cotizaciones para tener derecho a la pensión mínima por cesantía. Este beneficio sólo es otorgado bajo el régimen contributivo.
- Pensión por discapacidad: Se adquiere el derecho a una pensión por discapacidad total cuando el afiliado acredita: a) sufrir una enfermedad o lesión crónica cualquiera que sea su origen; y b) haber agotado su derecho a prestaciones por enfermedad no profesional o por riesgos del trabajo. La pensión por discapacidad total equivaldrá al 60% del salario base y en los casos de discapacidad parcial corresponderá al 30%. En ambos casos, la pensión será calculada en base al promedio del salario cotizante indexado de los últimos tres años.
- Pensión de sobrevivientes: En caso de fallecimiento de un afiliado activo, sus beneficiarios reciben una pensión de sobrevivencia no menor al 60% del salario cotizante de los últimos 3 años o fracción, ajustado por el índice de precios al consumidor.

B. SEGURO FAMILIAR DE SALUD

Cubre prestaciones en especie y en metálico:

- Plan básico de salud: Comprende atención primaria, servicios ambulatorios y a domicilio, atención materno infantil y prestación farmacéutica ambulatoria; atención especializada, atención odontológica; fisioterapia y rehabilitación y prestaciones complementarias, incluyendo aparatos, prótesis médica y asistencia técnica a discapacitados.
- Servicios de estancias infantiles: Incluye servicios de atención a los hijos de los trabajadores, desde los 45 días de nacidos hasta cumplir los 5 años de edad. Atención física, educativa y afectiva, educación pre-escolar, actividades de desarrollo sico-social y recreación.
- Subsidio por enfermedad: El afiliado tiene derecho a un subsidio por incapacidad temporal para el trabajo que se otorga a partir del cuarto día de la incapacidad hasta un límite de 26 semanas, siempre que haya cotizado durante los 12 últimos meses anteriores a la incapacidad. Es equivalente al 60% del salario cotizante de los últimos 6 meses si recibe asistencia ambulatoria, y a 40% si la atención es hospitalaria.
- Subsidio por maternidad: Equivale a 3 meses del salario cotizante. Para tener derecho a esta prestación se debe haber cotizado durante por lo menos 8 meses en los 12 meses anteriores a la fecha de su alumbramiento y no ejecutar trabajo remunerado alguno en dicho período. Esta prestación exige a la empresa de la obligación del pago del salario íntegro.

C. SEGURO DE RIESGOS LABORALES

- Financiado con una contribución promedio del 1.2% del salario cotizable, a cargo del empleador en su totalidad. El empleador es responsable de daños y perjuicios causados al afiliado cuando por incumplimiento de la obligación de inscribirlo, notificar los salarios efectivos o los cambios de éstos, o abonar las cotizaciones y contribuciones, no pudieran otorgarse las prestaciones del Seguro de Riesgos Laborales, o bien, cuando el subsidio se viera disminuido por esta razón.

Debe reconocerse que cualquier valoración en la actualidad del sistema de seguridad Social dominicano, resulta prematuro ya que, teniendo en cuenta el período de carencia exigido, apenas se han otorgado pensiones al amparo de la Ley 87-01. Además, la incorporación plena de los trabajadores autónomos no está totalmente ultimada. Asimismo, existe una pensión mínima del 100% del salario mínimo legal para los pensionistas del régimen contributivo y una pensión mínima del 60% del salario mínimo que se otorga en beneficio de la población discapacitada, desempleada o indigente (Asistencia Social o similar).

Por último, recientes estudios han revelado que, presumiblemente, las pensiones que se otorguen dentro de una década apenas equivaldrán al 22% del ingreso promedio del trabajador por lo que, según esos estudios, de dos millones de trabajadores dominicanos pueden a vivir sus años de retiro en la pobreza.

V. ANALISIS DEL CONVENIO. ASPECTOS GENERALES.

Cuando España negocia con un Estado que carece de gran experiencia en el ámbito internacional, intenta utilizar un modelo basado en los Reglamentos de Coordinación de la Unión Europea. Con ello, se garantiza una cierta uniformización en el ámbito de la Seguridad Social convencional, evitándose de este modo, que existan grandes diferencias entre los distintos Convenios bilaterales, sin que, en lo posible, se produzcan privilegios o desventajas basados en las nacionalidades de los trabajadores.

En la fecha de negociación del Convenio bilateral de Seguridad Social con la República Dominicana, estaba vigente en la Unión Europea el Reglamento 1408/71 que sirvió de plantilla para este Instrumento Internacional. Por supuesto, el Convenio tiene un campo material, personal y geográfico mucho más reducido que el Reglamento. Sin embargo, muchos artículos del Convenio son copia literal de los homólogos del Reglamento 1408/71.

Además, los principios básicos de la Seguridad Internacional se reproducen en el Convenio: Igualdad de trato, Unicidad de la legislación aplicable, Conservación de los derechos adquiridos, mantenimiento de los derechos en curso de adquisición y colaboración administrativa.

- **Igualdad de trato.** La formulación de este principio se realiza en el artículo 2 del Convenio que reconoce que *“Los nacionales de una Parte Contratante y los miembros de su familia estarán sometidos y se beneficiarán de la Seguridad Social en el territorio de la otra Parte en las mismas condiciones que los nacionales de la misma, sin perjuicio de las disposiciones particulares*

contenidas en este Convenio; esta disposición también se aplicará a los refugiados y apátridas “.

- **Campo de aplicación subjetivo.** Debe reconocerse que la poca experiencia de la República Dominicana en el ámbito internacional condicionó la negociación en este punto. Así, el Artículo 3, campo de aplicación subjetivo, establece” *el Convenio será de aplicación a los trabajadores nacionales de cada una de las Partes Contratantes, así como a los miembros de sus familia. Asimismo se aplicará a las personas que tengan la condición de refugiados de acuerdo con el Convenio relativo al estatuto de los refugiados, firmado en Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967 y a los apátridas según el Convenio relativo al estatuto de los apátridas, firmado en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, que residan habitualmente en el territorio de una de las Partes, así como a los miembros de sus familias. El Convenio será igualmente de aplicación a los miembros de la familia de un trabajador que sean nacionales de una de las Partes Contratantes, cualquiera que sea la nacionalidad del trabajador, siempre que éste haya estado sometido a la legislación de una o de ambas Partes Contratantes.”.*

Esta fórmula limita el campo de aplicación personal, excluyendo a trabajadores nacionales de otros Estados que hayan realizado una actividad laboral y, que como consecuencia, hubieran estado asegurados en España y en la República Dominicana. De hecho, España prefería y prefiere, por ejemplo el texto del artículo 2 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social³⁶ que dispone: “*El presente Convenio se aplicará 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*”. De este modo, el Convenio Iberoamericano se centra no únicamente en los trabajadores nacionales de las Partes Contratantes sino también en todos los asegurados, con independencia de la nacionalidad. Lamentablemente, esta protección a todos los asegurados no se puede garantizar con el Convenio bilateral.

A este respecto, debe recordarse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en el Asunto Gottardo³⁷ que en su Considerando 34 señalaba “*De las consideraciones que preceden resulta que cuando un Estado miembro celebra con un país tercero un convenio internacional bilateral de seguridad social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho país tercero para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga a dicho Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que aquellas de las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación*”.

³⁶ Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Santiago de Chile el 10 de noviembre de 2007. Ratificado por España el 10 de Febrero del 2010. BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2011.

³⁷ Asunto C-55/00, Elide Gottardo e Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS).

A mayor abundamiento, la Recomendación P1³⁸ de la Comisión la Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad social establece: *“Los nuevos convenios bilaterales de seguridad social que celebren un Estado miembro y un tercer Estado deben incluir una referencia expresa al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad de los nacionales de otro Estado miembro que hayan ejercido su derecho a circular libremente en el Estado miembro parte del convenio en cuestión”*.

Sería recomendable que se procediera a revisar el campo de aplicación subjetivo del Convenio Bilateral para ajustarlo al texto del Convenio Multilateral Iberoamericano, máxime cuando tanto España como la República Dominicana han procedido a la firma del mismo, aunque este último país, al no haber suscrito todavía el Acuerdo del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social³⁹, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009, no aplica todavía este Instrumento jurídico.

- **Campo de aplicación material.** El Convenio bilateral recoge una serie de prestaciones, por parte de España, que no se contemplan en otros Instrumentos similares suscritos por nuestro país en la primera década del siglo XXI. En efecto, además de las pensiones de vejez, incapacidad permanente y supervivencia y de las prestaciones de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, se contemplan las Prestaciones por Incapacidad temporal en los casos de enfermedad común y accidente no laboral, las Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo y las Prestaciones familiares por hijo a cargo. A este respecto, resulta sorprendente la inclusión de estas dos últimas prestaciones cuya justificación debe hallarse, no tanto en las demandas de la contraparte dominicana como en el deseo de la Parte española de proteger, sobre todo, a las ciudadanas dominicanas que en gran número trabajaban y trabajan en nuestro país como empleadas de hogar al cuidado de los hogares, de los ancianos y de los niños. De hecho, las prestaciones españolas por hijo a cargo han sido eliminadas de casi todos los nuevos Convenios, acentuándose de esta manera el carácter territorial y no contributivo de estos beneficios. En cambio, en virtud de este Convenio bilateral, los/las trabajadores/as dominicano/as cuyos hijos residan en el territorio de la República Dominicana, podrán percibir prestaciones familiares por hijo a cargo, lo que seguramente puede interpretarse como una discriminación positiva en favor de las mujeres, fruto del reconocimiento de su positiva labor.

Como en la mayoría de los Convenios suscritos en las últimas décadas por España, el campo de aplicación objetivo no incluye las prestaciones en especie de enfermedad y accidentes, lo que implica simplemente que no se prestarán a los asegurados de un país durante una estancia temporal o residencia permanente en el territorio del otro País. Con ello, se acentúa igualmente el carácter

³⁸ Recomendación No P1 de 12 de junio de 2009 relativa a la jurisprudencia Gottardo, según la cual deben concederse a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros las mismas ventajas de que disfrutaban los trabajadores nacionales de un Estado miembro en virtud de un convenio bilateral de seguridad social que este haya celebrado con un tercer Estado. Diario Oficial de la Unión Europea C 106/4 de 24.4.2010.

³⁹ España ha firmado este Acuerdo que se encuentra publicado en el BOE núm. 39, de 15 de febrero de 2012.

territorial de estas prestaciones y se evita un turismo sanitario que claramente perjudica al Servicio Nacional de Salud español.

Por otra parte, se excluyen, como sigue siendo habitual, los regímenes de clases pasivas de funcionarios militares y civiles. En cambio, aunque sea tácitamente, los funcionarios públicos afiliados al régimen general español de la Seguridad Social, están protegidos por el Convenio.

Desde la perspectiva dominicana, el campo de aplicación material comprende las Pensiones y jubilaciones, prestaciones por vejez, discapacidad total y parcial, prestaciones por cesantía por edad avanzada, prestaciones de sobrevivencia, subsidios por enfermedad, maternidad y lactancia y servicios de estancias infantiles. Una breve explicación del contenido y alcance de estas prestaciones se encuentra en el Apartado D) de este trabajo.

Asimismo, el artículo 6 del Convenio contempla el reconocimiento de las prestaciones no contributivas que se reconocerán por cada una de las Partes a los nacionales de la otra Parte, de acuerdo con su propia legislación. A estos efectos cada Parte Contratante tendrá en cuenta únicamente los períodos de residencia acreditados en dicha Parte.

- **.Los principios de conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición.**

Para adquirir las prestaciones de carácter contributivo previstas en el Convenio, se pueden sumar, cuando sea necesario, los períodos de seguro cumplidos en España y la República Dominicana, siempre que no se superpongan. Asimismo, las prestaciones económicas se podrán percibir con independencia de que el interesado resida o se encuentre en España o en la República Dominicana. No obstante, las prestaciones por incapacidad temporal y las prestaciones no contributivas de un Estado no se abonarán cuando el beneficiario resida en el territorio del otro país. A “sensu contrario”, por tanto, las prestaciones de maternidad y las prestación española por hijo a cargo son exportables, lo que significa con respecto a esta última prestación, tal como se señala en el artículo 19 del Convenio que *“el trabajador asegurado en virtud de la legislación de una Parte o el titular de una pensión de una de las Partes, tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en territorio de la otra Parte, a las prestaciones familiares previstas en la legislación de la Parte en que se halle asegurado o de la que perciba la pensión, como si los familiares residieran en el territorio de la misma”*.

- Las prestaciones económicas derivadas de Incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, maternidad y riesgo durante el embarazo serán concedidas por la Institución del país cuya legislación sea aplicable al trabajador en el momento del hecho causante.
- Las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y de enfermedad profesional se determinarán por el país a cuya legislación se hallara sujeto el trabajador en la fecha de producirse el accidente o de contraerse la enfermedad.

- La aplicación del Convenio permite el examen del derecho a prestaciones por contingencias que hubieran tenido lugar con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, si bien el abono de las mismas no se efectuará, en ningún caso, por períodos anteriores a dicha fecha. Las pensiones que hayan sido liquidadas por ambos países o los derechos a pensiones que hayan sido denegados antes de la entrada en vigor del Convenio, podrán ser revisados al amparo del mismo, a petición de los interesados. No obstante, no se revisarán las prestaciones abonadas que hayan consistido en una cantidad única.

VI. LEGISLACION APLICABLE. DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

España es el segundo país, detrás de Estados Unidos, en inversiones directas en la República Dominicana⁴⁰. Esto implica que las empresas españolas desplazan a muchos trabajadores, sobre todo del sector turismo, a sus filiales dominicanas. Por ello, la evitación de una doble cotización en España y en la República Dominicana resulta primordial con el fin de no incrementar los gastos en materia de Seguridad Social y poder ser, en consecuencia, más competitivos.

Si el ámbito proteccional del Convenio va dirigido hacia los trabajadores dominicanos, las excepciones a la *lex loci laboris* son la contraprestación que beneficia fundamentalmente a las empresas españolas.

Como regla general, y al igual que la cuasi totalidad de los Instrumentos Internacionales, los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia con nacionalidad española o de la República Dominicana están sometidos a la legislación de Seguridad Social del país en cuyo territorio estén ejerciendo su actividad laboral. Ahora bien, si se trata de un traslado temporal (desplazamiento), se puede mantener la legislación de Seguridad Social de origen, siempre que, en determinadas situaciones se cumplan ciertas condiciones:

- El periodo de la duración del desplazamiento inicial es de tres años, tanto para los trabajadores por cuenta ajena como para los trabajadores por cuenta propia.
- Este periodo puede prorrogarse adicionalmente por dos años.
- Las Autoridades Competentes de ambas Partes Contratantes o los Organismos designados por ellas podrán, de común acuerdo, establecer excepciones a esta regla, ampliando, si se considerase necesario, el plazo de desplazamiento.
- Los funcionarios públicos de una Parte Contratante que se hallen destinados en el territorio de la otra Parte, quedarán sometidos a la legislación de la Parte a la que pertenece la Administración de la que dependen.
- Las personas enviadas por una de las Partes en misiones de cooperación, al territorio de la otra Parte, quedarán sometidas a la Seguridad Social de la Parte que las envía.

VII. LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE, VEJEZ Y SUPERVIVENCIA

El núcleo central de cualquier Convenio Internacional lo constituyen las pensiones en las que juega, con toda intensidad el principio de conservación de los derechos adquiridos y el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición. Ahora bien,

⁴⁰ Información extraída de la Publicación El Dinero. “La inversión extranjera directa en RD refleja aumento gradual” Rossbell de la Rosa. 5 feb. 2018.

mientras la exportación de pensiones solamente plantea problemas de tipo técnico, fundamentalmente de conversión de moneda o elección de Entidad bancaria, la totalización de períodos de seguro puede implicar serias dificultades cuando se coordinan regímenes de pensiones de reparto con otros regímenes de capitalización individual. A este respecto, este Convenio es un buen ejemplo de la flexibilidad de las normas de coordinación que, como en el presente caso, van a regular dos regímenes de pensiones, como el español y el dominicano, estructuralmente distintos. Por ello, va a ser necesario el establecimiento de disposiciones específicas y diferenciadas para España y para la República Dominicana.

En su conjunto, la regulación de estas prestaciones es una copia de las disposiciones contenidas en el Reglamento 1408/71, lo que quizás haya complicado la tramitación de las pensiones por parte de la República Dominicana que carece de experiencia es la gestión internacional. En efecto, hubiera sido preferible simplificar el procedimiento y disponer que la totalización de períodos solamente se materializaría si, en virtud exclusivamente de la legislación de un Estado, no se alcanzase el derecho para acceder a estas pensiones. De ese modo, cuando se pudiera reconocer una pensión nacional no se procedería a la totalización ni por tanto a la complicada fórmula de pensión teórica y pensión prorata⁴¹. Sin embargo, la “*vis atractiva*” del Reglamento 1408/71 y la fuerza negociadora de España ha propiciado un sistema de cálculo doble de especial complejidad y de difícil aplicación:

- Se comprobará si el interesado alcanza derecho a la prestación teniendo en cuenta únicamente los períodos de seguro propios, sin sumar los del otro país. Asimismo, se calculará la prestación sumando a los períodos de seguro propios los acreditados en el otro país (pensión teórica). En este supuesto, el importe de la prestación no será íntegro, sino según la proporción existente entre los períodos de seguro cumplidos en el país que la otorgue y la suma de los períodos de España y la República Dominicana (pensión prorata). Se compararán las prestaciones calculadas y cada país reconocerá y abonará la prestación que sea más favorable al interesado.
- Existe una excepción para los supuestos en los cuales la duración total de los períodos de seguro acreditados en uno de los dos países sea inferior a un año, siempre que por sí mismos no den derecho a pensión de ese país. Se asumirán como propios por el otro país, pero sin aplicar la cláusula “prorrata temporis”.
- Si la legislación de alguno de los países exigiera una duración máxima de períodos de seguro para el reconocimiento de una prestación completa, la Institución competente de ese país tomará en cuenta, en los supuestos de totalización, solamente los períodos de cotización del otro país necesarios para alcanzar derecho a dicha pensión.

⁴¹ Esta fórmula es la elegida por el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social que en su artículo 19 establece: “*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*”.

- La Institución que calcule la pensión, considerará que el trabajador se encuentra sometido a su legislación, si está asegurado en el otro país o recibe una prestación de ese país basada en sus propios períodos de seguro. Para el reconocimiento de las pensiones de supervivencia se tendrá en cuenta si el fallecido se encontraba asegurado o era pensionista de acuerdo con la legislación del otro país.
- Si para el reconocimiento de una prestación se exige que algunos períodos de seguro se hayan cumplido inmediatamente antes del hecho causante de dicha prestación, este requisito se considerará cumplido si el interesado los acredita en el período inmediatamente anterior al reconocimiento de la prestación del otro país.
- Si la legislación de uno de los países firmantes contiene cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión de la pensión para el caso de pensionistas que ejerzan una actividad laboral, éstas les serán aplicables aunque dicha actividad laboral hubiera sido efectuada en el otro país.
- **Aplicación de la Legislación española.** Si para el reconocimiento de la pensión española hubiera sido preciso sumar períodos de seguro de la República Dominicana, el cálculo de esta pensión se efectuará según las bases de cotización reales acreditadas por el asegurado en España durante los años que precedan inmediatamente al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. La cuantía así obtenida, se incrementará según las revalorizaciones establecidas anualmente hasta la fecha del hecho causante para las pensiones de la misma naturaleza.
- **Aplicación de la Legislación dominicana.** El cálculo de la pensión de un afiliado al régimen de capitalización individual se hará en base al fondo acumulado en el momento de su retiro. Dicho afiliado tendrá derecho a una pensión mínima (sistema de reparto) cuando la suma de las cuantías de las pensiones dominicana y española no alcance la cuantía de la pensión mínima y, la suma de las aportaciones realizadas en cada uno de los países sea igual o superior al mínimo requerido, siempre que tales aportaciones no se superpongan.

VIII. CONCLUSIONES

La suscripción de este Convenio bilateral respondía a una necesidad concreta por parte de los trabajadores dominicanos en España y, al mismo tiempo, aunque no fuera la razón fundamental, a las demandas de las empresas españolas para evitar la doble cotización.

Como en la mayor parte de los Convenios en los que España actúa como Entidad negociadora dominante, este Instrumento es una copia “light” del Reglamento 1408/71. Lógicamente, a la Administración española le interesa, en el ámbito convencional, desarrollar un procedimiento uniforme que se aplique a los Instrumentos Internacionales que tiene ratificados. Con ello, se garantiza un nivel de protección adecuado y un tratamiento igualitario que puede resistir a cualquier crítica. Sin embargo, como contrapartida, requiere de las otras Contrapartes un conocimiento técnico para su gestión del que muchas veces carecen.

Una característica importante de este Convenio, es que se aplica sin que se haya aprobado todavía el Acuerdo Administrativo, lo que resulta una anomalía que, se supone, será subsanada en un futuro próximo.

Dado que, tanto España como la República Dominicana han ratificado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, debe tenerse en cuenta su artículo 8 que establece: “ *El presente Convenio tendrá plena aplicación en todos aquellos casos en que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte. En los casos en que sí existan convenios bilaterales o multilaterales se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario*”. Pues bien, como ya ocurre con otros países del continente americano, cuando la República Dominicana suscriba el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral, las relaciones en materia de seguridad social entre España y la República Dominicana podrán pasar a ser reguladas por el referido Convenio Multilateral que, bien en parte o bien en su totalidad sustituirá al Instrumento bilateral actualmente vigente.

Recibido: 24.10.2018. Aceptado: 09.11.2018.

EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES/AS EN EL MARCO DEL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE CHILE Y ESPAÑA

THE DISPLACEMENT OF WORKERS UNDER THE SOCIAL SECURITY AGREEMENT BETWEEN CHILE AND SPAIN

PEDRO CONTADOR ABRAHAM¹

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chile

PABLO ARELLANO ORTIZ²

Especialista en Derecho del Trabajo, Unidad de Derecho Laboral y Reforma, Departamento de Gobernanza y Tripartismo de la OIT, Ginebra (Suiza); Investigador, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).

¹Email: pcontadorabraham@gmail.com.

² Las opiniones expresadas incumben solamente al autor y no representan necesariamente los puntos de vista de la Organización Internacional del Trabajo. Email: arellano@ilo.org.

RESUMEN

El presente trabajo pretende entregar una visión general de la figura de desplazamiento temporal de trabajadores, pero acotándola a la preceptiva que sobre la materia se establece en el Convenio de Seguridad Social suscrito el año 1997, entre la República de Chile y el Reino de España, situándola en un contexto de protección social a los trabajadores migrantes, destacando sus principales aspectos normativos tales como tipos de desplazamiento, duración, requisitos y sus efectos en relación a diversas ramas de la seguridad social involucradas. También se tendrá como foco la aplicación práctica que las entidades chilenas vinculadas a la aplicación del Convenio, han dado a esta excepción a la regla *lex loci laboris*, en virtud de la cual la legislación aplicable a los trabajadores que son enviados por su empleador, a prestar servicios temporales en el territorio de la otra Parte, ya no será la ley del lugar en que se ejecuten tales labores, sino que precisamente la ley del Estado de envío, permitiendo de esta manera evitar la doble cotización internacional frente a las mismas contingencias, permitiendo dar continuidad a la cobertura de seguridad social del país donde reside habitualmente el trabajador/a.

PALABRAS CLAVE: Convenio de Seguridad Social Chile-España, desplazamiento de trabajadores migrantes, determinación de la legislación aplicable, cobertura.

ABSTRACT

The present work aims to present an overview of the detached-worker rule, specifically the regulations established in the Social Security agreement in 1997 between the Republic of Chile and the Kingdom of Spain, in the context of social protection of Migrant Workers, with emphasis on the main normative aspects such as detachment, duration of coverage, requirements and effects regarding the different branches of social security involved. It also highlights the practical applications that Chilean entities linked to the enforcement of this agreement have given to this exception to the rule of *lex loci laboris*, in which the exercise of current legislation regarding workers deployed by their employers to bring temporary services in the Other Part's territory, will no longer be applied where such duties are carried out, but instead the law of the Origin State, this way avoiding dual international occurring in such cases, allowing to give continuity to the social security coverage of the country in which the worker usually resides.

KEYWORDS: Chile-Spain Social Security Agreement, migrant workers detachment, determination of applicable legislation, coverage.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO O PERSONAL DEL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL, ARTÍCULO 3

III. CAMPO DE APLICACIÓN OBJETIVO O MATERIAL DEL CONVENIO, ARTÍCULO 2

IV. OTROS BENEFICIOS DEL CONVENIO

V. INSTITUCIONALIDAD DEL CONVENIO

VI. BREVES NOCIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO Y A LAS NOCIONES JURÍDICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

VII. LOS TRABAJADORES EXPATRIADOS, DESPLAZADOS O DESTACADOS

VIII. LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS Y LAS NORMAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE, ESTABLECIDAS EN EL CONVENIO

IX. PROCEDIMIENTO PARA LA CERTIFICACIÓN DE DESPLAZAMIENTO DE UN TRABAJADOR

X. EFECTOS DEL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

XI. PRESTACIONES DE ASISTENCIA SANITARIA PARA LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS

XII. PRESTACIONES POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL PARA LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS

XIII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La protección de seguridad social para los trabajadores migrantes no es una cuestión ajena para Chile. Esto debido a que se posee un número relativamente considerable de Convenios firmados sobre esta materia.³ Si bien no son de igual magnitud que los países del continente europeo, si muy relevantes en comparación a muchos de los países de la región.

En el presente trabajo nos abocaremos al estudio de uno de estos Convenios de Seguridad Social, el firmado entre Chile y España. Para poder comprender el contexto sobre el cual se basa este tipo de instrumentos regulatorios, en la presente sección se realizará una aproximación conceptual a lo que se busca proteger y al mecanismo utilizado para este fin.

En este sentido lo primero que debe establecerse que el sujeto protegido es un tipo especial de trabajador migrante,⁴ el dependiente desplazado. Enseguida que el mecanismo de protección empleado para este segmento de trabajadores son estos convenios internacionales, cuyo objeto es precisamente la seguridad social. Así entonces para efectos de este trabajo se entenderá por seguridad social *“como el conjunto de principios y de normas, destinadas a otorgar protección a toda persona frente al acaecimiento de riesgos sociales a través de transferencias, las cuales pueden ser en dinero o en especie, de financiamiento contributivo o no contributivo, cuya administración puede ser pública y/o privada, debiendo el Estado actuar como garante de la protección de la población que se encuentre en su territorio.”*⁵

El proceso que permite entregar una continuidad a la protección del migrante no se logra mediante la armonización de leyes nacionales, sino que a través de la técnica de la coordinación de sistemas de seguridad social. Lo que permite que los países involucrados mantengan sus modelos sociales y que el trabajador migrante obtenga una protección. Para efectos de este trabajo se seguirá la definición de la OIT de coordinación, la cual señala que: *“La coordinación significa establecer mecanismos a través de los cuales los sistemas de seguridad social de diferentes países pueden trabajar juntos para lograr en conjunto de objetivos acordados –en particular para asegurar que los trabajadores migrantes y los*

³ Chile cuenta a la fecha con 27 convenios suscritos y vigentes: Alemania: 1994 (12/93); Argentina: 1996 (01/10); Australia: 2004 (07/04); Austria: 1999 (12/99); Bélgica: 1999 (11/99); Brasil 2007 (01/09); Canadá: 1998 (06/98); Colombia: 2005 (04/08); Corea: 2015 (02/17); Dinamarca: 1995 (09/95); Ecuador: 2006 (01/03); España: 1998 (03/98); Estados Unidos: 2001 (12/01); Finlandia: 2007 (01/08); Francia: 2001 (09/01); Holanda: 1997 (06/97); Luxemburgo: 1999 (07/99); Noruega: 1998 (06/98); Perú: 2006 (04/04); Portugal: 2000 (06/00); Quebec: 2000 (11/99); Reino Unido: 2015 (01/16); República Checa: 2004 (03/04); Suecia: 1995 (01/96); Suiza: 1998 (03/98); Uruguay: 1999 (01/00); Iberoamericano: 2007 (09/11).

⁴A partir de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que al definir a este trabajador como *“toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”*, se ha indicado que los amplios términos de esta definición incluyen aquellos trabajadores que pertenecen a la economía formal y en situación migratoria regular y por ende, afiliados a la seguridad social. En Arellano Ortiz, Pablo, “Marco teórico de la coordinación de seguridad social, Comparación Unión Europea e Iberoamérica”, Editorial Thomson Reuters Legal Publishing AbeledoPerrot, mayo 2015, pp. 32-36.

⁵Arellano Ortiz, Pablo, “Lecciones de Seguridad Social”, Editorial Librotecnia, 2017, pp. 71-76.

*miembros de sus familias tengan protección tan completa y continua como sea posible—mientras, al mismo tiempo, mantenga y respete las definiciones y reglas de cada sistema por separado. Coordinación no involucra reemplazar las diferentes definiciones y reglas de cada sistema con definiciones y reglas comunes, lo que es usualmente referido como armonización.”*⁶

Los mecanismos que pueden entregar continuidad a las prestaciones de seguridad social para las personas trabajadoras migrantes y sus familias, pueden ser clasificados en unilaterales, bilaterales y multilaterales.⁷ Tan solo las bilaterales y multilaterales implican un cierto grado de coordinación.

La situación precaria de las y los trabajadores migrantes y su relación con la seguridad social formal, se puede resumir como un asunto que compete a la legislación nacional.⁸ En este sentido se pueden encontrar casos en que el país de acogida regula en su legislación interna, los beneficios a los cuales tienen derecho este tipo de trabajadores y las condiciones que deben cumplir para acceder a ellos. Sin embargo, aun cuando la legislación nacional prescriba que se tiene que aplicar por igual a nacionales o extranjeros sus reglas su protección, suele ocurrir que sus condiciones de acceso son más bien limitadas para los trabajadores migrantes. Esto tiene que ver con la aplicación concreta de la ley, pero también con el alto porcentaje de migrantes que ejercen labores dentro de la economía informal, como es el caso de los países de América Latina.⁹

Por otro lado, y en relación a lo que nos ocupa, los convenios de seguridad social, tanto los bilaterales como los multilaterales, se celebran bajo la premisa que, sin estos instrumentos internacionales, los trabajadores desplazados por su empleador para prestar servicios temporales a otro país, tendrían que pagar cotizaciones en dos o más Estados para cubrir el mismo riesgo que se intenta proteger o bien, en no pocos casos este desplazamiento pudiera producir como efecto que se pierda los períodos cotizados o la cobertura de la seguridad social en el país de origen del trabajador. De esta manera, estos acuerdos de seguridad social van a contener disposiciones para evitar la doble cotización internacional o la desafectación del sistema de protección del país de envío, sea en una o varias ramas de la seguridad social de los países involucrados, o se referirán al sistema en su conjunto.¹⁰

⁶ Hirose, Kenichi; Nikac, Milos y Tamagno, Edward (2011), Social security for migrant workers. A right-based approach. International Labour Organization, Decent Work Technical Support Team, and Country Office for Central and Eastern Europe – Budapest, ILO, 2011, p. 24.

⁷ Sobre las distintas modalidades de coordinación ver Arellano Ortiz, Pablo, “Social Security Protection for Migrants: A Need for Legal Intervention”, in Roger Blanpain, Pablo Arellano, Marius Olivier & Gijbert Vonk (eds.), *Bulletin of Comparative Labour Relations* Vol. 84, “Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms, Kluwer, 2013, pp. 31- 45; Arellano Ortiz, Pablo, “Marco teórico de...”, op. cit., pp. 11-15.

⁸ Sabates-Wheeler, Rachel y Koettl, Johannes (2010), “Protección social para los migrantes: los desafíos de la prestación en el contexto del cambio en los flujos migratorios”. En *Revista Internacional de Seguridad Social*, (vol. 63, 3-4/2010), p. 138.

⁹ Arellano Ortiz, Pablo, “Marco teórico de...”, op. cit. p. 75 y ss.

¹⁰ *Ibidem*, p. 78.

El caso que nos ocupa dice relación únicamente con el Convenio de Seguridad Social entre la República de Chile y el Reino de España, el que fue suscrito en Madrid, el 28 de enero de 1997¹¹ y entró en vigencia internacional el 13 de marzo de 1998, de conformidad a lo establecido en su artículo 45. Con fecha 14 de mayo de 2002¹² fue suscrito en la ciudad de Valencia, el Convenio Complementario al Convenio de Seguridad Social ya individualizado. El Acuerdo Administrativo para la Implementación del Convenio, también fue suscrito en la ciudad de Madrid, el 28 de enero de 1997¹³ y entró en vigor en la misma fecha del Convenio.

En este trabajo se intentará hacer una descripción del contenido de dicho Convenio, así se hará una revista de sus ámbitos de aplicación subjetivo como objetivo, como también de sus aspectos administrativos y en relación a la legislación aplicable para su implementación. En un apartado final se intentará hacer algunas reflexiones acerca de la importancia y efectos del Convenio.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO O PERSONAL DEL CONVENIO DE SEGURIDAD, ARTÍCULO 3

- a) Los trabajadores nacionales¹⁴ que hayan prestado servicios en uno o ambos Estados, y
- b) Las personas que deriven sus derechos de los señalados anteriormente.

¹¹Promulgado en Chile mediante Decreto Supremo N° 262, de 1998 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1998. Cabe hacer presente que en virtud del artículo 44 del Convenio, las partes acordaron dejar sin efecto, a partir de la vigencia del instrumento del año 1997, el anterior Convenio de Seguridad Social suscrito entre las Partes el 9 de marzo de 1977.

¹² Promulgado en Chile mediante Decreto Supremo N° 265, de 2006 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 04 de septiembre de 2006.

¹³ Promulgado en Chile mediante Decreto Supremo N° 810, de 1998 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 23 de julio de 1998.

¹⁴ Esta exigencia de nacionalidad de los beneficiarios del Convenio, constituye una restricción objetiva a la aplicación del Convenio de Seguridad entre Chile y España, que impide su utilización respecto de los afiliados a cualquiera de los sistemas de seguridad social de ambos países, que no sean chilenos o españoles. A diferencia de lo que ocurre con el Convenio Hispano-Chileno, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en su artículo 2 solo exige que la persona esté o haya estado sujeta a la legislación de uno o varios Estados Parte, para que este último tratado sea aplicable, razón por la cual en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 8 de instrumento iberoamericano, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, igualmente aplicable entre Chile y España, pudiera ser más favorable que el Convenio Bilateral entre las mismas Partes, cuando por ejemplo se desee desplazar a un trabajador al territorio del otro Estado, y el trabajador en cuestión no tenga la nacionalidad chilena o española. Sin embargo, debe tenerse igualmente presente que la letra a) del artículo 10 del Convenio Iberoamericano exige la calificación de las labores del trabajador desplazado, al establecer que éste deba desempeñar en el Estado de destino, "*tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares*".

III. CAMPO DE APLICACIÓN OBJETIVO O MATERIAL DEL CONVENIO, ARTÍCULO 2

A. En relación a Chile:

- a) Pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia de los regímenes administrados por el Instituto de Previsión Social.
- b) Pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia del Sistema de Capitalización Individual.
- c) Asistencia sanitaria en casos de maternidad, enfermedad común y accidente no laboral comprendidas en el sistema público de salud.
- d) Prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria derivada de maternidad, enfermedad común o accidente no laboral comprendidas en el sistema público de salud.
- e) Asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.
- f) Prestaciones familiares.
- g) Prestaciones por desempleo.

B. En relación a España:

- a) Asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo.
- b) Prestaciones económicas por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral y por maternidad.
- c) Prestaciones de invalidez, vejez, muerte y supervivencia.
- d) Prestaciones de protección familiar.
- e) Prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.
- f) Prestaciones por desempleo.

IV. OTROS BENEFICIOS DEL CONVENIO

1. Continuidad Previsional Internacional

Se sostiene que constituye el fundamento de los Convenios de Seguridad Social y con él se procura resguardar el derecho de los trabajadores migrantes, a mantener los beneficios previsionales que se encontraban en posibilidad de adquirir, al salir de forma temporal o definitiva de un terminado país y trasladarse a otro Estado¹⁵. Una de las manifestaciones de esta continuidad previsional, la encontramos precisamente en el desplazamiento de trabajadores, pues por regla general los trabajadores que sean destinados por su empresa a prestar servicios en oficinas, dependencias o filiales en el otro Estado y por un período acotado, sólo pagarán la seguridad social del país de origen en cuyo territorio ejerzan habitualmente su actividad laboral, impidiendo de esta manera la desafección de los trabajadores de los sistemas de pensiones en el Estado de envío, evitando además un doble

¹⁵ En Cifuentes Lillo, Hugo; Arellano Ortiz, Pablo y Walker Errázuriz, Francisco. "Seguridad Social, Parte General y Pensiones", Editorial Librotecnia, 2013, pp. 169-170 y pp. 243-251.

gasto al financiar cotizaciones previsionales para atender idéntica cobertura en el país de destino.¹⁶

2. *Exportación de las Prestaciones*

Las prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de una de las Partes Contratantes pueden ser percibidas en el territorio de la otra Parte Contratante, sin que sean objeto de reducción o modificación por el hecho que el beneficiario permanezca o resida en el territorio de la otra Parte Contratante.

3. *Totalización de Períodos de Seguro*

Los períodos de seguro cumplidos en una de las Partes Contratantes, se consideran para adquirir el derecho a las prestaciones establecidas en el Convenio, en conformidad a la legislación de la otra Parte Contratante.

4. *Calificación de Invalidez*

Realización de exámenes médicos en el país de residencia, para acceder a pensiones de invalidez en el otro país.

5. *Prestaciones de Salud*

El Convenio consagra el otorgamiento de prestaciones sanitarias y económicas para los trabajadores con estadía o estancia temporal en el territorio de la otra Parte y sus familiares, para trabajadores desplazados y sus familiares residentes temporalmente en el territorio de la otra Parte, así como asistencia médica para los pensionados y sus beneficiarios, en los términos que establece el Convenio.

V. INSTITUCIONALIDAD DEL CONVENIO

El artículo 2° del Convenio de Seguridad Social con España, individualiza por cada Parte Contratante a las Autoridades Competentes para los efectos de la aplicación de este instrumento.

- 1) **Autoridad Competente:** son aquellas designadas por las Partes, para representar al respectivo Estado en la aplicación del Convenio, encontrándose facultadas para suscribir el Acuerdo Administrativo, designar los Organismos de Enlace, prestarse sus buenos oficios y la más amplia colaboración técnica y administrativa, resolver las controversias que se pudieran presentar.

En Chile corresponde al *Ministerio del Trabajo y Previsión Social*. En el Reino de España, al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (actual Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social).

¹⁶ Contador Abraham, Pedro. “El tratamiento de las prestaciones no contributivas en el marco de los Convenios de Seguridad Social ratificados por Chile”. En “*Trabajadores migrantes y seguridad social*”. Arellano Ortiz, Pablo, Director, Editorial Librotecnia, 2015, p. 104.

- 2) **Organismos de Enlace:** De acuerdo a lo señalado en el literal g) del artículo 1 del Convenio y en el artículo 2, apartado 1 del Acuerdo Administrativo, es el organismo de coordinación e información entre las instituciones de ambas Partes Contratantes que interviene en la aplicación del Convenio, y en la información a los interesados sobre derechos y obligaciones derivados del mismo.

En Chile, corresponde a la Superintendencia de Pensiones¹⁷ para efectos de pensiones y al Fondo Nacional de Salud (FONASA) para las materias correspondientes a la asistencia sanitaria de carácter común.¹⁸

En España, corresponde al Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) y al Instituto Social de la Marina para el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

- 3) **Institución Competente:** Es la Institución responsable en cada caso de la aplicación de su legislación, letra f) del artículo 1 del Convenio y artículo 1, apartado 4 del Acuerdo Administrativo.

En Chile corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones y al Instituto de Previsión Social¹⁹, en aquellas materias relativas a los Sistemas de Pensiones. Respecto a las Prestaciones de Asistencia Sanitaria y Maternidad, corresponde a los Servicios de Salud.

En España las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de Seguridad Social para todas las contingencias, salvo desempleo y para pensiones de invalidez y vejez en su modalidad no contributiva.

¹⁷ De conformidad al artículo 46 de la ley N° 20.255, la Superintendencia de Pensiones de Chile, es la continuadora legal de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, creada por el decreto ley N° 3.500, de 1980. Por su parte, conforme al numeral 12 del artículo 47 de la misma ley, corresponde a esa Superintendencia, asesorar al Ministerio del Trabajo y Previsión Social en la celebración y ejecución de los convenios internacionales de seguridad social, actuando como organismo de enlace de los mismos, para lo cual el artículo 48 de la misma ley traspasó a la Superintendencia de Pensiones, las funciones y atribuciones que ejercía la Superintendencia de Seguridad Social en relación al ex Instituto de Normalización Previsional como administrador de la ex Cajas de Previsión.

¹⁸ Cabe señalar que, de conformidad al Convenio, FONASA es el organismo encargado de coordinar el otorgamiento de la cobertura de atención sanitaria de origen común en el sistema público de salud chileno, a ciudadanos españoles que de acuerdo al Convenio, tienen derecho a estas prestaciones. Asimismo, le corresponde coordinar el otorgamiento de estas prestaciones, en igual caso, a ciudadanos chilenos que se trasladen a España (la que se otorga en este caso a través de la correspondiente Institución Competente española).

¹⁹ Conforme a los artículos 53 y 54 de la ley N° 20.255, de 17.03.2008, el Instituto de Previsión Social (IPS) es el continuador legal de los derechos, funciones, atribuciones y obligaciones del Instituto de Normalización Previsional, con excepción de las atribuciones y funciones referidas a la ley N° 16.744.

VI. BREVES NOCIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO Y A LAS RELACIONES JURÍDICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Como acertadamente lo indica la doctrina²⁰ ambas relaciones jurídicas, la laboral y la de seguridad social están íntimamente vinculadas, pero sus respectivas normas sobre la determinación de la legislación aplicable son distintas. En efecto, en el caso del contrato de trabajo, participan dos sujetos (empleador y trabajador) en una relación jurídica de carácter privado, en cambio en las relaciones jurídicas de la seguridad social se trataría de una relación de carácter esencialmente público, en que el Estado interviene, fijando los requisitos para ser afiliado, regulando en detalle la obligación de cotizar (nacimiento, duración, extinción) y sus elementos (sujeto obligado, base imponible, monto). Por otra parte, en las relaciones derivadas de un contrato de trabajo internacional se da cabida, en ciertas ocasiones, a la autonomía de la voluntad para determinar la legislación aplicable a este tipo de contratos. En cambio, en las relaciones jurídicas de seguridad social internacional las normas sobre determinación de la legislación aplicable son imperativas e indisponibles y son fijadas en relación a alguno de los sistemas de seguridad social de los Estados involucrados, normalmente a través de un tratado internacional.

En Chile, la doctrina²¹ y la jurisprudencia administrativa²² han señalado que teniendo a la vista el principio de territorialidad de la ley establecido en el artículo 14 del Código Civil, en materia laboral y a partir del carácter territorial de la ley, el contrato de trabajo internacional se somete normalmente por la ley del lugar de ejecución de la prestación de los servicios, conocida también como regla *lex loci executionis*, *lex loci laboris*, *lex laboris*.²³

En materia de seguridad social, la aplicación de esta regla general implica que los trabajadores están igualmente obligados a efectuar cotizaciones precisamente en el lugar donde prestan servicios, siendo precisamente los Convenios de Seguridad Social uno de los

²⁰ Alonso-Olea García, Belén. “Trabajador Expatriado y Seguridad Social”, Editorial Thomson Reuters, Aranzadi, pp. 67-78.

²¹ Arellano Ortiz, Pablo, “Social Security Protection for Migrants: A Need for Legal Intervention”, in Roger Blanpain, Pablo Arellano, Marius Olivier & Gijbert Vonk (eds.), *Bulletin of Comparative Labour Relations* Vol. 84, “*Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013, pp. 31- 45; Tapia Guerrero, Francisco. “Notas sobre la Aplicación Territorial de la Ley del Trabajo”, en *Revista Laboral Chilena*, septiembre-Octubre de 1998, pp. 75-81; y López Onetto, Marcos, “Pasos hacia un Derecho Internacional Privado del Trabajo Chileno”. Chile. Visto el mes de octubre 2018. En <http://jansinternacional.blogspot.com/> y https://www.etsa.cl/Contenido/Legal/Doctrina/Doctrina_MarcosLopezOneto.asp

²² Dictámenes Dirección del Trabajo N°s. 3.426/205, de 05.07.1999; 2179, de 10.05.2012; 2366, de 11.05.2015.

²³ Sobre este principio ver: Arellano Ortiz, Pablo, “Social Security Protection for Migrants: A Need for Legal Intervention”, in Roger Blanpain, Pablo Arellano, Marius Olivier & Gijbert Vonk (eds.), *Bulletin of Comparative Labour Relations* Vol. 84, “*Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013, pp. 31- 45; Garmendia Arigón, Mario. “Orden Público y Derecho del Trabajo”. Fundación de Cultura Universitaria. Uruguay. 2001, pp. 117 y Lousada Arochena, José Fernando y Ron Latas, Ricardo Pedro. “El Contrato de Trabajo Internacional”, Editorial Thomson Reuters, pp.101-104.

casos²⁴, en que se contemplan normas de excepción para que bajo ciertas condiciones, se autorice a modificar el principio de territorialidad de la ley otorgando a un tercer Estado, la competencia para someter a su legislación esta relación de seguridad social, excepción que se materializa a través de la figura del desplazamiento de trabajadores.²⁵

En efecto, como anota la doctrina²⁶ tratándose de trabajadores desplazados, estos instrumentos internacionales de seguridad social, suelen determinar que la ley aplicable no es la del Estado de empleo u origen, sino la del Estado de envío o destino, dejando de aplicar en consecuencia, la regla general *lex loci laboris* que se basa, como se dijo, en el principio de territorialidad de la ley. Añade esta doctrina, que en estos casos más que normas de conflictos de leyes aplicables propias del Derecho Internacional Privado, se trata de un mecanismo de coordinación de los sistemas de seguridad social involucrados en el desplazamiento temporal de un trabajador, determinando por qué reglas de afiliación y cotización se regirá este desplazamiento, sin que ello importe aplicación de ley sustantiva extranjera, pues solo se procura garantizar una protección completa y constante de los trabajadores mientras se desarrolle su desplazamiento temporal.

VII. LOS TRABAJADORES EXPATRIADOS, DESPLAZADOS O DESTACADOS

Se le ha definido como aquel trabajador de una empresa, con la que tiene y mantiene vínculo laboral preexistente, que es trasladado de un Estado (de envío) a otro Estado (de empleo) para prestar servicios temporales por cuenta ajena en este último.²⁷

La jurisprudencia administrativa chilena ha definido esta institución en función de sus efectos, como aquella que permite bajo la concurrencia de ciertos supuestos, de manera temporal y acotada a un plazo determinado, que estos trabajadores puedan eximirse de la obligación de cotizar para el fondo de pensiones del Sistema de Capitalización Individual chileno, o bien en su defecto al sistema de seguridad social del país al cual se trasladan, pero siempre y cuando se mantengan cotizando en el país en cual se encuentra su empleador, quien no queda liberado de la obligación de cotizar en el sistema previsional respectivo²⁸.

VIII. LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS Y LAS NORMAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE, ESTABLECIDAS EN EL CONVENIO

El Título II del Convenio relativo a “*Disposiciones sobre la Legislación Aplicable*”, en sus artículos 6 y 7, contiene las siguientes disposiciones:

²⁴ En Chile, la ley N° 18.156 autoriza, en ciertos casos, la exención y devolución de cotizaciones previsionales a los trabajadores técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten.

²⁵ Ordinario N° 22435, de 30.09.2015, de la Superintendencia de Pensiones.

²⁶ Alonso-Olea García, Belén, op. cit., pp. 79-89. Ver también: En Arellano Ortiz, Pablo, “Marco teórico de...”, op. cit., p. 157.

²⁷ *Ibidem*, pp. 45-47.

²⁸ Ordinario N° 8779, de 30.04.2014 y Ordinario N° 22435, de 30.09.2015 ambos de la Superintendencia de Pensiones.

A. Norma general

La regla general sobre la legislación aplicable en materia de seguridad social, dispone que los trabajadores estarán sujetos exclusivamente a la legislación de seguridad social de la Parte Contratante en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral, sin perjuicio de las normas especiales y excepciones que se explicarán. Esta norma por tanto, consagra la denominada regla *lex loci laboris*.

B. Normas especiales

El Convenio contemplan los siguientes casos especiales:

- 1) Artículo 7 apartado 1. El trabajador por cuenta ajena al servicio de una empresa con sede en el territorio de una de las Partes contratantes, que sea enviado por dicha empresa al territorio de la otra Parte para realizar trabajos de carácter temporal, quedará sometido a la legislación de la primera Parte, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de tres años. Análoga regla será aplicable al trabajador por cuenta propia que pase a realizar un trabajo en el territorio de la otra Parte.
Si, por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo excediera de los tres años, el trabajador continuará sometido a la legislación de la primera Parte por un nuevo período, no superior a otros dos años, a condición de que la Autoridad Competente de la segunda Parte dé su conformidad a esta prórroga.
- 2) Artículo 7 apartado 2. El personal itinerante al servicio de empresa de transporte aéreo que desempeñe su actividad en el territorio de ambas Partes, estará sujeto a la legislación de la Parte en cuyo territorio tenga la empresa su sede principal.
- 3) Artículo 7 apartado 3, párrafos 1º y 2º. El trabajador por cuenta ajena que ejerza su actividad a bordo de un buque estará sometido a la legislación de la Parte cuya bandera enarbole el buque. No obstante lo anterior, cuando los servicios se presten a una empresa que tenga su domicilio en el territorio de la otra Parte, el trabajador quedará sujeto a la legislación de esta Parte, si reside en su territorio.
- 4) Artículo 7 apartado 3, párrafo 3º. Los trabajadores nacionales de una Parte, residentes en la misma y que presenten servicios en una empresa pesquera mixta constituida en la otra Parte y en un buque abanderado en ella, quedarán sujetos a la seguridad social de esa Parte, debiendo la empresa asumir sus obligaciones como empleador.
- 5) Artículo 7 apartado 4. Los trabajadores empleados en trabajos de carga, descarga, reparación de buques y servicios de vigilancia en el puerto, estarán sometidos a la legislación de la Parte contratante a cuyo territorio pertenezca el puerto.
- 6) Artículo 7 apartado 5. Los miembros del personal de las Misiones Diplomáticas y de las Oficinas Consulares se regirán por las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Relaciones Consulares, sin perjuicio de las normas especiales que se establecen respecto del personal administrativo y de servicio de dichas Misiones y del servicio privado y exclusivo de los miembros de las Misiones.
- 7) Artículo 7 apartado 6. Los funcionarios públicos de una Parte, que se hallen destinados en el territorio de la otra Parte, quedarán sometidos a la legislación de la Parte a la que pertenece la Administración de que dependen.

- 8) Artículo 7 apartado 7. El personal administrativo y técnico y los miembros del personal de servicio de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de cada una de las Partes que sean nacionales del Estado acreditante, siempre que no tengan el carácter de funcionarios públicos, podrán optar entre la aplicación de la legislación del Estado acreditante o la de la del otro Estado.
La opción se ejercerá dentro de los tres meses siguientes a la fecha de iniciación del trabajo en el territorio del Estado en el que desarrollen su actividad.
- 9) Artículo 7 apartado 8. El personal al servicio privado y exclusivo de los miembros de las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares, que sean nacionales del Estado acreditante, tendrán el mismo derecho de opción antes indicado.
- 10) Artículo 7 apartado 9. Las personas enviadas, por una de las Partes, en misiones de cooperación, al territorio de la otra Parte, quedarán sometidas a la seguridad social del país que las envía, salvo que en los acuerdos de cooperación se disponga otra cosa.

C. Normas de excepción

Artículo 7 apartado 10. El Convenio faculta a las Autoridades Competentes de ambas Partes Contratantes para que, de común acuerdo y en interés de determinados trabajadores o categorías de trabajadores, efectuar excepciones a las reglas anteriores.

IX. PROCEDIMIENTO PARA LA CERTIFICACIÓN DE DESPLAZAMIENTO DE UN TRABAJADOR

1. En los casos a que se refiere el artículo 7, apartado 1 del Convenio, el Organismo de Enlace chileno o la Institución en la que delegue la Autoridad Competente española cuya legislación siga siendo aplicable expedirá, a petición de la empresa o del trabajador, un certificado de desplazamiento (formulario E/CHL-1) acreditando que el mismo continúa sujeto a la legislación de esa Parte y el período de desplazamiento. Dicho certificado constituirá la prueba de que no son de aplicación al mencionado trabajador las disposiciones sobre el seguro obligatorio de la otra Parte. La solicitud deberá ser formulada antes del desplazamiento del interesado o dentro de los treinta días siguientes al mismo.
2. La solicitud de autorización de prórroga, (formulario E/CHL-2) de las situaciones previstas en el artículo 7, apartado 1 del Convenio deberá formularse por la empresa o trabajador, con tres meses de antelación a la finalización del período de tres años a que se hace referencia en la disposición citada. La solicitud será dirigida a la Autoridad Competente de la Parte en cuyo territorio está asegurado el trabajador, o Institución en la que se haya delegado esta competencia, quien convendrá sobre la prórroga con la Autoridad Competente, de la Parte donde el mismo se halle destacado.

X. EFECTOS DEL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

Relacionando lo dispuesto en el artículo 6 con el apartado 1 del artículo 7 del Convenio, es posible concluir que los trabajadores desplazados de conformidad a las normas del

Convenio entre Chile y España, quedarán sometidos exclusivamente a la legislación de seguridad social del Estado de empleo.

Ahora bien, en Chile la jurisprudencia administrativa, siguiendo el campo de aplicación objetivo o material del Convenio de que se trate, ha determinado la improcedencia de eximir en Chile, del pago de cotizaciones de los regímenes previsionales de carácter contributivo, no comprendidos dentro de campo de aplicación del Convenio de Seguridad Social, en que se funda el desplazamiento del trabajador extranjero que presta servicios en Chile.²⁹

En el caso del Convenio de Seguridad Social con España, teniendo a la vista las letras A) y B) apartado 1, del artículo 2 del Convenio, que contienen el campo de aplicación objetivo del instrumento, se hace necesario determinar en qué casos el trabajador desplazado pudiera excepcionalmente quedar afecto a la legislación de seguridad social del Estado de destino, volviéndose en estos casos a la regla *lex loci laboris*. Respecto de Chile y tratándose de un trabajador desplazado español, la exención de cotizaciones incluiría aquellas exigidas para el financiamiento del fondo de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia del Sistema de Capitalización Individual,³⁰ del régimen de prestaciones de salud,³¹ del seguro social contra riesgo de accidentes del trabajo³² y del seguro de cesantía o desempleo.³³³⁴

XI. PRESTACIONES DE ASISTENCIA SANITARIA PARA LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS

El artículo 10 del Convenio de Seguridad Social con el Reino de España prevé, entre otras hipótesis, el otorgamiento de beneficios de asistencia sanitaria de origen no laboral, para los trabajadores desplazados.

En efecto, los trabajadores a que se refiere el artículo 7, en los apartados 1, 2, 3 (párrafos 2° y 3°), 9 y 10, así como en los apartados 6, 7 y 8, cuando proceda y sus familiares, tendrán derecho durante el tiempo que dure su desplazamiento en el territorio de la otra Parte de las prestaciones de asistencia sanitaria concedidas por la institución de esa Parte, con el contenido y modalidades de su legislación, y con cargo a la Institución Competente.³⁵

²⁹ Ordinario N° 8779, de 30.04.2014 de la Superintendencia de Pensiones. Dicho documento se refiere exclusivamente a las cotizaciones para el Seguro de Cesantía de la ley N° 19.728 y en relación de un trabajador desplazado a Chile en virtud del Convenio de Seguridad Social con Alemania.

³⁰ Artículos 17 y ss. del D.L. N° 3.500, de 1980.

³¹ Artículo 84 del D.L. N° 3.500, de 1980 y artículo 137 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

³² Artículos 15, 16 y 17 de la ley N° 16.744.

³³ Artículos 5 y ss. de la ley N° 19.728.

³⁴ Por aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 3 de la ley N° 21.010, artículos 26, 27 y 28 de la ley N° 21.063 y el artículo 17 de la ley N° 16.744, sería posible concluir igualmente que los empleadores de trabajadores desplazados a Chile desde España de conformidad a las normas del Convenio, estarían exentos de efectuar cotizaciones para Seguro de Acompañamiento de Niños y Niñas afectados por una condición grave de salud.

³⁵ Debe tenerse presente que para obtener las prestaciones sanitarias en caso de desplazamiento de trabajadores, los interesados deberán presentar en la Institución del lugar de estancia una certificación acreditativa de su derecho a las prestaciones sanitarias en el formulario establecido al efecto. Esta

Por su parte, el artículo 13 dispone que los gastos ocasionados en virtud de las prestaciones de asistencia sanitaria concedidas por la institución de una Parte por cuenta de la Institución Competente de la otra Parte, serán reembolsados en la forma en que se determina el artículo 9 del Acuerdo Administrativo, (formulario E/CHL-25).³⁶

Conviene tener presente que de acuerdo al campo de aplicación objetivo del Convenio, las prestaciones de asistencia sanitaria que Chile deba otorgar o reembolsar, según los casos, deben fundarse en casos de maternidad, enfermedad común y accidente no laboral, solo respectoa los afiliados al régimen público de salud y por las prestaciones que en este régimen de salud se contemplan,³⁷ excluyendo por tanto del otorgamiento de prestaciones sanitarias en virtud de un desplazamiento, a los trabajadores afiliados al sistema privado de salud chileno, artículo 2, apartado 1, letra B), literal a) del Convenio. Por tanto, en el caso de un trabajador desplazado chileno a España, la asistencia sanitaria será otorgada por el sistema español de la Seguridad Social, con cargo al FONASA, si éste fuere el régimen de salud al que se encuentre afiliado el trabajador desplazado.

En el caso del trabajador español desplazado a Chile, la cobertura de asistencia se la otorgará el sistema de salud público chileno, a través de FONASA, con cargo al Sistema español de Seguridad Social.

XII. PRESTACIONES POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL PARA LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS

Principales reglas:

1. El derecho a las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional será determinado de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante a la que el trabajador se hallase sujeto en la fecha de producirse el accidente o de contraerse la enfermedad, artículo 26 del Convenio.
2. Las prestaciones sanitarias que deban ser servidas por las instituciones de una Parte por cuenta de las instituciones de la otra Parte, en supuestos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se regirán por lo dispuesto en el Capítulo 1 del Título III

certificación (formulario E/CHL-11), que expedirá la Institución Competente, establecerá la duración máxima de concesión de tales prestaciones. (artículo 5 del Acuerdo Administrativo).

³⁶ “1. El reembolso de los gastos ocasionados por las prestaciones médicas y hospitalarias servidas por las Instituciones españolas por cuenta de las Instituciones de Chile en aplicación de los artículos 9, 10 y 12, apartado 4 del Convenio, se realizarán según los costes de esas prestaciones reflejados en la contabilidad de las Instituciones o Entidades que las hayan servido.

2. Para el reembolso de los gastos ocasionados por las prestaciones médicas dispensadas por las Instituciones chilenas por cuenta de las Instituciones españolas en aplicación de los artículos 9, 10 y 12, apartado 4 del Convenio, la Institución Competente chilena llevará un registro de las prestaciones otorgadas valorizándolas conforme a la modalidad de atención que haya elegido el interesado. En ningún caso, el valor de la prestación será superior al monto que se cobre por dichas prestaciones en Chile a una persona en similar situación de ingresos y modalidad de atención elegida. La suma a reembolsar por la Institución Competente española será equivalente al aporte que la Institución chilena haya efectuado para la concesión de la prestación.”

³⁷En la modalidad de atención institucional o de libre elección a que se refieren los artículos 142 y ss. del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

e-Revista Internacional de la Protección Social, ISSN 2445-3269. 2018, Vol. III. N° 2.

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i02.21>

Página 73

del Convenio en lo que corresponda, artículo 27.

3. Las solicitudes de prestaciones, se formularán ante la Institución Competente, directamente o a través de los Organismos de Enlace, de acuerdo con los artículos 26 a 29 del Convenio. Los trabajadores que, en el momento de ocurrirles un accidente de trabajo o la detección de una enfermedad profesional o agravación de su situación, se encuentren en la Parte distinta a la de la Institución que es Competente, podrán presentar su solicitud ante la Institución u Organismo de Enlace de la Parte en que se encuentren o residan, artículo 15, apartados 1 y 2 del Acuerdo Administrativo.

A partir de estas reglas, es posible colegir que en los supuestos de desplazamientos de trabajadores ya analizados y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio, aplicable a estas hipótesis por el ya citado artículo 27, el derecho a las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, será determinado de acuerdo a la ley N° 16.744 cuando se trate de un trabajador chileno desplazado en España en virtud del Convenio; que en estos mismos casos, las prestaciones que puedan corresponderle al trabajador desplazado serán a cargo de la Institución Competente chilena en la que se hallaba asegurado el trabajador en el momento de producirse el accidente de trabajo o diagnosticarse la enfermedad profesional;³⁸ que las Instituciones Competentes chilenas son para estos efectos: las Mutualidades de Empleadores de la ley N° 16.744 y el Instituto de Seguridad Laboral,³⁹ respecto de sus afiliados tanto para el pago de las eventuales pensiones que se deriven, para la evaluación de la incapacidad permanente en los términos del artículo 58 de la ley N° 16.744, como para el pago o reembolso de prestaciones de salud otorgadas por su cuenta por la Institución Competente de la otra Parte (por disposición del artículo 13 del Convenio aplicable igualmente en estos casos en virtud del artículo 27) y demás prestaciones económicas derivadas de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, artículo 2, apartado 4, letra A), literales A.1., A.2., y A.3. del Acuerdo Administrativo .

Teniendo a la vista este plexo normativo, cabe plantearse igualmente cuál es la Institución Competente chilena que debe otorgar las prestaciones de asistencia sanitaria en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional a un trabajador español desplazado en Chile en virtud del Convenio de Seguridad Social.

En este sentido, se ha señalado⁴⁰ que los trabajadores que presten servicios en una empresa con sede en España y que sean desplazados a Chile, tendrán la cobertura contra riesgos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales que les brinde el organismo al que para tales fines estén afiliados en España. Será de cargo de la Institución Competente española el financiamiento de las prestaciones de asistencia sanitaria que los trabajadores puedan

³⁸ Conclusión que se desprende aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 28 del Convenio.

³⁹ En su calidad de sucesor legal del Instituto de Normalización Previsional, en los términos previstos en los artículos 54 y 63 de la ley N° 20.255. Asimismo, a partir de la vigencia de la ley N° 21.054 (01.01.2019), el Instituto de Seguridad Laboral administrará este seguro de ley N° 16.744, respecto de las entidades empleadoras afiliadas a él, de sus trabajadores y de los trabajadores independientes que corresponda, pudiendo contratar el otorgamiento de las prestaciones médicas con los servicios de salud, las mutualidades de empleadores o con otros establecimientos de salud públicos o privados.

⁴⁰ Ordinario N° 51527, de 24.07.2015 de la Superintendencia de Seguridad Social.

requerir en Chile en caso de un siniestro laboral, sin que sea necesario que la empresa en cuestión se encuentre afiliada en Chile a un Organismo Administrador de la ley N° 16.744, sin perjuicio que los trabajadores españoles desplazados, puedan recibir prestaciones por asistencia sanitaria en materia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, en los centros de salud pertenecientes a las Mutualidades de Empleadores, los que no pueden negarse a atender los accidentes. Sin embargo, esta prestación será otorgada en calidad de pacientes privados y no en el marco del Convenio de Seguridad Social.

En este mismo contexto, se ha indicado⁴¹ que al ser los Convenios de Seguridad Social tratados suscritos entre Estados, cuya génesis radica en la necesidad de permitir la continuidad previsional internacional, esto es, la cobertura de seguridad social de los trabajadores que por diversas razones deban desplazarse al territorio de la otra Parte y teniendo además en consideración, que estos instrumentos internacionales procuran servir de coordinación de las legislaciones de seguridad social de los Estados Parte, es que puede concluirse, aplicando por analogía las normas del Convenio respecto de la asistencia sanitaria de carácter común, que la Institución Competente chilena responsable de que se otorguen las prestaciones de asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional, a un trabajador español desplazado en Chile, es el Instituto de Seguridad Laboral, quien será el responsable que se otorguen estas prestaciones en los centros asistenciales que determine y solicitará a la Institución Competente española los reembolsos respectivos. Junto con compartir el criterio del Organismo de Enlace chileno, creemos que por aplicación de los principios del Convenio de Seguridad Social sobre igualdad de trato (artículo 4) y de colaboración administrativa (artículo 39), no es posible llegar a una conclusión diversa, si se tiene a la vista además lo dispuesto en el artículo 4 de la ley N° 16.744⁴².

XIII. CONCLUSIONES

El Convenio de Seguridad Social entre la República de Chile y el Reino de España es un instrumento relevante y singular. En efecto, ambos países no solo han regulado sus relaciones internacionales de seguridad social por varias décadas, sino que el mismo se encuentra plenamente vigente y operativo. Para Chile el Convenio de Seguridad Social suscrito con España el año 1977, fue uno de los primeros instrumentos internacionales de seguridad social que ratificara. Por su parte, el Convenio de 1997 es además uno de los pocos que desde la perspectiva de Chile tiene un campo de aplicación material u objetivo que comprende prácticamente todas las ramas de seguridad social involucradas en una relación bilateral, incluyendo sistemas de previsión social de muy diversa organización, financiamiento y beneficios en uno y en otro país, como lo son las prestaciones por vejez, invalidez y sobrevivencia; las prestaciones de asistencia sanitaria y aquellas derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuestión que acredita el cumplimiento del objetivo de coordinación de sus legislaciones perseguido por las Partes con la firma del

⁴¹ Ordinario N° 8856, de 21.04.2017 de la Superintendencia de Pensiones.

⁴² *“Para los efectos de este seguro, todos los empleadores se entenderán afiliados al Instituto de Seguridad Laboral respecto de la totalidad de sus trabajadores, salvo que se adhieran a alguna mutualidad de empleadores.”*

Convenio. Asimismo, es para Chile el Convenio de Seguridad Social que registra el mayor número de certificados de desplazamientos de trabajadores emitidos anualmente, considerando la totalidad de los Convenios en que se invoca la aplicación de esta figura.⁴³

Por otro lado, ambos países son miembros del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, abriendo así las puertas a una mayor protección tanto los chilenos que se desplacen temporalmente a España, como los trabajadores españoles y de otras nacionalidades que se desplacen en América Latina.

En materia de desplazamiento temporal de trabajadores, figura de importancia creciente atendido los actuales flujos migratorios, el Convenio de Seguridad Social con España, su Acuerdo Administrativo, así como la colaboración brindada por los Organismos de Enlace e Instituciones Competentes involucradas, han establecido una regulación detallada pero flexible de sus normas, permitiendo resolver buena parte de la problemática de cobertura de la seguridad social asociada a los trabajadores expatriados que se acogen al Convenio.

⁴³En efecto, de acuerdo a datos obtenidos por los autores durante el año 2017 se emitieron 69 certificados de desplazamientos de trabajadores chilenos a España, lo que representa más del 40% del total de certificados emitidos en ese período por el Organismo de Enlace chileno.

Recibido: 27.11.2018. Aceptado:21.12.2018.

CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA

BILATERAL SOCIAL SECURITY AGREEMENT BETWEEN MEXICO AND SPAIN

GABRIELA MENDIZÁBAL BERMÚDEZ

Profesora Investigadora de Tiempo Completo Titular C

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM). México.

RESUMEN

La migración es un fenómeno que ha acompañado a la humanidad desde su origen. La principal causa es buscar una mejor calidad de vida. El derecho contribuye a través del Derecho Internacional de la Seguridad Social (DISS) a regular el otorgamiento de las prestaciones de seguridad social de los miembros de un país en otro y a salvaguardar su derecho humano a la seguridad social.

En ese contexto esta investigación analiza el convenio de seguridad social entre México y España, el cual es un instrumento importante para ambas naciones, que permite promover los mecanismos necesarios para garantizar el otorgamiento de pensiones de ambas poblaciones.

PALABRAS CLAVE: Migración, Derecho Internacional de la seguridad social, Convenio México-España.

ABSTRACT

Migration is a phenomenon that has accompanied to the humanity since its origin. The main cause is to look for a better quality of life. Law contributes through International Law (DISS), to regulate the granting of social security benefits of the members from one country to another and to safeguard their human right to social security.

In this context, this research analyzes the social security agreement between Mexico and Spain, which is an important instrument for both nations, which allows to promote the necessary mechanisms to guarantee of pensions for both populations.

KEYWORDS: Migration, International Social Security Law, Mexico-Spain Agreement.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. PROCESO DE RATIFICACIÓN DE CONVENIOS INTERNACIONALES EN MÉXICO

III. CONVENIOS MÉXICO-ESPAÑA EN GENERAL

IV. ANÁLISIS DEL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE MÉXICO Y EL REINO DE ESPAÑA Y DE SU RESPECTIVO CONVENIO COMPLEMENTARIO

A. SUJETOS Y DELIMITACIÓN

B. BENEFICIOS Y DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La migración es un fenómeno que ha acompañado a la humanidad desde su origen. Las causas son muy variadas, aunque la principal sigue siendo buscar una mejor calidad de vida. El derecho contribuye a través del Derecho Internacional, ya sea público o privado a regular las relaciones entre los Estados reconocidos por la comunidad internacional por su soberanía. Y existe una rama del derecho que dedica sus esfuerzos a regular los vínculos jurídicos de aseguramiento social entre los ciudadanos de Estados diversos, se trata del Derecho Internacional de la Seguridad Social. El cual puede ser conceptualizado como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre diversos sujetos de Derecho Internacional, con la finalidad de estandarizar y/o armonizar la protección de seguridad social que brindan los Estados soberanos tanto a sus ciudadanos como a sus inmigrantes, para con ello apoyar a la política de desarrollo internacional socialmente justo. Aquí vale la pena remarcar dos aspectos:

El primero que la seguridad social ha sido reconocida por diversos instrumentos jurídicos internacionales como un derecho humano, por lo que entonces no depende de fronteras, raza, nacionalidad o de satisfacer requisitos administrativos del derecho migratorio; y el segundo que el instrumento más eficaz para proteger y en específico otorgar prestaciones de seguridad social exigibles a los ciudadanos de un Estado en otro, son los convenios internacionales. Un claro ejemplo de ello es el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social que es una norma internacional pactada por diversos países para la coordinación de sus legislaciones nacionales en materia de pensiones¹. Desafortunadamente México, pese a la presión académica no ha ratificado dicho instrumento jurídico.

La importancia del tema no es menor, como tampoco lo es su amplitud. De tal manera que, en aras de focalizar el tema de investigación, este artículo analiza la relación vigente entre dos países soberanos: México y España. Específicamente la protección recíproca de sus ciudadanos en materia de seguridad social. Para ello y en seguimiento a un orden metodológico deductivo preestablecido, el artículo se divide en 4 apartados: El primero después de esta introducción se ocupa de dar un breve panorama general del proceso de ratificación de los convenios internacionales en México, cuyo propósito es establecer la aplicación que puede tener conseguir la aceptación nacional. El segundo presenta la situación resumida de la relación bilateral México- España, desde la óptica de los convenios ratificados y vigentes entre ambos países. La tercera se ocupa del análisis del convenio de seguridad social en materia de seguridad social entre México y el reino de España, así como de su convenio complementario. Por último, se incluyen las respectivas conclusiones.

¹Cfr. Organización Iberoamericana de Seguridad Social, *Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*, OISS, 2017, p. 3.

II. PROCESO DE RATIFICACIÓN DE CONVENIOS INTERNACIONALES EN MÉXICO

El proceso de ratificación de cualquier tratado internacional en México tiene que pasar por un procedimiento administrativo que involucra a dos poderes del Estado, el poder ejecutivo representado por el Presidente de la República y el poder legislativo, a través de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión.

El marco normativo que respalda lo anterior se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en específico: la fracción X, del artículo 89 donde se otorga al Presidente de la República la facultad de celebrar tratados internacionales.

Por su parte, la fracción I del artículo 76 concede a la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión la facultad de aprobar los tratados internacionales, *así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos*.

En ese contexto, una vez que el poder ejecutivo cuente con el tratado correspondiente que pretenda celebrar, tendrá que enviarlo por medio de la Secretaría de Gobernación a la Cámara de Senadores, mismo que lo turnará a las comisiones de relaciones exteriores que corresponda para su estudio y dictamen para con posterioridad someterlos a votación para su aprobación o negación².

Cabe precisar que la Cámara de Senadores en México se encuentra integrada por 128 senadores de los cuales -para efectos de aprobar cualquier instrumento internacional- es necesario el voto aprobatorio de la mayoría de los presentes³, es decir una mayoría absoluta (50+1)⁴. Dicho lo anterior, bastará con 65 votos a favor (en el supuesto de que se encuentren los 128 diputados presentes) para la ratificación o no de un convenio o tratado internacional.

Si posterior a las discusiones, la Cámara otorga su aprobación, se deberá emitir un decreto en el Diario Oficial de la Federación donde se establezca que se encuentra aprobado el tratado en cuestión⁵.

Posterior a su publicación, el Poder Ejecutivo se encuentra en condiciones para ratificar el tratado que fue aprobado por la Cámara de Senadores. Para ello, se prepara el instrumento de ratificación, el cual va firmado por el Presidente de la República y refrendado siempre e independientemente de la materia del tratado, por el Secretario de Relaciones Exteriores.

² Cámara de Diputados, El procedimiento interno para la aprobación de un tratado internacional en México, Dirección General de Bibliotecas, p.9.

³ *Ibidem*, p. 3.

⁴ Reglamento del Senado de la República. Artículo 94.

⁵ *Ídem*.

Todos los tratados son celebrados con sujetos de Derecho Internacional Público, mismos que pueden ser Estados u organismos internacionales de carácter gubernamental. Por ejemplo: la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Mundial de la Salud, entre otros.

Cabe señalar que el Estado mexicano desde los años ochenta había celebrado tratados internacionales específicos en materia de derechos humanos⁶ a pesar de que el marco normativo interno no se encontraba legislado o actualizado debidamente en esta materia, lo que ocasionaba una aparente simulación, pues se pretendía quedar bien con la comunidad internacional al ratificar tratados de derechos humanos pero no tenían una aplicación plena en la población, pues la legislación nacional no se adecuaba a los preceptos internacionales. A raíz de esta situación y sumado las sentencias condenatorias de la Corte Internacional de Derechos Humanos por violaciones sistemáticas de derechos fundamentales de las personas (como el emblemático caso Rosendo Radilla Pacheco vs El Estado Mexicano), el 10 de junio de 2011 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos donde los principales cambios que originaron a esta reforma derivan de:

- La incorporación de todos los derechos humanos de los tratados internacionales ratificados por México
- La obligación de las autoridades de guiarse por el principio *pro persona* cuando apliquen normas de derechos humanos, lo que significa que deben preferir la norma o la interpretación más favorable a la persona.
- La obligación para todas las autoridades, sin distinción alguna, de cumplir con cuatro obligaciones específicas:
 1. Promover;
 2. Respetar;
 3. Proteger, y
 4. Garantizar los derechos humanos.⁷

Esta reforma constitucional es un gran avance para los mexicanos, porque de un lado concretiza la protección de los derechos humanos de las personas y dentro de ellos el derecho de la seguridad social, y de otro contribuye a la certidumbre en la ratificación de convenios internacionales y su aplicación nacional.

III. CONVENIOS MÉXICO-ESPAÑA EN GENERAL

Desde principios del siglo XIX la celebración de tratados, acuerdos y convenios entre México y España han sido constantes, siendo el Tratado de Paz y Amistad firmado el 28 de

⁶ Convención Americana de Derechos Humanos (1981), Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer (1981) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (2002).

⁷ Secretaría de Gobernación, *¿Por qué la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011 modificó la relación entre el gobierno y la sociedad?*, GOB, en <https://www.gob.mx/segob/articulos/por-que-la-reforma-constitucional-de-derechos-humanos-de-2011-cambio-la-forma-de-ver-la-relacion-entre-el-gobierno-y-la-sociedad?idiom=es>, fecha de consulta 20 de noviembre de 2018.

diciembre de 1836 el primero de ellos⁸. En la actualidad, se han firmado alrededor de 45 documentos que regulan diversas temáticas, tales como aduanales, comerciales, fiscales, educativos, culturales y por supuesto en materia de seguridad social.⁹

Dentro de los documentos que se han firmado entre ambos Estados se encuentran nueve convenios vigentes:¹⁰

1. Convenio de propiedad literaria, científica y artística (1924).
2. Convenio básico de cooperación científica y técnica (1977).
3. Convenio de cooperación cultural y educativa. (1977).
4. Convenio sobre transporte aéreo entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España (2017).
5. Convenio zoo y fitosanitario para la importación-exportación entre ambos países de animales, productos de origen animal, vegetales y sus productos (1982).
6. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil (1989).
7. Convenio de seguridad social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, firmado en Madrid el 25 de abril de 1994, y Acuerdo administrativo para su aplicación, firmado en Madrid el 28 de noviembre de 1994.
8. Convenio complementario al Convenio de seguridad social de 25 de abril de 1994.
9. Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y prevenir el fraude y la evasión fiscal y su protocolo. (2017)

Como se puede observar, de estos nueve convenios se desprenden dos documentos que regulan temas específicos de seguridad social.

Cabe precisar que, la vigencia de estos dos convenios implica que sean norma de aplicación interna obligatoria, por lo cual es de suma importancia conocer su alcance y contenido, pues al tratarse de un derecho humano de toda persona es conveniente desentrañar su contenido y alcance para los ciudadanos de España y México, así como los beneficios que otorgan.

IV. ANÁLISIS DEL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE MÉXICO Y EL REINO DE ESPAÑA Y DE SU RESPECTIVO CONVENIO COMPLEMENTARIO

El primer instrumento en materia de seguridad social que suscribieron España y México data del año de 1979. Se trata del Convenio Básico de Cooperación en materia de Seguridad Social y el Acuerdo sobre Transferencia de Pensiones, que se suscribió en la Ciudad de México el 7 de noviembre de 1979.

⁸ Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, *Guía de tratados bilaterales con Estados*, Gobierno de España, 2018, p. 223.

⁹ *Ibidem.* pp. 223- 228.

¹⁰ *Ídem.*

Este convenio fue sustituido por el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, firmado en Madrid el 25 de abril de 1994, y el Acuerdo administrativo para su aplicación, firmado en la misma ciudad el 28 de noviembre de 1994. El convenio fue aprobado por el Senado mexicano del 6 de julio de 1994,¹¹ y entró en vigor el primero de enero de 1995 durante el gobierno de la presidente Ernesto Zedillo Ponce de León.¹²

El principal objetivo de este convenio bilateral internacional es proteger tanto a los trabajadores mexicanos, como españoles que hayan laborado en el país extranjero respecto a la obtención de los beneficios de la seguridad social, garantizándoles una certeza jurídica en reglamentando claramente quién, dónde y cómo podrán acceder a los beneficios de este derecho humano si se encuentran fuera de su país de origen. Que incluye la conservación de sus derechos adquiridos y el pago de pensiones en el extranjero si fuera el caso. El objeto del convenio se encuentra establecido en su artículo segundo.

Posteriormente y debido a la necesidad de reforzar parte del convenio principal se firmó un convenio complementario, cuyo principal contenido versa sobre el cálculo de cuantías realizadas en el periodo de seguro voluntario para la obtención de una pensión por motivo de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada, muerte y supervivencia, el cual no se encontraba debidamente regulado en el convenio principal.

A. SUJETOS Y DELIMITACIÓN

Cabe precisar que el propio convenio hace una delimitación respecto de quiénes son los sujetos que se pueden beneficiar de este convenio. Al establecer en su artículo tercero que:

El presente Convenio se aplicará a los trabajadores nacionales de cada una de las Partes Contratantes que acrediten estar o haber estado inscritos en el sistema de seguridad social correspondiente, así como a los miembros de sus familias reconocidos como beneficiarios por la legislación aplicable, en las mismas condiciones que sus propios nacionales.

Luego entonces conforme a la Ley del Seguro Social¹³, legislación aplicable en este convenio para el caso de México, también son sujetos de este convenio, la cónyuge, a falta de este la concubina (o), los descendientes o ascendientes del trabajador, así como sus hijos menores de edad.

¹¹ Diario Oficial de la Federación, *Decreto por el que se aprueba el Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España*, en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4719619&fecha=25/07/1994, consultado el 12 de noviembre de 2018.

¹² Diario Oficial de la Federación, *Decreto de promulgación del Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España*, en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4870906&fecha=16/03/1995, consultado el 12 de noviembre de 2018.

¹³ Ley del Seguro Social. Artículo 5A. Fracción XII.

Asimismo, el artículo segundo establece el ámbito de aplicación objetivo, donde refiere que para efectos de los Estados Unidos Mexicanos se aplicará a los regímenes obligatorio y voluntario que se plasman en la Ley del Seguro Social, así como sus reglamentos que versan sobre los siguientes temas:

- a) pensiones derivadas del seguro de riesgos de trabajo, y
- b) pensiones derivadas de los seguros de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte¹⁴.

Dicho lo anterior, por lo que respecta a México, el convenio solo es aplicable a los trabajadores de la iniciativa privada y trabajadores independientes afiliados voluntariamente al seguro social, donde el Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS) es la institución encargada de proteger a este sector de la población. Descartado de entrada, a todos los servidores públicos o miembros de las fuerzas armadas mexicanas, que se rigen por una ley distinta¹⁵.

Para el caso de España, se delimita al régimen general y a los regímenes especiales del sistema de la seguridad social que versan sobre las prestaciones de carácter contributivo, referentes a:

- a) pensiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y
- b) pensiones de invalidez, vejez, muerte y supervivencia.¹⁶

Aquí se puede mencionar que el régimen general es similar al supuesto mexicano, ya que son considerados sujetos de aplicación de este convenio los trabajadores por cuenta ajena, así como aquellos considerados como asalariados. Sin embargo, se observa una diferencia en el régimen especial, ya que conforme a la Ley General de la Seguridad Social Española se consideran dentro del régimen especial los siguientes sectores de la población:¹⁷

Artículo 10. Regímenes especiales

[...]

2. Se consideran regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

- a) Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

¹⁴ Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España. Artículo 2.

¹⁵ En México, todos los trabajadores burócratas federales y aquellos que señala la Constitución Política Mexicana en su artículo 123 apartado B, se regirán por la Ley del Instituto de Seguridad Social y Servicios Sociales de los trabajadores del Estado, donde existe un instituto (ISSSTE) encargado de gestionar el seguro social que presta los beneficios de la seguridad social a este sector de la sociedad, por su parte el propio artículo 123 en su fracción XIII establece que los militares y marinos se regirán por sus propias leyes de seguridad social dando origen a la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas (ISSFAM) marco normativo que rige a este sector de la población.

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ Ley General de la Seguridad Social Española. Artículo 10.

- b) Trabajadores del mar.
- c) Funcionarios públicos, civiles y militares.
- d) Estudiantes.
- g) Los demás grupos que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.

Estos trabajadores especiales, en específico los funcionarios públicos y militares, para el caso mexicano, no son sujetos de los beneficios que puedan desprenderse de este convenio, pues como se desarrolló brevemente en párrafos anteriores, la seguridad social de los funcionarios públicos mexicanos tiene un tratamiento especial. Las mismas reglas aplican para el personal militar mexicano. De esta primera diferencia encontramos que desde el ámbito subjetivo la tutela del convenio es mayor para los españoles, que para los mexicanos.

Se debe mencionar que el convenio analizado solo aborda los casos en que se otorgarán pensiones a trabajadores que han cotizado en ambos sistemas de seguridad social de los países involucrados. En ese sentido, el convenio funge como un instrumento de coordinación entre las instituciones competentes de ambos países, para efectos del cálculo y cómputo de periodos de cotización de los trabajadores para el otorgamiento de una de las pensiones estipuladas en el acuerdo.

Por ende, las prestaciones en especie como la atención de la salud, no se encuentran reguladas en este convenio, sino por el contrario, cada legislación de los países partes regularán las prestaciones en especie que deriven del otorgamiento de cada una de las pensiones conforme al marco normativo correspondiente.

B. BENEFICIOS Y DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES

La parte fundamental de este convenio bilateral gira en torno a la certeza jurídica de los sujetos que les es aplicable el instrumento. Pues dentro de él se estipula bajo qué ley de seguridad social se regirán los trabajadores que laboren en un país u otro, es decir, si se someterá a las leyes mexicanas o en su defecto a la española, dependiendo del supuesto en que se encuentre el trabajador conforme a las hipótesis planteadas en el artículo sexto del convenio.

A través de este instrumento se pretende garantizar el derecho a la seguridad social del trabajador dando certidumbre respecto al sistema de seguridad social en el cual se encuentra afiliado, con la intención de poder exigir las prestaciones que emanan de este derecho humano. A su vez se logra materializar el derecho a la no doble cotización en los sistemas de seguridad social de los países involucrados.

Otro punto central del instrumento es la regulación de las pensiones de los trabajadores que sucesiva o alternativamente se hayan sometido a la legislación de uno u otro país. Para ello, el convenio hace la división en dos capítulos para el tratamiento de diferentes tipos de pensiones.

Por lo que respecta al primero versa sobre pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y supervivencia. En tanto el segundo, se enfoca a las pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

1. Pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y supervivencia

En este rubro se establecen dos supuestos, en los cuales los trabajadores deberán encontrarse para poder ser acreedor de una pensión de este tipo y beneficiarse de este convenio.

El primer supuesto establece que, si se cumplen con los requisitos establecidos en la legislación de uno o ambos países para adquirir el derecho a la pensión, la institución concedora aplicará la legislación nacional correspondiente, tomando en cuenta solo los periodos de cotización que se llevaron a cabo bajo esa legislación.

El segundo supuesto prevé que si no se cumplen con los requisitos plasmados en la legislación de uno u otro país para ser acreedor a la pensión, las instituciones concedoras totalizarán los periodos de cotización aportados en las instituciones correspondientes tanto de España, como de México. Una vez totalizados los periodos de cotización y si con ello se da cumplimiento a los requisitos para tener derecho a la pensión, para efectos del cálculo de la suma de ésta, se deberán aplicar las siguientes reglas:

1. Ambas partes por separado determinarán la cuantía de la pensión a la que el trabajador tiene derecho, como si los periodos de cotización que fueran totalizados hubieran sido cumplidos bajo su legislación¹⁸.
2. El importe de la pensión que le corresponda pagar a cada una de las partes se calculará sobre la pensión teórica conforme a lo estipulado en su legislación.
3. De la totalización de los periodos de cotización solamente se tomarán en cuenta los periodos requeridos para alcanzar el derecho a la pensión conforme a la legislación de la institución concedora¹⁹.

En este apartado cabe abordar la parte fundamental del Convenio Complementario firmado en el año 2003²⁰, ya que el contenido del mismo versa sobre la cuantía aportada a través del seguro voluntario, pues en el convenio principal se establece que para efectos de la totalización de periodos para la obtención de una pensión, si hubiese coincidencia entre periodos cotizados a través del seguro obligatorio con cotizaciones provenientes del seguro

¹⁸ Este tipo de supuesto el convenio lo ha denominado pensión teórica.

¹⁹ Cfr. Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España. Artículo 7.

²⁰ Diario Oficial de la Federación, Convenio Complementario al Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España del 25 de abril de 1994, SEGOB, 2004, en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=674376&fecha=18/03/2004, consultado el 20 de noviembre de 2018.

voluntario, solamente se deberán computar aquellos que derivan del seguro obligatorio²¹, perdiendo los periodos cotizados aportadas por el trabajador en el régimen voluntario.

Dicho lo anterior, el Convenio Complementario subsana esta violación al derecho del trabajador, pues en su artículo segundo (y el más importante) refiere que para efectos del cálculo de los periodos de cotización para la obtención de la pensión teórica contemplada en el artículo 7 (supuestos anteriormente analizados) del convenio principal, se deberá aumentar la cantidad que corresponda a los periodos aportados en el seguro voluntario que no hayan sido computados a razón de lo estipulado en el artículo 17, apartado 1 del convenio principal. Por lo que el Convenio Complementario brinda protección mayor a los trabajadores que aportaron por sí mismos al régimen voluntario de la institución correspondiente, es decir a los españoles, porque la legislación mexicana no contempla periodos aportados voluntarios, sino solamente aportaciones voluntarias, que no adicionan periodos.

Continuando con las pensiones por invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada, muerte y supervivencia, se establecen las bases reguladoras que servirán para fijar el cálculo de este tipo de pensiones, estipulando dos vertientes, primera, al establecer que cada país aplicará su propia legislación de la materia para tales efectos y; segundo, cuando todo o parte del periodo de cotización que se considerará para realizar el cálculo de la base de la pensión por parte de la institución concedora, se cuenten con periodos de cotización realizados al sistema de seguridad social del otro país, en este supuesto la institución deberá tomar en cuenta los siguientes criterios para determinar dicha base:

A) Por la parte mexicana:

a) el cálculo se realizará con base en los periodos reales de cotización que el asegurado haya cubierto durante los años que preceden inmediatamente al pago de la última aportación al Instituto Mexicano del Seguro Social.

b) la cuantía de la pensión obtenida será incrementada con el importe de los aumentos y revalorizaciones habidos para cada año posterior y hasta el hecho causante, para pensiones de la misma naturaleza.

B) Por la parte española:

a) el cálculo se realizará en función de las cotizaciones reales del asegurado durante los años que precedan inmediatamente al pago de la última cotización a la Seguridad Social española.

b) la cuantía de la pensión obtenida será incrementada con el importe de los aumentos y revalorizaciones habidos para cada año posterior y hasta el hecho causante, para pensiones de la misma naturaleza.²²

Para efecto de determinar el grado de incapacidad, dentro del convenio se pacta que las

²¹Cfr. *op. cit.*, Artículo 17 apartado 1.

²²Artículo 10.

instituciones competentes encargadas de cada uno de los países deberán tomar en cuenta los informes médicos y la información proporcionada por la institución del otro país para tal hecho. Sin perjuicio a ello, cada una de las instituciones tendrá la facultad para poder designar a un médico para la elaboración del dictamen correspondiente²³.

2. Pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

El convenio en materia de pensiones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no es muy explícito.

Se rescata de esta parte del convenio que el derecho a la pensión derivado de un riesgo de trabajo será determinado conforme a la legislación del país donde el trabajador se hallase sujeto al producirse el accidente o se haya generado la enfermedad.

Además, las enfermedades profesionales deberán seguir las siguientes reglas:

1° En el supuesto de que el trabajador haya realizado la actividad que le provocó la enfermedad profesional de manera sucesiva y alternativa estando sujeto a la legislación de una y otra Parte Contratante, sus derechos se determinarán de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante a la que el trabajador hubiera estado sujeto en último lugar por razón de dicha actividad. [...]

3° Si después de haber sido reconocida una pensión de invalidez por enfermedad profesional por la Institución competente de una Parte Contratante, el interesado ejerciere una actividad susceptible de agravar la enfermedad profesional que padece estando sujeto a la legislación de la otra Parte Contratante, la Institución competente de la primera continuará abonando la pensión que tenía reconocida sin tener en cuenta la agravación con arreglo a lo dispuesto por su legislación.²⁴

En la parte final de este apartado se plasma que, si existiere una incapacidad derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional para efectos de la valoración de la incapacidad, se deberán tomar en cuenta las secuelas de anteriores accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, aun cuando estas se hayan producido estando asegurado por la legislación del otro país.

Cabe señalar que en el convenio se desarrollan las modalidades de pago que las instituciones podrán utilizar para efectos de cumplir con las transferencias económicas de los trabajadores pensionados que se beneficien de este convenio, resaltado la colaboración administrativa de las instituciones encargadas para poder hacer efectivo este compromiso internacional.

Por último, dentro del convenio bilateral se plasman las atribuciones con las que contarán las autoridades competentes involucradas en este compromiso internacional, y lo referente a la solución de controversias, donde se pacta que *las autoridades competentes de cada una de las Partes Contratantes resolverán, de común acuerdo, las diferencias que en la interpretación y en aplicación del presente Convenio y de los Acuerdos Administrativos*

²³ Artículo 12.

²⁴ Artículo 15.

*que al respecto se celebren, pudieran suscitarse*²⁵.

Desde la óptica jurídica, es de suma importancia la firma de convenios bilaterales como el analizado; sin embargo, no se encuentran cifras oficiales por parte del Instituto Mexicano de Seguridad Social o en su defecto por la Secretaría de Relaciones Exteriores de cuántos connacionales se han beneficiado del convenio celebrado por los dos Estados, que nos permitan conocer la magnitud del alcance de este tipo de compromisos internacionales.

A pesar de ello, este acuerdo internacional da pauta para que tanto las instituciones de seguridad social de ambas naciones, así como los trabajadores, gocen de una certeza jurídica respecto de sus contribuciones y derechos que deviene de la seguridad social y por supuesto, exista una coordinación institucional entre los organismos competentes garantizando de forma plena las prestaciones que devienen de este derecho humano.

V. CONCLUSIONES

Como se ha podido observar, a lo largo del análisis de este artículo, el convenio de seguridad social entre México y el reino de España y su respectivo convenio complementario constituyen una fuente importante de Derecho Internacional de la Seguridad Social, así como una herramienta eficaz para garantizar una migración regular, donde los trabajadores pueden extender su cobertura de seguridad social de un país al otro.

Sin duda, existen retos que debería abordar un nuevo convenio entre estos dos países, por ejemplo: el hecho de que México hiciera una gran reforma al sistema de pensiones de los trabajadores al servicio del Estado, pasando de un sistema de reparto al sistema de capitalización individual, permite actualmente que sin ningún problema pudieran ser incorporados a este convenio.

Uno más es la falta de prestaciones para la atención a la salud, ya que el convenio analizado no es explícito por cuanto a las prestaciones en especie, solo se limita a prestaciones de naturaleza económica, dejando a cada legislación de los países parte del convenio la regulación del otorgamiento de estas prestaciones a los trabajadores conforme al marco normativo aplicable. Y por supuesto para el caso de México, la ratificación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es un tema pendiente, pues abriría las puertas para que las personas se encuentren protegidas por las prestaciones económicas de seguridad social de este convenio, permitiéndoles contabilizar las aportaciones que han realizado a los sistemas nacionales de seguridad social de alguno de los 11 Estados que han firmado este convenio.

Asimismo, establecer un convenio en atención a la salud garantizaría una protección al derecho de la seguridad social de los trabajadores y sus beneficiarios que radiquen de manera temporal en ambos países, protegiéndoles de este derecho humano vital para la obtención de una mayor calidad de vida.

²⁵ Artículo 24.

Recibido: 10.12.2018. Aceptado: 26.12.2018.

EL CONVENIO BILATERAL HISPANO-MARROQUÍ DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU APLICACIÓN

THE BILATERAL HISPANO-MOROCCAN SOCIAL SECURITY AGREEMENT
AND ITS APPLICATION

Dr. MOHAMED SAAD BENTAOUET

Investigador en Derecho Internacional y en Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla

RESUMEN

El tema de los sistemas de pensiones y su impacto en los ingresos de las personas mayores es crucial en todo el mundo y en especial en los países en desarrollo. Desde 1960 Marruecos había iniciado negociaciones sobre la seguridad social con varios Estados. La necesidad de esos pactos surgió de la importancia de la comunidad marroquí en el extranjero, que creció especialmente después de los años 50 por la demanda de mano de obra por parte de algunos Estados europeos. Esa comunidad evolucionó y se extendió a otros Estados, como España, a finales de los 70 y principios de los 80. Marrueco se inclinó en ese momento como hizo ya en fechas anteriores por la firma de convenios bilaterales, ya que permiten coordinar las legislaciones sociales de los dos países, y garantizan una mayor seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Convenio bilateral, inmigración, pensión de viudedad, poligamia.

ABSTRACT

The issue of pension systems and their impact on the incomes of the elderly is crucial throughout the world and especially in developing countries. Since 1960 Morocco had started negotiations on social security with several States. The need for these agreements arose from the importance of the Moroccan community abroad, which grew especially after the 1950s due to the demand for labor by some European states. This community evolved and spread to other States, such as Spain, in the late 70's and early 80's. Morocco was inclined at that time as it did in previous dates for the signing of bilateral agreements, since they allow coordinating the social legislations of the two countries, and guaranteeing greater legal security.

KEYWORDS: Bilateral agreement, immigration, widow's pension, polygamy.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA COMUNIDAD MARROQUÍ EN ESPAÑA Y SU ORDENAMIENTO JURÍDICO

III. LA POLIGAMIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EL TRATO QUE RECIBE EN LOS TRIBUNALES

IV. EL TRIBUNAL SUPREMO DICTA QUE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD SE REPARTE ENTRE DOS VIUDAS EN APLICACIÓN DEL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS.

V. EL ACUERDO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS DE 1979

VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social representa un objetivo social, un ideal social. Considerando una estructura de la Sociedad tal, que cada miembro goce del máximo bienestar material compatible con los recursos potenciales de la producción¹.

Supone por lo tanto la configuración de un sistema o conjunto de elementos conexos orientados hacia un resultado de protección social integral del individuo. Aunque las normas jurídicas que rigen la protección social están contenidas en los diversos códigos nacionales, en particular el Código de la Seguridad Social, las convenciones internacionales son fuentes importantes para la ley aplicable cuando se trata de determinar qué derechos puedan valer a los extranjeros en un país u otro.

Debido a la primacía del derecho internacional², las disposiciones contenidas en los convenios internacionales bilaterales o multilaterales deben prevalecer sobre las disposiciones contrarias del derecho interno: por lo tanto, sobre la base de esos acuerdos, se puede otorgar a los extranjeros derechos que se les nieguen por leyes y reglamentos³ internos del país receptor. Ante la necesidad de coordinar las legislaciones sociales de dos países, nacen los Convenios bilaterales, que se consideran los primeros mecanismos y núcleo originario del Derecho internacional de la Seguridad Social. Y se han destacado como los medios que producen mayor seguridad jurídica y un mayor nivel de eficacia.

La finalidad que los Estados persiguen al suscribir Convenios bilaterales de Seguridad Social⁴ no es otra que la de amparar a sus nacionales que emigran a otros países y, al mismo tiempo, a los extranjeros de dichos Estados que se encuentren en su territorio, y ello mediante el establecimiento de reglas de conexión que no exijan tener que establecer un régimen común de Seguridad Social.

Sin embargo, no es demasiado frecuente la celebración de Convenios bilaterales de Seguridad Social entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, aunque en este caso el Estado español representa un caso excepcional⁵ por la cantidad de Convenios bilaterales suscritos con países en desarrollo, siendo uno de los que más

¹ JOSÉ GASCÓN Y MARÍN: *Los planes de Seguridad Social; de la Beneficencia de Seguro*, Madrid, Publicaciones del I. N. P., 1944; pp. 80 y 87.

² MIAJA DE LA MUELA, A., "La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho Internacional y Derecho Comunitario europeo", *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 1, Nº 3, 1974, págs. 987-1030.

³ Chapitre 3, Les conventions internationales en matière de protection sociale, Guide de la protection sociale des étrangers en France, Disponible en <https://www.gisti.org/doc/publications/1997/social/chapitre-3.html> (fecha de consulta 29 de noviembre de 2018).

⁴ ARRIETA IDIAKEZ, F., J., (coord.); MANRIQUE LÓPEZ, F., LLAMOSAS TRÁPAGA, A., LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *La seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, 2014. También SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L., *Los convenios bilaterales de Seguridad Social en el Derecho Español*, D.L.2008.

⁵ SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L., "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 47, 2003 (Ejemplar dedicado a: Derecho social Internacional y Comunitario), p.18.

Convenios⁶ tiene firmados en materia de Seguridad Social. El Convenio bilateral sobre Seguridad Social entre España y Marruecos⁷ se considera el “más antiguo” de los vigentes en España, firmado el 8 de noviembre de 1979, entró en vigor el 1 de octubre de 1982 y ha sido modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998⁸.

Marruecos es, por muchos motivos, una prioridad para la política exterior española. España es el único país europeo con presencia territorial en el norte de África y, en consecuencia, con frontera terrestre con Marruecos⁹.

Esa proximidad geográfica, aparte de la intensa agenda bilateral entre los dos países, sumada a la presencia de una importante comunidad marroquí en España, ha obligado a los dos reinos a entenderse, y a mantener un clima estable en sus relaciones bilaterales en la última década¹⁰. Sin embargo, a pesar de ese buen momento a nivel político y económico, aún falta mucho por hacer en el plano social y humano.

Entre las poblaciones de los dos vecinos existen grandes niveles de desconocimiento mutuo, que se extiende a sus elites y dirigentes. Si se quiere consolidar la buena relación actual, hace falta dedicar más atención y esfuerzo a construir más puentes entre ambas sociedades¹¹.

II. LA COMUNIDAD MARROQUÍ EN ESPAÑA Y SU ORDENAMIENTO JURÍDICO

Los Estados europeos tienen una larga tradición en el campo de la inmigración, si bien su forma y dinámica varía sustancialmente entre los países y en el tiempo. En los años cincuenta se produce el primer cambio cuando los Estados de la Europa Central, como Francia, los Países Bajos, o Bélgica¹², empiezan a recibir una inmigración masiva de

⁶ Ha firmado con países como: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Filipinas, Marruecos, México, Paraguay, Perú, Ucrania, Uruguay o Venezuela, entre otros.

⁷ MARQUEZ PRIETO, A., “El convenio de seguridad social con Marruecos y las prestaciones no contributivas Al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1998”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº.5, 1998, pp.1683-1686

⁸ Protocolo Adicional al Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos modificando el Convenio General de Seguridad Social entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979, hecho en Rabat el 27 de enero de 1998.

⁹ Marruecos sigue reivindicando la soberanía de Ceuta, de Melilla, del Peñón de Vélez de la Gomera, del Peñón de Alhucemas y de las Islas Chafarinas, y es uno de los temas espinosos que brotan de vez en cuando en la relación de los dos Estados, para más información véanse PÉREZ, A., “La reclamación marroquí de Ceuta y Melilla”, *Grupo de Estudios Estratégicos (GEES)* 3 de diciembre de 2010, disponible en <http://www.gees.org/articulos/la-reclamacion-marroqui-de-ceuta-y-melilla> (fecha de consulta el 29 de noviembre de 2018).

¹⁰ DEL VALLE GÁLVEZ, A., “España-Marruecos: una relación bilateral de alto potencial conflictivo, condicionada por La Unión Europea - Panorama con propuestas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº. 14, 2007.pp.5-7

¹¹ AMIRAH FERNÁNDEZ, H., “España-Marruecos: relación dinámica, vecindad compleja”, *Política Exterior*, nº. 49, primavera 2016. Disponible en <https://www.politicaexterior.com/articulos/afkar-ideas/espana-marruecos-relacion-dinamica-vecindad-compleja/> (fecha de consulta el 25 de noviembre de 2018).

¹² Francia el antiguo convenio firmado el 9 de julio de 1965 (la nueva convención es de 22 de octubre de 2007). Bélgica el convenio antiguo es de 24 de junio de 1968 (la nueva Convención es de 18 de febrero de 2014) Países Bajos la convención es de 14 de febrero de 1972.

trabajadores extranjeros. En España, el fenómeno de la inmigración es más reciente en comparación con sus vecinos europeos. No sería hasta el año 1985, cuando conozca un crecimiento de los flujos migratorios, que ha llevado a que en un breve lapso de tiempo, la composición de la sociedad española se ha ido asemejando a grandes pasos a la que presenta desde hace ya unas décadas algunos miembros de la Unión Europea. Según los últimos datos disponibles, la población extranjera residente en España está en torno a 4572055 persona aproximadamente.

Entre los efectos sociales más relevantes de esos procesos de migración están los retos y dificultades de la integración de esas personas en la sociedad de destino, no sólo a nivel socioeconómico o político, sino también desde el plano cultural. La coexistencia de diversas culturas en una misma sociedad trae desafíos para la convivencia armónica al interior de ella y para la generación de relaciones equitativas entre los distintos grupos sociales¹³.

El colectivo originario de Marruecos¹⁴, con 682.515 personas ocupa el primer puesto en la lista de los extranjeros actualmente establecidos en España¹⁵. La comunidad marroquí en lo general es muy aferrada a sus tradiciones, mantienen estrechos lazos con el lugar de origen. Sus relaciones con la sociedad española en algunos casos, aunque no de forma generalizada, parecen producirse en un cierto encerramiento.

A pesar de la larga historia que une a estas dos sociedades hay un profundo desconocimiento de uno y otro lado del Estrecho. Son sociedades tan cercanas pero al mismo tiempo tan lejanas. La dificultad de la lengua, y el distanciamiento ha profundizado los prejuicios y los estereotipos¹⁶ y alimentó durante largo tiempo los “malentendidos y aprensiones colectivas”¹⁷.

La identidad de la familia marroquí se construye en torno a lo religioso, cuya estructura, funcionamiento e interacciones entre hombres y mujeres, están en gran medida influenciados por el Islam¹⁸. La familia marroquí al llegar al país de acogida su “modelo

¹³ GÓMEZ CAMPELO, E., “El derecho de familia ante la multiculturalidad: una expresión compleja de globalización social”, *Revista Internacional de Economía y Gestión de las Organizaciones*, vol.4, nº.1, 2015.pp.97-98.

¹⁴ Según las cifras disponibles los marroquíes afiliados a la seguridad social en España se situaron a finales de noviembre de 2017 en 230.614 personas, según indicó el Ministerio español de Empleo y Seguridad Social.

¹⁵ Los datos se han tomado del Instituto Nacional de Estadísticas, datos provisionales publicados el 25 de junio de 2018 y pueden consultarse en https://www.ine.es/prensa/cp_e2018_p.pdf (fecha de consulta 30 de noviembre 2018).

¹⁶ GONZÁLEZ FALCÓN, I. y ROMERO MUÑOZ, A. “Prejuicios y estereotipos hacia las familias inmigrantes en la comunidad educativa. Repercusiones en la relación familia-escuela”, en Francisco Javier García Castaño, y KRESSOVA, N. (coord.) *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, 2011, pp. 1565-1574.

¹⁷ Esa expresión la encontramos en el Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 4 de julio de 1991, Principio General 8: “...las dos Partes se esforzarán en promover un mayor y más fuerte conocimiento mutuo, al objeto de eliminar viejos malentendidos y aprensiones colectivas que impiden una mejor comprensión entre sus sociedades y pueblos” (...) desarrollar una nueva filosofía en sus relaciones de cooperación (...) movilizar toda la fuerza y creatividad de sus sociedades en la búsqueda de un nuevo lenguaje común de cooperación”.

¹⁸ LLORENT-BEDMAR V., TERRÓN CARO, M.T., “La inmigración marroquí en España género y educación”, *ESE: Estudios sobre educación*, nº. 24, 2013, p.38.

de familia se transforma”¹⁹, sumergiéndose en un proceso de préstamo de aspectos de la vida cultural y material de los distintos grupos que coexisten. Sin embargo, aún quedan algunas concepciones que generan a veces un conflicto entre los valores y modos de organización de la sociedad de acogida, incluso a veces puedan ser incompatibles con el respeto de los principios fundamentales de igualdad y de libertad, garantizados por la Constitución española de 1978²⁰ y por la normativa convencional internacional y europea sobre derechos fundamentales²¹.

El hecho de que Marruecos sea un Estado confesional, y que la *Sharia* se caracterice por contener auténticas normas jurídicas en materia de familia, implican que el Código de familia marroquí deba ser fiel a la tradición, adecuándose en su articulado a las prescripciones de la religión islámica en esta materia²². Ese ordenamiento jurídico es muy diferente al de los países miembros de la Unión Europea y por supuesto al de España. Y genera por lo tanto ciertos tipos de conflictos interculturales de Derecho de Familia, como en el caso del matrimonio poligámico.

La poligamia, como es sabido, aún permanece vigente en la *sharía* islámica y en determinados países africanos y asiáticos. Es admitida por la mayoría de las legislaciones de Derecho de Familia de los Estados islámicos, en virtud de la cual un hombre, según lo “preceptuado” en el Corán, puede contraer matrimonio hasta con cuatro mujeres a la vez, pero no a la inversa. La reglamentación coránica sobre la poligamia se encuentra estipulada fundamentalmente en la *Aya* de la *azora Las mujeres*: 4:3. Lo primero que cabe destacar es que, como bien aparece encabezando la aleya 4:3, la poligamia es una institución que se establece con la finalidad principal de tratar a los huérfanos con mayor justicia social (4:3.- “Y si teméis no ser justos con los huérfanos... Casaos entonces, con quien queráis de entre las mujeres, con dos, tres o cuatro; pero si os teméis no ser justos... entonces con una sola...” Para entender estas líneas es necesario situarnos en el contexto socio-histórico de Medina del siglo VII, en donde los distintos conflictos bélicos entre tribus llevaban aparejados un elevado índice de mortalidad masculina y ello, a su vez, provocaba un número considerable de viudas y huérfanos que quedaban sin protección económica ni social. El inciso “...si os teméis no ser justos... entonces con una sola” ha sido interpretado como una prohibición

¹⁹ LOSADA CAMPO, T. “Aspectos socioculturales de la inmigración marroquí en España: la familia, el Islam. La segunda generación”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2, 1998, pp. 97-108.

²⁰ Artículo 14: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

²¹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (CEDH) no rechaza la poligamia, que puede entenderse incluida en el concepto de “vida familiar” (art. 8), pero el Tribunal reconoce la facultad de los Estados de preservar su cultura monógama, por considerarlo un fin legítimo incluido en el de la protección de la moral o los derechos y libertades de otros. Señalado en SOTO MOYA, M., “Mujer inmigrante marroquí: reagrupación familiar”, en La situación jurídica familiar de la mujer marroquí en España, *Instituto Andaluz de la Mujer*, Sevilla, 2008, p. 147.

²² CERVILLA GARZÓN, M., D., “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, *Cuadernos de derecho trasnacional*, vol.10, nº.1, 2018, pp. 144-163.

implícita de la poligamia, porque se considera imposible que el marido pueda por igual a sus esposas tanto afectiva como económicamente²³.

La poligamia, lejos de las manipulaciones y las tergiversaciones machistas, originariamente apelaba a la solidaridad que debe existir entre los creyentes musulmanes, pues incita al hombre a acoger dentro de su familia a una viuda con los hijos nacidos de su anterior matrimonio o a las huérfanas en calidad de esposa como la única forma viable-en su momento- de proporcionarles el sustento y la vivienda y evitarles, así, una vida de estrecheces y exclusión²⁴

Por lo tanto el tema de la poligamia debe entenderse a la luz de las obligaciones de la comunidad hacia los huérfanos y las viudas²⁵. La idea primordial es cubrir una necesidad social en situaciones en las que han quedado viudas con hijos a su cargo, solucionado con este instrumento jurídico un problema social concreto. Teniendo en cuenta que después de varios siglos es cuando apareció la pensión de viudedad²⁶ según DÍAZ AZNARTE su origen se sitúa en un contexto social en el que la mujer no se encontraba masivamente incorporada al mercado laboral y por tanto, en el momento del fallecimiento del cónyuge, necesitaba la intervención del sistema de protección social para su subsistencia²⁷. Por sorprendente que parezca, la cuestión de la poligamia en el Corán tiene más parecido con la Seguridad Social que con el harén y la visión estereotipada que tiene en Occidente.

La práctica de la poligamia en Marruecos de momento no está prohibida, sin embargo, resulta muy difícil de practicar -o casi imposible- tras la última reforma del Código de Familia Marroquí (artículos 40 a 46 de la *Mudawana*)²⁸, el cual establece importantes restricciones a la posibilidad de contraer matrimonio con más de una mujer: Deberá estar sometida en primer lugar al visto bueno previo de la primera esposa, la cual podrá incluir en el pacto matrimonial una cláusula que la prohíba. El varón deberá respetar la

²³ RIOSALIDO GAMBOTTI, I., *Compendio de Derecho islámico*, Madrid, 1993. p. 111, también HODGKINSON, K., *Muslim Family Law*, Londres, 1984, p. 95.

²⁴ PÉREZ BELTRÁN, C., "Regulaciones pacíficas de género en el Corán", en MOLINA RUEDA, B. MUÑOZ MUÑOZ, F.A., (coord), *Cosmovisiones de paz en el Mediterráneo antiguo y medieval*, 1998, pp. 319-320.

²⁵ VALENCIANO SAL, A., Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones la pensión de viudedad, "su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 109, 2011, pp. 111-142.

²⁶ En cuanto a la evolución histórica el primer referente sobre la pensión de viudedad en nuestro ordenamiento jurídico, lo encontramos en la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900, donde se reconocía del derecho de la viuda a percibir una indemnización en caso de fallecimiento del trabajador en accidente de trabajo, ya que, era el que ocupaba del sostenimiento económico de la unidad familiar, Esa ley Llamada la Ley Dato por el Ministro de Gobernación Eduardo Dato. Pero el origen de las prestaciones familiares, en el marco de los Seguros Obligatorios surge de la Ley, de 18 de julio de 1938 por la que se creó un subsidio familiar que incluía a todos los trabajadores que prestaran servicios por cuenta ajena. BONACHE MIRALLES, J., "La pensión de viudedad en España análisis crítico de la regulación actual", *Anales de Derecho*, vol.35, nº.1, 2017.

²⁷ DÍAZ AZNARTE, M. T., "Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad? GARCÍA CASTAÑO, J., KRESSOVA, N., (coord.) *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, 2011, p. 763.

²⁸ Reino de Marruecos, Ministerio de Justicia, Dirección de Legislación. Disponible en <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/Code%20de%20la%20Famille.pdf> (fecha de consulta el 30 de noviembre de 2018).

igualdad de trato entre las esposas. Y por ello, además de informar a la primera esposa también tendrá la obligación de informar a la futura esposa. En segundo lugar, el hombre debe aportar las causas objetivas y excepcionales que justifican el nuevo matrimonio y pedir la autorización de un juez que determine si el marido tiene recursos económicos suficientes para otorgar a la segunda mujer e hijos el mismo trato digno que a la primera esposa. En caso de que la autorización sea favorable y la primera esposa no esté dispuesta a formar parte de esa unión, podrá pedir el divorcio y tendrá derecho a ser resarcida.

III. LA POLIGAMIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EL TRATO QUE RECIBE EN LOS TRIBUNALES

La presencia de una población inmigrante extranjera y de confesión musulmana asentada en España plantea una problemática específica en Derecho Internacional Privado, y en otras disciplinas jurídicas, que no son ajenas al hecho cultural de su procedencia ni al establecimiento de relaciones privadas internacionales. Una de las prácticas que tan opuesta al orden público europeo y que genera un feroz rechazo es la poligamia. El matrimonio poligámico contradice derechos y principios constitucionales del ordenamiento jurídico español: la igualdad y la libertad (art. 1), la dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), la igualdad y no discriminación (art. 14), y el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, igualdad de los contrayentes antes, durante y tras la celebración del matrimonio (art. 32)²⁹.

Las autoridades españolas en materia civil se han pronunciado sobre este tipo de matrimonio, al tiempo que la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) consolidaba una doctrina de rechazo³⁰ y censura que distingue dos perspectivas. Desde la óptica de los nacionales españoles, se niega toda posibilidad de que un español contraiga matrimonio con un extranjero casado, ya que ello atentaría a la dignidad constitucional de la persona y a la concepción española del matrimonio³¹. Desde la perspectiva de los extranjeros nacionalizados españoles que anteriormente hubieran contraído matrimonio poligámico válido bajo su primitiva ley personal, se rechaza su inscripción en el Registro Civil español, sustentándose tal negativa en idéntico argumento que la anterior³².

En el primer supuesto, porque el ordenamiento español no reconoce capacidad matrimonial a quien esté ligado con vínculo matrimonial (art. 46.2 Cc). En el segundo, porque la inscripción de un matrimonio en el Registro Civil español requiere que éste

²⁹ LABACA ZABALA, M.L., "El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español", *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, n.º. 14, 2008.

³⁰ BLASCO RASERO, C., "La aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º. 121, 2013, pp. 80-82.

³¹ JUÁREZ PÉREZ, P., "Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º.23, 2012, pp. 13-14.

³² ASÍN CABRERA, M^a. A., "La práctica judicial española ante la diversidad multicultural de las relaciones familiares", *Anuario CIDOB de la inmigración*, n.º. 2015, (Ejemplar dedicado a: Flujos cambiantes, atonía institucional), pp. 301-328.

sea válido para ordenamiento local³³. No es posible proceder a la inscripción de los referidos matrimonios poligámicos por concurrir el impedimento de ligamen, que si bien en estos supuestos habría que aplicar el estatuto personal de los contrayentes (ley nacional), “la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12-3 CC) que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer”.

La poligamia, además de contravenir el principio de igualdad entre los cónyuges, se trata de unas de las conductas tipificadas como “Delitos contra las relaciones familiares”, expresamente prevista en el Capítulo I del Código Penal español bajo la rúbrica “De los matrimonios ilegales” y más específicamente en el artículo 217, según el cual: “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina española, el delito de bigamia se considera cometido en “territorio español”, a los efectos del artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 8 del Código Civil, cuando un sujeto está vinculado por un matrimonio que es válido en España, sea cual sea el país de su celebración y, no obstante, contrae otro matrimonio que es, en principio, aunque solo aparentemente, también válido en España.

En lo que se refiere a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en lo general reconoce a los extranjeros el disfrute de los derechos y libertades recogidos en el Título I de la Constitución, y determina que su ejercicio ha de realizarse “en condiciones de igualdad con los españoles” (art. 3.1). Sin embargo, el mismo precepto inmediatamente especifica que su interpretación debe hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y demás tratados internacionales vigentes para España en esta materia, y advierte de que en el ejercicio de tales derechos fundamentales, los extranjeros no podrán alegar “la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas” (art. 3.2).

En lo que respecta la concesión de la reagrupación familiar, el marco jurídico regulador de esta cuestión lo integran la LO 4/2000, (artículos del 16 al 19), Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (artículos del 52 al 58). La regulación esencial que esta normativa recoge respecto de la poligamia es la siguiente: reconoce la existencia de familias poligámicas y permite reagrupar a cualquiera de los cónyuges, pero sólo a uno de ellos.

Añadido a lo señalado anteriormente, las solicitudes de nacionalidad española presentadas por extranjeros que practican la poligamia lo habitual de la jurisdicción

³³ En este punto, señala la DGRN que resulta “evidente que una inscripción de matrimonio en el Registro español no puede reflejar que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace”.

contenciosa es la denegación sistemática de las solicitudes³⁴ al no cumplir con el requisito del “suficientemente grado de integración en la sociedad española” (art. 22.3 CC). Este requisito constituye justamente el caballo de batalla de las mencionadas solicitudes, mayoritariamente denegadas por considerar los tribunales que la condición de polígamo resulta incompatible con la adaptación a la cultura y costumbres españolas que debe acreditar todo aspirante a nacional del Estado español.

Sin embargo, en el orden social se han reconocido ciertos efectos legales a la poligamia, rompiendo de este modo con el firme rechazo, hacia esta institución, demostrado en otros órdenes jurídicos. Las soluciones otorgadas por la jurisprudencia española a la concesión del derecho de pensión de viudedad, solicitado por las esposas supérstites tras el fallecimiento del trabajador extranjero en España, han sido divergentes y no existía, por consiguiente, una posición jurisprudencial ni doctrinal unánime al respecto se puede diferenciar entre 3 soluciones³⁵:

La primera de ellas consiste en reconocer la pensión solamente a la primera esposa del varón polígamo. La pensión de viudedad sólo corresponde, y por entero, a la primera esposa del varón polígamo, ya que el segundo matrimonio se considera nulo para el Derecho español y no produce ningún efecto jurídico³⁶. Esta solución la encontramos en las resoluciones judiciales, (STSJ Cataluña, Social, 27 septiembre 2017 [poligamia y matrimonio en Senegal]; STSJ Cataluña, Social, 25 abril 2016 [matrimonio celebrado en Gambia], STSJ Cataluña núm. 5255/2003, Social, 30 julio 2003 [esposas gambianas].

La segunda tesis reparte la pensión de viudedad entre las diferentes esposas en proporción al tiempo que permanecieron casadas con el varón. Esta segunda postura, sostiene que debe repartirse la pensión de viudedad española entre las esposas del fallecido en proporción al tiempo que permanecieron casadas con fallecido (STSJ Madrid núm. 456/2002, Social, 29 julio 2002)³⁷.

La tercera y mayoritaria, reconoce la pensión por partes iguales a todas las esposas del varón polígamo. Esta tesis la encontramos en la sentencia (STSJ Madrid 29 julio 2002 [esposas marroquíes]; Sent. Juzgado Social núm.3 La Coruña 13 julio 1998, confirmada

³⁴ La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de septiembre de 2017 deniega la adquisición de la nacionalidad española a un ciudadano de la República de Guinea por polígamo, al no cumplir con el requisito del “suficientemente grado de integración en la sociedad española” (art. 22.3 CC), dando la razón así a la DGRN. CASTELLANOS RUIZ, M^a. J., Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10, N^o. 1, 2018, pp. 94-126.

³⁵ VALVERDE MARTÍNEZ, M.J., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n^o.2. 2018, pp.722-723. También JUÁREZ PÉREZ, P., “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?” *op cit*, pp. 38-39.

³⁶ STSJ Cataluña, Social, 27 septiembre 2017 [ECLI: ES: TSJCAT: 2017:9230]; STSJ Cataluña, Social, 25 abril 2016 [AS 2016\879]; STSJ Cataluña, Social, 30 julio 2003 [AS 2003\3049]; STSJ Com. Valenciana Social, 6 junio 2005 [AS 2005\2454].

³⁷ STSJ Madrid, Social, 456/2002, de 29 julio 2002 [AS 2002\3324].

por la STSJ Galicia, Social, 2 abril 2002 [esposas senegalesas], STSJ Andalucía 30 enero 2003 [esposas marroquíes]³⁸.

Esta tercera solución es preferible, por varios motivos: preserva la seguridad jurídica internacional y la igualdad ante la Ley, cubre las necesidades sociales de todas las mujeres que eran legalmente esposas del fallecido, no vulnera el orden público internacional “presupuestario” español, pues no perjudica a las arcas públicas del Estado español, ya que la pensión a pagar es única y sólo resulta repartida entre las esposas y finalmente, es una solución que se alinea con la recogida en los convenios internacionales firmados por España que abordan el supuesto de múltiples viudas del cotizante³⁹. Esta misma solución es la que adoptó el Tribunal Supremo el 24 de enero de 2018 como vamos a comprobar en el siguiente apartado.

IV. EL TRIBUNAL SUPREMO DICTA QUE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD SE REPARTE ENTRE DOS VIUDAS EN APLICACIÓN DEL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho a cobrar la pensión de viudedad a dos esposas⁴⁰ de un ciudadano marroquí⁴¹ polígamo que sirvió para el ejército español en el Sáhara y que percibía una paga con cargo al Estado español.

La pensión sí tenía reconocida la primera esposa, pero no a la segunda. Esta última presentó solicitud ante la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa español, que denegó su petición. Posteriormente, el Ministerio de Defensa, en alzada y con audiencia a la primera esposa del soldado fallecido, desestima nuevamente la solicitud mediante resolución administrativa. Dicha resolución es recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Mediante sentencia de 18 octubre 2016 dictada por el referido tribunal, se desestima el recurso contencioso-administrativo planteado por la interesada al quedar acreditada la situación proscrita de “bigamia” y porque el Real Decreto Legislativo 670/1987 no contempla la pensión de viudedad para casos de pluralidad de cónyuges supervivientes como el presente, puesto que el tenor literal del citado art. 38 se refiere al “cónyuge”, en singular.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) estimó el recurso de casación presentado por la segunda esposa del fallecido contra la sentencia del Tribunal

³⁸ STSJ Madrid Soc., 456/2002, 29 julio 2002 [AS 2002\3324]; STSJ Galicia, Social, 2 abril 2002 [AS 2002\899]; S. Juzg Social 3 La Coruña 13 julio 1998 [AS 2001\1493]; STSJ Andalucía 30 enero 2003 [JUR 2003\96144]; STSJ Andalucía 18 junio 2015 [AS 2015\1520].

³⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa, Barcelona, 2000.

⁴⁰ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad: sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de 24 de enero de 2018, recurso 98/2017”, *Revista digital de real e ilustre Abogados de Zaragoza* (REICAZ), disponible en <http://revista.reicaz.es/numeros-antiguos/n-011/el-matrimonio-poligamico-y-la-pension-de-viudedad/> (fecha de consulta el 30 de noviembre de 2018).

⁴¹ Mohamed Messaud Abderraman (Moutaouikil) sirvió como soldado del ejército español en el Sahara (en el momento del Protectorado en las regiones del sur de Marruecos). Murió en 2013 a los 80 años. Sus dos esposas compartirán 220 euros de pensión según la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018.

Superior de Justicia de Madrid, sin embargo, la sala tercera del Tribunal Supremo no cuestionó la doctrina del TSJM, pero reconoce el derecho a la pensión en favor de ambas viudas al aplicar el Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos. Los jueces consideran que, en este caso, prima el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social, firmado entre España y Marruecos el 8 de noviembre de 1979. La Sala señaló que ese artículo, por la posición jerárquica⁴² que tiene en el ordenamiento jurídico y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución española, "permite que por vía interpretativa" ampliar o extender la condición de beneficiarias en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el fallecido, que percibía una pensión con cargo al Estado español, y que fuesen beneficiarias de la misma según la legislación marroquí.

El argumento decisivo es que el orden público internacional no opera contra el ordenamiento español. El orden público produce efectos respecto del Derecho foráneo que se pretende aplicar en España en virtud de la ley personal de un extranjero. Pero no se puede invocar contra el propio ordenamiento español, el cual ha dado respuesta a esta cuestión. El art. 23 del Convenio en materia de Seguridad Social Hispano-Marroquí establece: "*La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación*". Por consiguiente, en el convenio bilateral de España con Marruecos se ha previsto el problema que puede surgir con las viudas de los polígamos, reconociendo a estos efectos el vínculo matrimonial existente, acordando que la pensión de viudedad se reparta por partes iguales entre las viudas.

Por ello, el tribunal concluye el 24 enero de 2018 que la situación de poligamia del fallecido "no impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español".

A pesar del fallo a favor, la sentencia del Supremo cuenta con un voto particular⁴³ que discrepa de la interpretación realizada, considerando que la poligamia se asienta sobre una base constitutiva de delito.

En relación con el caso que nos ocupa, Valverde Martínez y Carrascosa González creen que debe rechazarse el efecto constitutivo del matrimonio poligámico en España, pero

⁴² PODER JUDICIAL "El Tribunal Supremo reconoce el derecho de dos viudas de un soldado marroquí polígamo que sirvió al ejército español en el Sáhara a compartir la pensión de viudedad", 30 de enero de 2018, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-reconoce-el-derecho-de-dos-viudas-de-un-soldado-marroqui-poligamo-que-sirvio-al-ejercito-espanol-en-el-Sahara-a-compartir-la-pension-de-viudedad> (fecha de consulta el 30 de noviembre de 2018).

⁴³ Esta sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 contiene un voto particular formulado por D. José Luis Requero Ibáñez, al que se adhiere D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, negando la aplicación analógica del citado Convenio a una pensión del régimen de clases pasivas. Este voto particular defiende una aplicación restrictiva del citado Convenio argumentando que en caso contrario se reconocería un derecho a favor de alguien que ha estado unido matrimonialmente no ya bajo una forma matrimonial no reconocida en España, sino que se asienta sobre una base constitutiva de delito por ser contrario al sistema de valores que protege el ordenamiento español.

“al mismo tiempo, ese matrimonio válidamente celebrado en Marruecos puede considerarse válido en España a los solos efectos de que las dos esposas puedan cobrar una pensión de viudedad española. Admitir en España un efecto jurídico meramente “periférico” derivado de un matrimonio poligámico válidamente celebrado en Marruecos no produce daño sustancial a la estructura básica y a la cohesión de la sociedad española, como explica la doctrina. Por tanto, dichos efectos jurídicos pueden y deben admitirse en España por no considerarse contrarios al orden público internacional español. Que las dos esposas marroquíes del soldado marroquí cobren la pensión de viudedad con cargo al erario público español a partes iguales, no daña la estructura jurídica fundamental del Derecho español. Es más, se trata de un resultado justo”⁴⁴.

Como hemos señalado que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo falló a favor de las dos esposas del cotizante marroquí polígamo, y las ha considerado beneficiarias, de la pensión de viudedad española. Para calcular el importe que corresponde a cada una de las esposas, el tribunal se basa en el artículo 23 del Convenio hispano-marroquí antes señalado, que acuerda que la única pensión de viudedad que se reconozca se dividirá por partes iguales de acuerdo con la legislación marroquí. Sin embargo, lo sorprendente es que ese Convenio no cubre el “régimen español de clases pasivas”⁴⁵ sino las prestaciones que ofrece el “Régimen General de la Seguridad Social” española según su artículo 2⁴⁶.

V. EL ACUERDO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS DE 1979

En la disciplina de las Relaciones Internacionales, a la hora de analizar el funcionamiento del sistema internacional, una de las vías es la de negociación. Una de las culminaciones de esta vía de la negociación, aunque no la única posible, la constituye la celebración de un tratado.

Los tratados o convenios internacionales han sido considerados siempre por la doctrina, el Derecho internacional consuetudinario o convencional y la jurisprudencia, nacional e

⁴⁴ VALVERDE MARTÍNEZ, M.J., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, *op cit.* p.726.

⁴⁵ Las pensiones de los empleados públicos incluidos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado tienen algunas particularidades respecto del resto de pensiones. Un ejemplo es que la gestión de las pensiones de las clases pasivas la realiza el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y no la Seguridad Social (hasta 2010). El personal incluido en el Régimen de Clases Pasivas del Estado: Funcionarios de carrera y en prácticas de la Administración General del Estado, de la Administración de Justicia, de las Cortes Generales, de otros órganos constitucionales o estatales que lo prevean, y, funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas, Militares de carrera, de las Escalas de complemento, de tropa y marinería profesional y los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares, Ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación y otros cargos.

⁴⁶ Artículo 2.2 del Convenio: A las disposiciones legales sobre los Regímenes Especiales siguientes, por lo que respecta a las contingencias a que se refiere el inciso A, número 1: a) Agrario; b) Del Mar; c) De la Minería del Carbón; d) De Trabajadores Ferroviarios; e) De Empleados del Hogar; f) De Trabajadores independientes o Autónomos; g) De Representantes de Comercio; h) De Estudiantes; i) De Artistas; j) De Escritores de Libros; k) De Toreros.

internacional, como superiores a las normas de Derecho interno, a las que se imponen⁴⁷. Esta jerarquía superior se admite, en numerosos casos de forma explícita, no sólo desde el punto de vista del Derecho internacional cuando lo enuncia claramente, sino aún por parte de los textos constitucionales que admiten tal supremacía surgida de un tratado que ha sido firmado y ratificado por el propio Estado.

Todos los Convenios bilaterales suelen adoptar una estructura formal similar, sin perjuicio de las lógicas diferencias derivadas, sobre todo, de la mayor o menor extensión de su contenido. Eso tratados recogen unas situaciones concretas a proteger, los beneficiarios de las mismas y los mecanismos para reconocer el tiempo cotizado entre los países firmantes: jubilación, incapacidades, viudedad, orfandad... etc. Su ámbito de protección extiende a la familia del asalariado⁴⁸ establecen la regla general de que tales prestaciones serán reconocidas al trabajador por cuenta ajena o al titular de una pensión, de acuerdo con la legislación del Estado en cuyo territorio se ejerza la actividad laboral o de cuyo sistema social sea beneficiario el sujeto, aún en el caso de que los familiares por los que se solicita la prestación residan en el territorio del otro país contratante.

El 8 noviembre de 1979, el Gobierno de España y el Gobierno del Reino de Marruecos, “*resueltos a cooperar en el ámbito social*” y “*afirmando el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los dos países en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos*”⁴⁹ rubricaron un Convenio internacional bilateral sobre Seguridad Social, tendente a coordinar la aplicación, a los nacionales de los dos países, de las legislaciones de España y del Reino de Marruecos. Dicho convenio internacional bilateral se integró en el ordenamiento jurídico español tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 octubre 1982 y entró en vigor el 1 octubre 1982. Este convenio, junto a varios tratados⁵⁰, ha sido firmado después de la vista de Rey Juan Carlos I a Marruecos en junio de 1979⁵¹. Fue aplicado por España desde su ratificación, pero no por Marruecos, que ha tardado un año y medio en aplicarlo⁵².

Este Convenio es aplicable a los trabajadores españoles y marroquíes que estén o hayan estado sujetos a la legislación de la Seguridad Social de uno o de ambos países, así como a sus familiares. Después de su entrada en vigor, este convenio ha sido muy criticado por la Asociación de Españoles Residentes en Marruecos (ADERMA), por

⁴⁷ ESPADA RAMOS, M. L., “El control interno de los tratados internacionales”. *Revista española de Derecho internacional*, vol. XXXII, 1980, p. 13.

⁴⁸ CORREA CARRASCO, M., “La Protección Social en las Relaciones Laborales Extraterritoriales”, disponible en http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/320c3002-5220-49ce-a414-6a64408bdb3a/F_2005_11.pdf?MOD=AJPERES&CVID (fecha de consulta el 25 de noviembre de 2018).

⁴⁹ Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979.

⁵⁰ MARQUINA BARRIO, A. “Las relaciones de España con los estados del Magreb, 1975-1986” en J.TUSELL, J.AVILÉS y R.PARDO (Eds.): *La política exterior de España en el siglo XX* Madrid, Biblioteca Nueva-UNED, 2000, pp.512- 515.

⁵¹ TORREJÓN RODRÍGUEZ, J., D., “Las relaciones entre España y Marruecos según sus Tratados internacionales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº.11, 2006, p. 14.

⁵² DEL PINO, D., “Firmado un acuerdo con Marruecos sobre seguridad social”, *El País*, 10 de febrero 1984. Disponible en https://elpais.com/diario/1984/02/10/economia/445215620_850215.html (fecha de consulta 23 de noviembre de 2018).

considerar que lesiona sus intereses, y que no fueron consultados antes de su firma. ADERMA adoptó esta actitud después de numerosas e infructuosas gestiones llevadas a cabo con los organismos competentes en Madrid con el objetivo de aliviar los problemas que a ellos les causa el citado convenio. Para la Asociación hay varios apartados que lesionan los derechos y los intereses de los trabajadores españoles⁵³ en Marruecos:

1. La desigualdad de prestaciones entre la Seguridad Social española y la marroquí, a la que los españoles residentes en Marruecos se ven ahora obligados a acogerse⁵⁴.
2. En virtud de este convenio, los marroquíes que trabajan en España se puedan acoger al seguro de desempleo, mientras que los trabajadores españoles en Marruecos no pueden hacerlo puesto que tal seguro de desempleo no existe en Marruecos.
3. La pensión máxima en Marruecos, independientemente del salario por el cual se haya cotizado, no sobrepasa jamás y, en ningún caso, las 36.000 pesetas y tiende a bajar en la medida de la devaluación del dirham marroquí.
4. Los trabajadores por cuenta propia no se pueden afiliarse en Marruecos ya que no existen mutualidades laborales para este colectivo.

Lejos de las críticas señaladas por (ADERMA), son varios los datos que debemos tener presentes en lo que se refiere a este Convenio bilateral:

- Para adquirir las prestaciones de carácter contributivo previstas en el Convenio, se pueden sumar los períodos de seguro cumplidos en España y en Marruecos.
- Asimismo, las prestaciones económicas de carácter contributivo se podrán percibir con independencia de que el interesado resida o se encuentre en España o en Marruecos.
- Cada país tendrá que abonar sus propias prestaciones directamente al beneficiario.
- Las personas que reúnan los requisitos exigidos por las legislaciones de ambos países para tener derecho a una pensión contributiva, podrán percibir ésta de cada uno de ellos.

VI. CONCLUSIONES

España se ha convertido en un país de importación de trabajadores procedentes de terceros países, principalmente del Este de Europa, de África, de Asia y de Sudamérica. Estos hechos se traducen en una creciente internacionalización de las relaciones familiares, en las que se manifiesta la concurrencia de concepciones y de modelos de

⁵³ DEL PINO, D., "Los españoles residentes en Marruecos recurren legalmente contra el convenio de Seguridad Social", 11 de diciembre de 1984, señalado en https://elpais.com/diario/1984/12/11/economia/471567619_850215.html, (fecha de consulta 30 de noviembre de 2018).

⁵⁴ Un buen número de españoles que estaban afiliados a la Seguridad Social española, en virtud del Decreto 1075/70, según el cual el Instituto Español de Emigración pagaba la parte correspondiente a la empresa, fueron notificados el día 2 de mayo de 1983, solo tres meses después de entrado en vigor el convenio, por la Dirección General de Emigración, que habían sido dados de baja.

familia muy diversos. Lo que pudiera constituir una fuente de conflictos cuando los ordenamientos jurídicos de esos ciudadanos entran en relación con el ordenamiento jurídico español, aún más si proceden de países confesionales, con una gran presencia de la religión tanto en las sociedades como en sus normativas.

Existe un vínculo muy estrecho entre el Derecho Civil y el Derecho Social y se hace aún más conexo entre el régimen jurídico de la pensión de viudedad y las normas civiles que regulan el matrimonio. Dado que el matrimonio genera un derecho inmediato a la prestación social tras el fallecimiento del causante. Ante algunas situaciones fruto de la multiculturalidad los tribunales españoles tuvieron que extender la pensión de viudedad a ciertas situaciones de poligamia, viudas de cotizantes extranjeros, para no dejarlas desprotegidas por el hecho de que no se reconozca validez a sus matrimonios según la legislación española.

Recibido:01.12.2018. Aceptado:30.12.2018.

**ALGUNOS APUNTES SOBRE EL CONVENIO MULTILATERAL
IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL CONVENIO
DE SEGURIDAD SOCIAL (ESPAÑA-URUGUAY)**

SOME NOTES ABOUT THE MULTILATERAL IBERO-AMERICAN
CONVENTION ON SOCIAL SECURITY AND THE SOCIAL SECURITY
AGREEMENT (SPAIN-URUGUAY)

ADRIANA LÓPEZ LÓPEZ

Docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de la República (Uruguay) - UDELAR

RESUMEN

Se describen los antecedentes y las principales disposiciones del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, calificado como un instrumento de coordinación, amplio y flexible, aplicable a trabajadores de Uruguay y España, los que previamente se encontraban obligados por un convenio bilateral.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, convenio multilateral, convenio bilateral, España, Uruguay.

ABSTRACT

The background and main provisions of the Ibero-American Multilateral Social Security Agreement, described as a broad and flexible coordination instrument, applicable to workers from Uruguay and Spain, who were previously bound by a bilateral agreement, are described.

KEYWORDS: Social Security, multilateral agreement, bilateral agreement, España, Uruguay

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

A. ANTECEDENTES

B. ANÁLISIS DEL CONTENIDO

1. REGLAS GENERALES Y DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

2. DISPOSICIONES PARTICULARES PARA LAS DISTINTAS CATEGORÍAS DE PRESTACIONES

3. MECANISMOS DE COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA. COMITÉ TÉCNICO ADMINISTRATIVO. DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

III. CONVENIO BILATERAL ENTRE URUGUAY ESPAÑA

IV. PRESTACIONES BRINDADAS EN URUGUAY

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

A través de la ley n° 18.560 de 11 de setiembre de 2009¹, Uruguay ratificó el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social².

El convenio fue suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno de Iberoamérica en la Cumbre que se realizó en Santiago de Chile, el 10 de noviembre de 2007³. El Acuerdo de Aplicación de dicho convenio fue aprobado por la VI Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social realizada en Lisboa en setiembre de 2009.

La referencia a este convenio multilateral, es sin perjuicio del análisis del convenio bilateral suscrito entre España y Uruguay, y que fuera ratificado por nuestro país a través de la ley n° 17.112 de 8 de junio de 1999.

II. CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

A. ANTECEDENTES

Antes de entrar al análisis de su contenido interesa señalar cómo se llegó a la celebración de este convenio. Entre sus antecedentes podemos señalar la V Conferencia Iberoamericana de Seguridad Social que culminó con la Declaración de Segovia de setiembre de 2005 donde se reconoce que en Iberoamérica existen más de 40 convenios bilaterales de seguridad social, a la vez que a nivel multilateral, se encuentra vigente el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito⁴ celebrado en 1978 y que fue ratificado por 16 países⁵. A nivel subregional, se citan el Convenio Multilateral de Seguridad Social para Centroamérica de 1967, el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR y su Reglamento Administrativo de Aplicación, ambos de 1997, y la Decisión 583 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que aprueba el Instrumento Andino de Seguridad Social de 2004.

Los Estados participantes de dicha conferencia acordaron entonces elaborar un proyecto de convenio multilateral de seguridad social para Iberoamérica, que debía respetar una serie de principios que pasamos a enumerar: a) igualdad de trato en materia de pensiones; b) inclusión en el campo personal de aplicación del Convenio de los trabajadores que desarrollen una actividad dependiente o no dependiente, de forma legal; c) inclusión en el campo de aplicación material del Convenio de las prestaciones por vejez, invalidez, supervivencia y otras prestaciones económicas; d) aplicación de la

¹ El texto de la norma se encuentra disponible en <http://parlamento.gub.uy> así como en <http://www.impo.com.uy>

² Por un error en la redacción del artículo 1 de la ley n° 18.560, se debió proceder a la modificación de éste mediante la ley n° 18.754 de 24 de mayo de 2011.

³ Fue suscrito por quince países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁴ Un comentario sobre este convenio puede leerse en Dieste, F.; “Tratados de seguridad social firmados por Uruguay” en *La Seguridad Social en el Uruguay*, 2º ed. Octubre 1991, FCU, pág. 457, y en Oiz Márquez, R.; “La seguridad social internacional” en *Temas jubilarios*, Grupo de Investigación de Seguridad Social, Comisión Sectorial de Educación Permanente, 2006, pág. 139.

⁵ Uruguay lo ratificó a través del decreto-ley n° 14.803 de 12 de julio de 1978.

ley del país donde se realiza la actividad laboral; e) garantía de los derechos en curso de adquisición; f) garantía de derechos adquiridos; g) colaboración administrativa y técnica entre las instituciones de los Estados; h) aplicación de las disposiciones de convenios bilaterales o multilaterales en la medida que sean más favorables que las contenidas en este convenio.

Esta iniciativa fue refrendada por la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Salamanca en octubre de 2005 y ratificada en el denominado “Compromiso de Montevideo” suscrito por los mandatarios iberoamericanos en la XVI Cumbre, de Uruguay, en noviembre de 2006, en el apartado 25.k), cuando, entre tales compromisos, se incluyó el de: “Adoptar las medidas necesarias para la pronta y adecuada puesta en vigor del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social y fomentar acuerdo en esta materia, con el objetivo de que los migrantes puedan gozar, en sus países de origen, de los beneficios generados con su trabajo en los países receptores”.

En la VI Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos responsables de la Seguridad Social celebrada en Iquique en julio de 2006, se indican como datos relevantes además de los antecedentes ya mencionados, a los reglamentos administrativos de la Unión Europea 1408/71 y 574/72, y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. En dicho encuentro, se establecen como características básicas del convenio proyectado la amplitud y la flexibilidad, y se dispone la siguiente estructura del convenio: un título I con dos capítulos, uno sobre disposiciones generales y otro sobre determinación de la legislación aplicable, un título II con tres capítulos, uno referido a las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, otro sobre coordinación de regímenes y legislaciones basados en el ahorro y la capitalización y un tercero sobre prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional. Un tercer título referido a los mecanismos de cooperación administrativa, un cuarto sobre el comité técnico administrativo, otro sobre una disposición transitoria y el último sobre disposiciones finales. Se previó la existencia además de cinco anexos sobre: regímenes excluidos; prestaciones excluidas; extensión a otros regímenes o prestaciones por Convenio; convenios bilaterales o multilaterales vigentes; y excepciones entre Estados a la legislación aplicable.

También hay que señalar que durante la cumbre realizada en noviembre de 2007, las autoridades aprobaron un plan de acción que incluía entre otros puntos: “1. *Impulsar el desarrollo de sistemas de protección social integrados, con cobertura universal. Estos sistemas deben contar con financiamiento público y beneficiar a los pueblos de la región sin barreras, ni exclusiones*” así como “31. *Acordar la puesta en marcha de la Iniciativa de Cooperación Iberoamericana “Implantación y Desarrollo del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social (IDCISS)”, gestionada por la SEGIB⁶ y OISS, para permitir la pronta entrada en vigencia de dicho Convenio Multilateral así como, la promoción y coordinación de la negociación de su Acuerdo de Aplicación.”* Y la Declaración de Santiago adoptada durante dicha cumbre expresa que considera necesario: “8. *Avanzar en el desarrollo progresivo de sistemas de protección social de cobertura universal, recurriendo a instrumentos contributivos, no contributivos y solidarios, según sea el caso. En consecuencia con lo anterior y en cumplimiento de los acuerdos de las XV y XVI Cumbres Iberoamericanas, los países miembros adoptan en*

⁶ Secretaría General Iberoamericana.

esta ocasión el texto del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y se comprometen a impulsar los procedimientos internos para su pronta entrada en vigencia. Asimismo, acuerdan instruir a sus representantes técnicos para que inicien a la brevedad la negociación del Acuerdo de Aplicación.”

Por último, debemos señalar que en la exposición de motivos que acompañó al proyecto de ley⁷ por el que Uruguay ratifica el convenio, se indica citando a Adolfo Jiménez⁸, que “Frente a estas situaciones, en el ámbito internacional, los instrumentos que suelen aplicarse para evitar la desprotección de los trabajadores migrantes y de sus familias son los convenios bilaterales y multilaterales. En Iberoamérica, además de los convenios de MERCOSUR y CAN, el número de instrumentos bilaterales existentes apenas alcanza un veinte por ciento de los que se estiman necesarios para cubrir la totalidad de la región, sin perjuicio de que la falta de homogeneidad en la cobertura hace más difícil su aplicabilidad desde una visión de conjunto.”

B. ANÁLISIS DEL CONTENIDO

1. REGLAS GENERALES Y DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE.

El convenio, desde el punto de vista subjetivo, se aplica a las personas sujetas a la legislación de uno o de varios Estados Parte y a sus familiares beneficiarios y derechohabientes. Desde el punto de vista objetivo, se aplica a las prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Se aplica únicamente a los regímenes contributivos de seguridad social, tanto los generales como los especiales (se señala expresamente que no se aplica a los no contributivos ni a la asistencia social así como a los regímenes de prestaciones a favor de las víctimas de guerra). Hay que tener en cuenta que es posible que dos o más Estados partes amplíen el ámbito objetivo del convenio incluyendo prestaciones como las médicas por ejemplo, o regímenes que también han sido excluidos. También lo pueden restringir excluyendo a los regímenes especiales de seguridad social.

Se establece el principio de igualdad de trato entre las personas que desarrollen su actividad en un Estado Parte y los nacionales de dicho estado.

Cuando para acceder a las prestaciones en un Estado Parte se requiera un período mínimo de seguro, cotización o empleo, se tendrán en cuenta los períodos acreditados por la legislación de cualquier Estado Parte, siempre que no sean simultáneos.

Las prestaciones económicas reconocidas por un Estado Parte no estarán sujetas a reducción, modificación, suspensión o retención, excepto las que se deriven de los costos de transferencia, cuando el beneficiario resida en el territorio de otro Estado Parte y las reciba en éste. A la vez las prestaciones reconocidas a beneficiarios que residan en un tercer país, se deben hacer efectivas en las mismas condiciones y con igual extensión que a los nacionales de dicho país.

⁷ Se puede consultar en <http://parlamento.gub.uy>

⁸ Ex-Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

Revalorización de las pensiones. Si un Estado Parte la aplica, debe hacerlo también a las prestaciones causadas al amparo de este convenio aplicando la regla de la proporcionalidad.

Otra cuestión fundamental es la relación entre este convenio y los convenios bilaterales y multilaterales. En primer lugar, este convenio se aplica cuando no existen convenios vigentes entre los Estados Parte. Si existen convenios, se aplican las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario. Los Estados Parte de convenios bilaterales o multilaterales⁹ que estén vigentes, tienen la obligación de informarlos a la Secretaría General Iberoamericana a efectos de su registro, así como a determinar las disposiciones más favorables de éstos, una vez que el presente convenio entre en vigencia. En 2017, en la reunión de la Comisión Jurídica constituida por el Comité Técnico Administrativo del Convenio Multilateral se debatió sobre el procedimiento para comunicar los acuerdos sobre las disposiciones más favorables entre los Estados Parte.

La regla general en cuanto a la legislación de seguridad social aplicable, es que se aplica la del Estado Parte donde se desarrolla una actividad legal, dependiente o no dependiente, que dé lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación de dicha normativa (*lex loci laboris*). Luego se establecen reglas para situaciones especiales:

- a) Trabajador que realice tareas profesionales, de investigación, científicas, etc, y que se traslada temporalmente hasta por un período de 12 meses;
- b) Personal itinerante de empresas de transporte aéreo (no se contempla el transporte terrestre);
- c) Actividad a bordo de un buque en el mar, con una excepción si se trata de un trabajador dependiente.
- d) Trabajadores de una empresa pesquera mixta
- e) Trabajadores que se dedican a la carga, descarga y reparación de buques, y servicios de vigilancia
- f) Miembros del personal de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares
- g) Funcionarios públicos de un Estado Parte (no comprendidos en el literal anterior)
- h) Personal administrativo, técnico y de servicio de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares y que no sean funcionarios públicos. Personas afectadas al servicio privado y exclusivo de los miembros de dichas misiones y oficinas. Estas personas, en tanto sean nacionales del Estado Parte Acreditante, pueden optar en un plazo de tres meses (a partir de la fecha de inicio de la actividad) por la aplicación de la legislación del Estado acreditante o del otro Estado Parte.
- i) Personas enviadas en misiones de cooperación.

Hay que señalar que dos o más Estados Parte pueden establecer excepciones a la regla general como a las especiales.

⁹ Hay que recordar por ejemplo que el Acuerdo Multilateral del Mercosur derogó los convenios bilaterales celebrados entre los Estados Partes.

Seguro voluntario. Si el trabajador estuvo sometido a la legislación de un Estado Parte debido al ejercicio de una actividad como trabajador dependiente o no dependiente, y si está admitida la acumulación, puede ser admitido al seguro voluntario aunque luego esté sometido obligatoriamente a la legislación de otro Estado Parte.

2. DISPOSICIONES PARTICULARES PARA LAS DISTINTAS CATEGORÍAS DE PRESTACIONES.

a) PRESTACIONES DE INVALIDEZ, VEJEZ Y SOBREVIVENCIA

En primer lugar, si un trabajador reúne las condiciones exigidas por la legislación de uno o varios Estados Parte para acceder a una prestación, sin tener que recurrir a la totalización de períodos, accederá directamente a la prestación¹⁰. En caso de tener que solicitar la totalización de períodos cumplidos bajo otras legislaciones, se aplica la siguiente regla: se calcula la prestación teórica, es decir, el importe de la prestación a la que el beneficiario tendría derecho si todos los períodos se hubieran cumplido bajo la legislación de un Estado Parte y luego se calcula la prestación real, esto es, la suma a pagar que surge de calcular la proporción existente entre los períodos totalizados y la duración de los períodos de seguro, cotización o empleo cumplidos bajo la legislación del Estado Parte.

Si se condiciona el reconocimiento, conservación o recuperación del derecho de una prestación, a que la persona estuviera asegurada en el momento en que ésta se genera, se entiende que se cumple con ese requisito si la persona estuviera asegurada según la legislación o percibiera una pensión basada en sus períodos de seguro en otro Estado Parte. Para las pensiones de supervivencia, si es necesario, se tendrá en consideración si el causante estaba asegurado o percibía pensión de otro Estado Parte.

Si para el reconocimiento de una prestación se exige que el período de seguro, cotización o empleo se haya cumplido en un tiempo determinado, inmediatamente anterior al momento de causarse la prestación, se entiende que se cumple con el requisito cuando el interesado acredite la existencia de tal período en un tiempo inmediatamente anterior al de reconocimiento de la prestación en otro Estado Parte. Y por último, si se exige que existan períodos de seguro, cotización o empleo en una profesión o empleo determinados, se tendrán en cuenta los períodos cumplidos en otro Estado Parte en una profesión o empleo similares.

Si una vez realizada la totalización de los períodos, el resultado es superior al período máximo requerido por alguno de los Estados Parte para obtener una prestación completa, dicho Estado debe considerar el período máximo a efectos de realizar el cálculo que describimos en el párrafo anterior. Esto no se aplica cuando la cuantía de las prestaciones no esté en función de los períodos de seguro, cotización o empleo.

¹⁰ Sobre este tema, la Comisión Jurídica del Comité Técnico Administrativo concluyó en 2017 que si bien la persona tiene la opción de solicitar la totalización de períodos, aunque no sea necesario recurrir a este mecanismo, la opción no es aplicable si la pensión sin totalización es superior a la pensión por totalización y prorata. La opinión contraria había sido sostenida en dicha comisión por los representantes de España, Portugal, Uruguay y Brasil.

Si para la determinación de la cuantía de una prestación, se deben considerar los ingresos, las cotizaciones, retribuciones o una combinación de estos elementos, la base de cálculo de la prestación tomará en cuenta únicamente los elementos referidos que correspondan a los períodos de seguro, cotización o empleo acreditados en el Estado Parte de que se trate.

Si la legislación de un Estado Parte prevé la reducción, suspensión o retención de una prestación para aquellos que perciban una pensión y ejerzan una actividad laboral, se aplicará la reducción, suspensión o retención, aunque la actividad se ejerza en el territorio de otro Estado Parte.

Si los períodos acreditados en cada uno de los Estados Parte fueran inferiores a un año, pero aplicando el procedimiento de la totalización se puede adquirir el derecho a una prestación bajo la legislación de algún Estado Parte, se debe aplicar dicho procedimiento. Pero si el período de seguro, cotización o empleo cumplido bajo la legislación de un Estado Parte no alcanza a un año y de esa forma no se alcanza el derecho a una prestación económica en dicho Estado, éste no reconocerá ninguna prestación por dicho período.

Seguro voluntario. Se pueden totalizar los períodos de seguro voluntario con los períodos de seguro obligatorio o voluntario (cubiertos por distintos Estados Parte), siempre que no sean simultáneos. Si coinciden los períodos de seguro obligatorio con los de seguro voluntario, se tienen en cuenta los primeros. Si coinciden dos o más períodos de seguro voluntario, realizados en dos o más Estados Parte, cada Estado toma en cuenta los cumplidos en su territorio. La cuantía de la prestación efectivamente debida será incrementada por el Estado donde se hayan cumplido los períodos de seguro voluntario en el importe que corresponda a dichos períodos que no fueron computados. Si no se puede determinar cuándo determinados períodos de seguro se cumplieron, se presume que no se superponen con los períodos de seguro cumplidos en otros Estado Parte.

b) REGÍMENES DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL.

En este caso las personas financian sus pensiones con el saldo acumulado en su cuenta de capitalización individual. Si dicho saldo es insuficiente para financiar una pensión mínima, en aquellos Estados parte que garantizan tal pensión mínima, el Estado Parte donde se liquida la pensión debe proceder a aplicar el procedimiento de totalización. El mismo derecho se reconoce a los beneficiarios de pensión de supervivencia.

Además los trabajadores pueden aportar voluntariamente al sistema de pensiones de capitalización individual, si la legislación lo permite y durante el tiempo que residan en otro Estado Parte, y si cumplen con la obligación de cotizar de acuerdo a la legislación de este último Estado.

Se establece que los Estados parte pueden (no están obligados) a establecer mecanismos de transferencia de fondos a efectos de la percepción de las prestaciones de vejez, invalidez o muerte.

C) ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

La ley a la que se halla sujeta la persona al momento del accidente o de contraerse la enfermedad determina el derecho a las prestaciones.

3. MECANISMOS DE COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA. COMITÉ TÉCNICO ADMINISTRATIVO. DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES.

Se regulan mecanismos de cooperación administrativa en lo que tiene que ver con la realización de exámenes médicos-periciales, cuando sean requeridos por un Estado Parte a efectos de acceder o mantener una prestación de seguridad social; con el intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados Parte; con los documentos necesarios a efectos del convenio, que no requieren de traducción oficial, visado o legalización en la medida que se tramiten a través de éstas, y con los documentos que acrediten períodos de seguro, cotización o empleo o residencia, que al ser presentados ante las autoridades competentes de un Estado Parte surtirán efecto ante las autoridades de otro Estado Parte; por último se establece que la exoneración o reducción de tributos establecidas por un Estado Parte para la expedición de documentos exigidos por ese Estado, se extienden a la expedición de documentos análogos exigidos por la legislación de otro Estado Parte a efectos de este convenio.

Está prevista la existencia de un comité técnico administrativo integrado por un representante del gobierno de cada uno de los Estados Parte, asistido por consejeros técnicos. Las decisiones adoptadas por éste se encuentran disponibles en <http://oiss.org>

Hay una disposición transitoria por la cual todo período de seguro, cotización o empleo que se acreditó bajo la legislación de un Estado Parte, antes de la aplicación del convenio al Estado Parte interesado, se tomará en cuenta para la determinación de los derechos originados de acuerdo a este convenio.

El Convenio otorga derecho a prestaciones por contingencias que ocurrieron con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de éste. Sin embargo, el pago de las prestaciones tiene los efectos retroactivos previstos en la legislación del Estado Parte que las reconozca y no se hará por períodos anteriores a la fecha de entrada en vigencia del convenio. Con lo cual en caso de una contingencia que ocurrió antes de la entrada en vigencia del convenio, el pago de las prestaciones únicamente se hará para el futuro. Además las prestaciones denegadas o reconocidas (salvo las que se abonaron en una cantidad única) antes de la entrada en vigencia del convenio podrán ser revisadas al amparo de este convenio, a petición del interesado.

Dentro del título de disposiciones finales interesa señalar que las normas de aplicación del convenio se van a fijar en el Acuerdo de Aplicación. Este fue suscrito en setiembre de 2009. El convenio entró en vigencia el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que se depositaron siete ratificaciones¹¹. Y produce efectos entre los Estados, una vez que el Acuerdo sea suscrito por éstos.

¹¹ A noviembre de 2018, y de acuerdo a la información publicada por la Organización Internacional de Seguridad Social, el convenio es aplicable a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal y Uruguay.

Para cada Estado que ratifique el convenio después de que se haya depositado el séptimo instrumento de ratificación entrará en vigencia el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que dicho Estado haya realizado el depósito de la ratificación y produce efectos una vez que ese Estado suscriba el Acuerdo de Aplicación.

III. CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE URUGUAY Y ESPAÑA

Dicho convenio celebrado en 1997 entre Uruguay y el Reino de España fue ratificado por Uruguay por ley n° 17.112 de 8 de junio de 1999. En 2005 se celebró un convenio complementario relativo a los períodos de seguro voluntario, que fue ratificado por Uruguay a través de la ley n° 18.468 de 16 de marzo de 2009.

Tal como se ha señalado, este convenio bilateral no ha quedado derogado por el convenio multilateral iberoamericano, sino que lo que corresponde es determinar las disposiciones más favorables de uno u otro.

El convenio bilateral, desde el punto de vista subjetivo es aplicable a los trabajadores (ya sea que ejerzan una actividad laboral por cuenta propia o ajena), sus familiares y supervivientes, que estén o hayan estado sujetos a las disposiciones de Seguridad Social de uno o de ambos Estados.

El convenio bilateral se aplica en España, a las prestaciones económicas de maternidad y de accidente de trabajo y enfermedad profesional, así como a las prestaciones de invalidez, vejez, muerte y supervivencia; y en Uruguay abarca las prestaciones de maternidad y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como a los regímenes de jubilaciones y pensiones basados en el sistema de reparto o de capitalización individual. Por lo tanto, en cuanto a su ámbito objetivo, este convenio es más amplio en comparación con el convenio multilateral. En el caso de Uruguay, se debe considerar que a partir de 1996, se encuentra vigente en materia de prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivencia, para los trabajadores afiliados al Banco de Previsión Social (organismo de enlace) un régimen mixto, por el que se otorgan prestaciones por el régimen de reparto o solidaridad intergeneracional y por el régimen de capitalización (ahorro individual obligatorio). Existen otros organismos de seguridad social (Caja Notarial, Caja de Profesionales Universitarios, Caja Bancaria) pero que únicamente brindan prestaciones a través de un sistema de reparto.

Consideramos que es relevante señalar, a efectos compatibilizar los distintos instrumentos jurídicos la Decisión n° 21 del Comité Técnico Administrativo, de acuerdo a la cual: “Cuando una prestación esté prevista únicamente en una de las normas internacionales (Convenio bilateral, Convenio Multilateral o Convenio Multilateral Iberoamericano), será ésta la que se aplique. El reconocimiento de una prestación en virtud del Convenio Multilateral Iberoamericano no impedirá que, para las prestaciones no previstas en él, se aplique un convenio bilateral o multilateral entre Estados Parte” (IX R. 8-11-2017)”.

El convenio consagra el principio de aplicación de la legislación del país en cuyo territorio se ejerce la actividad laboral (*lex loci laboris*), con algunas excepciones, en términos similares a las que luego recogió el convenio multilateral iberoamericano.

Regula las prestaciones relativas a: a) maternidad, b) invalidez, vejez, muerte y supervivencia, c) prestaciones familiares, d) subsidio por defunción, e) accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El convenio contiene normas específicas relativas a la totalización de períodos de seguro que se cumplieron en ambos Estados, así se establecieron las siguientes reglas: a) si coincide un período de seguro obligatorio con un período de seguro voluntario, se tiene en cuenta al primero; b) si coincide un período de seguro voluntario con un período de seguro asimilado, se tiene en cuenta al primero; c) se presume que los períodos no se superponen, cuando no es posible precisar la época en que ciertos períodos fueron cumplidos. Precisamente el aspecto referido a la coincidencia de un período de seguro obligatorio con uno voluntario fue lo que motivó que se celebrara un convenio complementario a fin de permitir que los períodos voluntarios se consideren para aumentar la cuantía de la prestación.

IV. PRESTACIONES BRINDADAS EN URUGUAY

Respecto a Uruguay, cabe señalar que en el período 2001 a diciembre de 2016 se han otorgado 6.294 jubilaciones al amparo de convenios internacionales, lo que representa un 1,3% en relación a las altas totales del mismo período. En éste, el mayor número de jubilaciones al amparo de convenios se da en los años 2013 y 2014, donde representan en relación al número de altas totales de cada año un 2,4%.

De las 6.294 jubilaciones referidas, el 65% corresponde a hombres y el 35% a mujeres. En ambos casos, el sistema se ha utilizado mayoritariamente con Argentina (42%), seguida de España (41% que equivale a 2583 jubilaciones), Brasil (5,4%) e Italia (3,8%).

El promedio de años reconocidos en países extranjeros se ubica en el 46,46%. En particular, los años reconocidos en España son en promedio un 42,38%, siendo las personas mayores de 80 años las que reconocieron casi un 54% y las de 70 a 79 casi un 48%¹².

V. CONCLUSIONES

El contenido del convenio multilateral iberoamericano es complejo, se encuentra más desarrollado que su similar de 1978 (las situaciones a regular son diferentes a las de ese momento) y siempre queda ligado a la comparación y determinación de cuáles son las disposiciones más favorables para los beneficiarios. Estamos ante un nuevo instrumento de coordinación de legislaciones nacionales en materia de algunas prestaciones de seguridad social

La celebración este convenio multilateral también impuso la obligación, en caso de existencia de convenios bilaterales (como es el caso de España y Uruguay), de determinar cuáles son las disposiciones más favorables. No se ha cumplido con este aspecto y ello ha sido señalado por la Secretaría General de la OISS.

¹² “Convenios Internacionales de Seguridad Social. Datos actualizados a 12/2017” en Comentarios de Seguridad Social N° 60 – 2do. Trimestre 2018 disponible en <http://www.bps.gub.uy>

Recibido: 27.11.2018. Aceptado: 21.12.2018.

EL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITO ENTRE ESPAÑA Y UCRANIA

THE BILATERAL SOCIAL SECURITY AGREEMENT SIGNED BETWEEN SPAIN
AND UKRAINE

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ

Profesor Contratado Doctor (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Alicante, Escuela Universitaria Relaciones Laborales de Elda

RESUMEN

La Seguridad Social convencional implica un conjunto de normas pactadas entre dos o más Estados, dirigidas a evitar que el individuo vea eliminados o reducidos sus derechos, en materia de prestaciones sociales, al cambiar su residencia de uno a otro país, pero sin que ello afecte a la legislación interna de tales Estados. No todos los convenios bilaterales regulan todas las prestaciones, ni con el mismo grado de protección. El Convenio de Seguridad Social suscrito entre España y Ucrania en 1996, como Instrumento bilateral de Seguridad Social de cabecera, es fiel reflejo de lo que los Estados miembros consideran como una de sus competencias en exclusiva: las relaciones con terceros Estados en el ámbito de la Seguridad Social, si bien apreciamos que la soberanía de los Estados no es total pues operan limitaciones comunitarias.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social convencional, Instrumento bilateral, Coordinación, Unicidad de la Ley.

ABSTRACT

Conventional Social Security implies a set of rules agreed between two or more States, aimed at preventing the individual from seeing their rights eliminated or reduced, in terms of social benefits, by changing their residence from one country to another, but without affecting them. to the domestic legislation of such States. Not all bilateral agreements regulate all benefits, nor with the same degree of protection. The Social Security Agreement signed between Spain and Ukraine in 1996, as a bilateral Social Security instrument at the bedside, is a faithful reflection of what the Member States consider to be one of their exclusive competences: relations with third States in the field of social security. Social Security, although we appreciate that the sovereignty of the States is not total because they operate community limitations.

KEYWORDS: Conventional Social Security, bilateral Instrument, Coordination, Uniqueness of the Law.

SUMARIO

I. MARCO DE LA SEGURIDAD SOCIAL CONVENCIONAL

II. ESTRUCTURA DEL CONVENIO

A. ENCABEZAMIENTO

B. DISPOSICIONES GENERALES

1. DEFINICIONES

2. CAMPO DE APLICACIÓN OBJETIVO

3. CAMPO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

4. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO, PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS, Y PAGO DE PRESTACIONES EN EL EXTRANJERO

C. DISPOSICIONES QUE DETERMINAN LA LEGISLACIÓN APLICABLE: NORMAS PARTICULARES Y EXCEPCIONES

D. DISPOSICIONES RELATIVAS A LAS PRESTACIONES

1. PRESTACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL, MATERNIDAD, EMBARAZO Y PARTO, NACIMIENTO DEL NIÑO, CUIDADO DE NIÑO: TOTALIZACIÓN DE PERIODOS DE SEGURO

2. PRESTACIONES POR INVALIDEZ, JUBILACIÓN Y SUPERVIVENCIA

a) DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES

b) PRESTACIONES ESPECIALES

c) DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA O SALARIO PROMEDIO

d) CONDICIÓN DE ASEGURAMIENTO EN LA FECHA DEL HECHO CAUSANTE Y CARENCIA ESPECÍFICA

3. DETERMINACIÓN DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

4. DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS EN LAS PRESTACIONES FAMILIARES

E. DISPOSICIONES DIVERSAS, TRANSITORIAS Y FINALES

1. DISPOSICIONES DIVERSAS

a) VALORACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD

b) REVALORIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES

c) PRESENTACIÓN Y EXPEDICIÓN DE DOCUMENTOS Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

d) COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE INSTITUCIONES COMPETENTES

e) MODALIDADES Y GARANTÍA DEL PAGO DE LAS PRESTACIONES

f) ATRIBUCIONES DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES

g) REGULACIÓN DE CONTROVERSIAS

2. DISPOSICIONES TRANSITORIAS: CÓMPUTO DE PERIODOS ANTERIORES Y DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS ORIGINADOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CONVENIO

3. DISPOSICIONES FINALES

a) VIGENCIA Y ENTRADA EN VIGOR DEL CONVENIO

b) FIRMA Y RATIFICACIÓN

III. CONCLUSIONES

I. MARCO DE LA SEGURIDAD SOCIAL CONVENCIONAL

Se parte de la idea de que las normas internacionales de Seguridad Social deben intentar aproximar las legislaciones de dos o más Estados.

Los convenios bilaterales, cuya celebración no es demasiado frecuente entre países desarrollados y países en vías de desarrollo (ya sea por la ausencia en estos países de verdaderos sistemas de Seguridad Social, por el escaso número de nacionales extranjeros residentes en uno u otro Estado, o por razones de poca presión política de los emigrantes) son los primeros mecanismos que surgen cuyo objetivo es coordinar las distintas legislaciones sobre Seguridad Social de dos países, representando en el plano histórico el núcleo originario del Derecho internacional de la Seguridad Social¹.

La finalidad que los Estados persiguen al suscribir convenios bilaterales de Seguridad Social no es otra que la de amparar a sus nacionales que emigran a otros países y, al mismo tiempo, a los extranjeros de dichos Estados que se encuentren en su territorio, y ello mediante el establecimiento de reglas de conexión que no exijan tener que establecer un régimen común de Seguridad Social².

Al igual que los Reglamentos comunitarios, tampoco los convenios bilaterales suscritos por España tratan de establecer, hoy por hoy, normas armonizadoras unitarias que sustituyan total o parcialmente las legislaciones internas sobre Seguridad Social de los Estados Parte, sino que su contenido se limita a un sistema de coordinación de los diversos ordenamientos jurídicos implicados, y en cuestiones muy concretas, por lo que, en este aspecto, no difieren de la filosofía que preside la normativa comunitaria³.

II. ESTRUCTURA DEL CONVENIO

Los Convenios bilaterales suelen adoptar una estructura formal similar, con pequeñas diferencias derivadas de la mayor o menor extensión de su contenido. El esquema estructural básico suele ser el siguiente: a) Encabezamiento. b) Disposiciones generales: definiciones, ámbito de aplicación objetivo, ámbito de aplicación personal, igualdad de trato, conservación y exportación de prestaciones. c) Disposiciones sobre la legislación aplicable. d) Disposiciones relativas a las prestaciones. e) Disposiciones diversas, transitorias y finales.

A. ENCABEZAMIENTO

Contiene el enunciado sobre el tipo de Acuerdo⁴ (es un Convenio), la materia genérica que se regula (la Seguridad Social), los países que lo suscriben (Reino de España y

¹González Martínez, J.A, *El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2017, p. 139.

²Sánchez Carrión, J. L., “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (Derecho social Internacional y Comunitario), núm. 47. 2003, p. 18.

³González Martínez, J.A, *El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional*. Cit., p. 141.

⁴Instrumento de ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y Ucrania, hecho en Madrid el 7 de octubre de 1996 (BOE núm. 81, de 4 de abril de 1998). Hay que tener en cuenta que el Convenio, de conformidad con su artículo 21, va acompañado del Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania, hecho en Madrid el 17 de enero de 2001 (BOE núm. 84, de 7 de abril de 2001) el cual completa determinados aspectos, sustantivos o

Ucrania), y un Preámbulo en el que, de forma escueta, ambas Partes ponen de manifiesto los objetivos básicos que presiden el Acuerdo (la voluntad del desarrollo y profundización de las relaciones de amistad y cooperación entre los dos países y el deseo de regular la cooperación en materia de Seguridad Social) en beneficio mutuo de los trabajadores nacionales de los países firmantes y de sus familiares beneficiarios.

B. DISPOSICIONES GENERALES

En diferentes epígrafes, se abordan diversos grupos de materias.

1. DEFINICIONES

Se incluye el significado que, a los efectos del Convenio, tienen determinados términos utilizados en él, tales como “Legislación”, “Autoridad competente”, “Institución competente”, “Trabajador”, “Familiar beneficiario”, “Prestación”, “Periodo de seguro o de trabajo”, y “Organismo de enlace”. Los demás términos o expresiones que no aparezcan expresamente definidos tienen, por así hacerse constar en el Convenio, el significado que les atribuye la legislación aplicable de cada una de las Partes Contratantes.

2. CAMPO DE APLICACIÓN OBJETIVO

No todos los convenios bilaterales regulan todas las ramas y regímenes de protección social, ni en la misma amplitud. Las normas legales de cada Estado parte regulan las condiciones materiales para su respectivo ámbito de aplicación. El Convenio hace una enumeración de los regímenes y de las prestaciones que son aplicables a los trabajadores o familiares beneficiarios de los Estados parte.

En el fondo, el motivo de la diversidad de tipo económico, más que histórico o político, y de posibilidades de recibir un trato recíproco: cuanto mayor sea el nivel de desarrollo de un país, mayor es su Sistema de protección social, y la cobertura de las prestaciones de Seguridad Social ofrecida a los trabajadores nacionales de otros países estará en relación directa a las prestaciones otorgadas a sus propios nacionales y a las posibilidades económicas del Estado (la cuantía y extensión de las prestaciones reconocidas en los Convenios bilaterales están, por lo que se refiere al Estado de mayor índice de desarrollo económico, más próximas a la reciprocidad que pueda aportar el otro)⁵.

Como el Convenio indica expresamente que se aplica “a la legislación del Sistema de Seguridad Social”, debemos entender que su ámbito se extiende, tanto a las prestaciones contributivas (y en ellas tanto al Régimen General como a los Regímenes Especiales que integran el Sistema de Seguridad Social español, aunque no exista una referencia expresa) como a las no contributivas (el Convenio contempla expresamente la extensión de su ámbito de cobertura a las prestaciones no contributivas, cuando define prestación

procedimentales, del Convenio, si bien de estructura similar a este, aunque de contenido limitado y de extensión más reducida.

⁵Sánchez Carrión, J. L., “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”. *Cit.*, p. 29.

como “cualquier prestación económica prevista por la legislación de las Partes Contratantes”).

En lo que se refiere a las concretas prestaciones del nivel contributivo la cobertura reconocida a los trabajadores ucranianos en España no es plena, excluyéndose la cobertura de algunas prestaciones. En España, se aplica a las siguientes prestaciones del Sistema de la Seguridad Social:

- Prestaciones por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral y maternidad.
- Prestaciones por invalidez, jubilación, muerte y supervivencia.
- Prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Prestaciones familiares.

En relación con Ucrania, a las siguientes prestaciones de la Seguridad Social de la población:

- Prestaciones por incapacidad temporal, por embarazo y parto, nacimiento del niño y cuidado del niño.
- Prestación por jubilación, invalidez y supervivencia.
- Prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Subsidio de defunción.
- Prestaciones familiares por hijos.
- Prestaciones sociales.

Como podemos observar, el Convenio incluye a favor de los trabajadores españoles en Ucrania algunas prestaciones que no tienen una equivalencia exacta en nuestro Sistema de Seguridad Social (cuidado del niño y prestaciones sociales).

Para evitar continuas modificaciones convencionales derivadas de la posible ampliación de los Sistemas de Seguridad Social a nuevas ramas, regímenes o grupos de beneficiarios, el Convenio contiene una serie de previsiones de futuro mediante la adopción varias de fórmulas: extiende su aplicación a las disposiciones legales que en el futuro modifiquen o complementen las enumeradas; extenderlo a nuevas categorías de trabajadores o familiares beneficiarios, siempre que la Autoridad competente de la otra Parte no se oponga a ello dentro de los dos meses siguientes a la recepción de la notificación de dichas disposiciones; o extenderlo a las disposiciones que amplíen los Regímenes existentes, cuando las Partes así lo acuerden.

3. CAMPO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

El Convenio extiende su ámbito de aplicación a los españoles y ucranianos que trabajen o hayan trabajado en uno o en ambos países y a sus familiares beneficiarios. Aunque no exista una definición internacionalmente aceptada de trabajador, el Convenio lo define como “toda persona que como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad laboral por cuenta ajena o propia está o ha estado sujeta a la legislación de las Partes Contratantes” (por tanto se extiende al activo, al jubilado y al desempleado). Así mismo, remite a la legislación aplicable de cada Parte la definición de familiar beneficiario.

Extiende su ámbito subjetivo de forma expresa a quienes tengan la condición de refugiados (en el sentido del artículo 1 del Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951

y del artículo 1 del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto Jurídico para Refugiados) y a los apátridas (en aplicación del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954), que residan (habitualmente) en el territorio de uno de los dos países (no que estén o hayan estado sometidos a sus legislaciones de Seguridad Social), así como a sus familiares beneficiarios.

Y extiende el ámbito incluso a los españoles y ucranianos que sean, familiares beneficiarios de un trabajador, cualquiera que sea la nacionalidad de éste, siempre que dicho trabajador haya estado sometido a la legislación de uno o de ambos países.

4. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO, PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS, Y PAGO DE PRESTACIONES EN EL EXTRANJERO

La importancia de los principios de igualdad de trato, y de conservación de los derechos adquiridos, en el ámbito de la Seguridad Social convencional, provoca un tratamiento privilegiado en el Convenio, dedicándoles los artículos 4 y 5 respectivamente.

En cuanto al principio de igualdad de trato, el Convenio reconoce a los trabajadores nacionales de cada una de las Partes que trabajen en el territorio de la otra Parte, el gozar de los beneficios y asumir las obligaciones de la legislación sobre Seguridad Social de ese Estado en las mismas condiciones que a los nacionales de la misma, salvo que se establezca otra cosa.

En virtud del principio de exportabilidad de las prestaciones, las mismas han de ser satisfechas aunque el beneficiario resida en un Estado distinto de aquel en el que se encuentra la institución deudora. Así, el Convenio contiene normas que aceptan el principio de que las prestaciones reconocidas por las Partes, no estarán sujetas a reducción, modificación, suspensión o retención por el hecho de que el pensionista o derechohabiente se encuentre o resida en el territorio de la otra Parte, y se le harán efectivas en el mismo. Este derecho se extiende a los beneficiarios que residan en un tercer país en las mismas condiciones que a sus propios nacionales que residan en ese tercer país. El principio no opera en las prestaciones no contributivas establecidas por las legislaciones de ambas Partes.

C. DISPOSICIONES QUE DETERMINAN LA LEGISLACIÓN APLICABLE: NORMAS PARTICULARES Y EXCEPCIONES

El Convenio contiene expresamente la regla general sobre legislación material aplicable en materia de aseguramiento (principio de aseguramiento), es decir, el trabajador empleado en el territorio de una Parte está sometido, exclusivamente, a la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio ejercen su actividad laboral (*lex loci laboris*), salvo que en el propio Convenio se establezca otra cosa. Respecto del aseguramiento de otras prestaciones distintas a las citadas en el campo de aplicación objetivo, será de aplicación la legislación de la Parte a la que queda sujeto el trabajador.

Frente a la regla general de la *lex loci laboris*, se establecen una serie de excepciones expresadas en el propio texto.

La primera excepción hace referencia al trabajador expatriado, y señala que el trabajador asalariado al servicio de una empresa cuya sede se encuentre en el territorio de una Parte y sea enviado por dicha empresa al territorio de la otra Parte para realizar trabajos de carácter temporal, continuará sometido en su totalidad a la legislación de la primera Parte, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de dos años, ni haya sido enviado en sustitución de otra persona cuyo periodo de desplazamiento haya concluido.

Contiene igualmente esta previsión para el trabajador por cuenta propia, y señala que cuando éste ejerza normalmente su actividad en el territorio de una Parte en la que está asegurado y que pase a realizar un trabajo en el territorio de la otra Parte, continuará sometido en su totalidad a la legislación de la primera Parte, a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda de dos años. En ambos casos⁶, se permite una prórroga, pues si por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo excediera de los dos años, el trabajador continuará sometido a la legislación de la primera Parte por un nuevo periodo de dos años, a condición de que la Autoridad competente de la segunda Parte, u Organismo en quien delegue, dé su conformidad.

La solicitud de autorización de prórroga debe hacerse antes de que finalice el periodo de dos años en curso e irá dirigida a la autoridad competente de la Parte u organismo en quien ésta delegue en cuyo territorio esté asegurado el trabajador, el cual convendrá sobre esta petición de prórroga con la autoridad competente de la otra Parte⁷.

La segunda excepción, hace referencia al personal itinerante al servicio de empresas de transporte aéreo o terrestre que desempeñe su actividad en el territorio de ambas Partes, e indica que estará sujeto a la legislación de la Parte en cuyo territorio tenga la empresa su sede principal.

Otra excepción, es la referida a la tripulación de buques, y señala que estará sujeta a la legislación de la Parte bajo cuyo pabellón navegue. No obstante, si el miembro de la tripulación es remunerado por su actividad por una empresa o una persona que tenga su domicilio en el territorio de la otra Parte y dicho miembro de la tripulación tenga su residencia también en el citado territorio, éste podrá optar por la legislación de una u otra Parte. Por otro lado, señala la particularidad para los trabajadores empleados en tareas de carga, descarga, reparación de buques y servicios de vigilancia en el puerto, quienes estarán sometidos a la legislación de la Parte a cuyo territorio pertenezca el puerto.

Con respecto a los miembros de las Misiones diplomáticas u oficinas consulares de ambas Partes, así como al personal doméstico privado al servicio de los Agentes diplomáticos o de los miembros de las Oficinas consulares, serán de aplicación, según

⁶La Institución competente de la Parte cuya legislación sigue siendo aplicable expedirá, a petición del trabajador o del empleador, un certificado de desplazamiento acreditando que continúa sujeto a la legislación de esa Parte contratante y hasta qué fecha. La solicitud de la certificación deberá ser formulada antes del desplazamiento del trabajador (artículo 3.1 del Acuerdo Administrativo).

⁷ Artículo 3.2 del Acuerdo Administrativo.

corresponda, las disposiciones del Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 o el Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963.

Cuando una persona que presta servicios en la Embajada o Consulado que una Parte tiene en el territorio de la otra, opte por la Seguridad Social del país receptor, lo pondrá en conocimiento de la Autoridad competente de dicha Parte en un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor del Convenio o del comienzo de su trabajo en el territorio de la Parte en que desarrolla su actividad. La autoridad competente que recibe la opción la pondrá en conocimiento de la otra Parte⁸.

Por último, los trabajadores de una Parte que presten sus servicios en el territorio de la otra Parte en una empresa mixta hispano-ucraniana estarán sometidos a la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio esté radicada la empresa, salvo que opten por su legislación nacional.

Respecto a las excepciones al principio de aseguramiento, las Autoridades competentes de ambas Partes Contratantes o los Organismos designados por ellas podrán, de común acuerdo, en interés de ciertas personas o categorías de personas, establecer otras excepciones o modificar lo previsto en el Convenio, respecto de la legislación aplicable.

D. DISPOSICIONES RELATIVAS A LAS PRESTACIONES

1. PRESTACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL, MATERNIDAD, EMBARAZO Y PARTO, NACIMIENTO DEL NIÑO, CUIDADO DE NIÑO: TOTALIZACIÓN DE PERIODOS DE SEGURO

Para la determinación del derecho a la percepción de las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, embarazo y parto, nacimiento del niño o cuidado del niño, cada Parte tendrá en cuenta, si fuera necesario, los periodos de seguro o de trabajo acreditados en la otra Parte siempre que no se superpongan. Estas prestaciones se abonarán exclusivamente por la Parte en la que se halle asegurado el trabajador en el momento de producirse el hecho causante.

Cuando la Institución competente de una Parte deba aplicar la totalización de periodos de seguro o de trabajo para la concesión de estas prestaciones, solicitará de la Institución competente de la otra Parte, una certificación de los periodos de seguro o de trabajo acreditados en su legislación, en el formulario establecido al efecto⁹.

2. PRESTACIONES POR INVALIDEZ, JUBILACIÓN Y SUPERVIVENCIA

a) DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES

Respecto de la forma de proceder a la totalización, se indica que el trabajador que haya estado sucesiva o alternativamente sometido a la legislación de ambas Partes causará derecho a las prestaciones (se excluyen las no contributivas) atendiendo al siguiente condicionado:

⁸ Artículo 3.3 del Acuerdo Administrativo.

⁹ Artículo 4 del Acuerdo Administrativo.

1. La Institución competente de cada Parte determinará el derecho y calculará la prestación, teniendo en cuenta únicamente, los periodos de seguro o de trabajo acreditados en esa Parte.

2. Asimismo, la Institución competente de cada Parte determinará los derechos a las prestaciones totalizando con los propios, los periodos de seguro o de trabajo cumplidos bajo la legislación de la otra Parte. Cuando efectuada la totalización se alcance el derecho a la prestación, para el cálculo de la cuantía a pagar, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Se determinará la cuantía de la prestación a la cual el interesado hubiera tenido derecho, como si todos los periodos de seguro o de trabajo totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación (pensión teórica).

b) El importe de la prestación se establecerá aplicando a la pensión teórica, calculada según su legislación, la misma proporción existente entre el periodo de seguro o de trabajo cumplido en la Parte a que pertenece la Institución que calcula la prestación y la totalidad de los periodos de seguro o de trabajo cumplidos en ambas Partes (pensión prorrateada).

c) Si la legislación de alguna de las Partes exige una duración máxima de periodos de seguro o de trabajo para el reconocimiento de una prestación completa, la Institución competente de esta Parte tomará en cuenta, a los fines de la totalización, solamente los periodos de seguro o de trabajo de la otra Parte necesarios para alcanzar el derecho a dicha prestación.

3. Determinado el derecho a las prestaciones conforme a estas reglas, la Institución competente de cada Parte reconocerá y abonará la prestación que sea más favorable al interesado, independientemente de la resolución adoptada por la Institución competente de la otra Parte.

4. Cuando el importe total de las prestaciones reconocidas por ambas Partes no alcance el mínimo previsto para esa prestación por la legislación de la Parte donde reside el interesado, la misma reconocerá y abonará un complemento que garantice dicho mínimo de acuerdo con su legislación.

5. Cuando la legislación de una de las Partes condicione el derecho a la concesión de determinados beneficios al cumplimiento de periodos de seguro o de trabajo en una profesión o empleo determinado, los periodos cumplidos bajo la legislación de la otra Parte sólo se tendrán en cuenta, para la concesión de tales beneficios, si hubieran sido acreditados “en la misma profesión” o, en su caso, “en el mismo empleo”.

Las solicitudes de prestaciones de invalidez, jubilación y supervivencia deben ser formuladas ante la Institución competente de la Parte en la que resida el solicitante, de conformidad con sus disposiciones legales. Si el solicitante reside en el territorio de un tercer país deberá dirigirse a la Institución competente de la Parte bajo cuya legislación el trabajador hubiera estado asegurado en último lugar. Cuando la Institución de la Parte en la que ha tenido entrada la solicitud no fuera la Institución competente para instruir el expediente, aquélla remitirá la solicitud con toda la documentación al Organismo de enlace de la otra Parte indicando la fecha de su presentación. Cuando en la solicitud de

prestación solamente se declaren actividades según las disposiciones legales de una Parte y sea presentada ante la Institución de la otra Parte, ésta remitirá la solicitud con toda la documentación al Organismo de enlace de la otra Parte, indicando la fecha de su presentación¹⁰.

b) PRESTACIONES ESPECIALES

Cuando la duración total de los periodos de seguro o de trabajo cumplidos bajo una legislación no llega a un año (y con arreglo a la legislación de esa Parte no se adquiere derecho a prestaciones), se deniegan las prestaciones y por tanto la totalización (la Institución de dicha Parte no reconocerá prestación alguna por el referido periodo).

Ahora bien, los periodos inferiores a un año, acreditados en ambas podrán ser totalizados por aquella Parte en la que el interesado reúna los requisitos para acceder a la prestación.

A las personas de origen español que, como consecuencia de la guerra civil española, siendo menores de edad, fueron desplazadas al territorio de la antigua URSS, así como a los profesores o cuidadores que les acompañaron, les será considerado un año como periodo de cotización efectiva al Sistema español de Seguridad Social, a efectos del reconocimiento del derecho a las pensiones de jubilación, invalidez y supervivencia por parte de España, en aplicación del Convenio¹¹.

c) DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA O SALARIO PROMEDIO

Para determinar la base reguladora de cada una de las prestaciones (en España, o el salario promedio en Ucrania), las Instituciones competentes de ambas Partes aplicarán su propia legislación.

No obstante, cuando todo o parte del periodo de cotización que haya de tenerse en cuenta por la Institución competente de la Parte española para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones corresponda a periodos acreditados en la Parte ucraniana, la citada Institución determinará dicha base de la siguiente forma: el cálculo se realizará en función de las cotizaciones reales del asegurado en España durante los años que precedan inmediatamente al pago de la última cotización a la Seguridad Social española¹².

Por parte de Ucrania, si todo o parte del periodo de seguro o trabajo que se deba tener en cuenta para determinar el salario promedio mensual para asignar prestaciones coincide con periodos de seguro en España, la Institución competente de Ucrania determinará ese salario promedio mensual de la forma siguiente: el cálculo se realizará

¹⁰ Artículo 5 del Acuerdo Administrativo.

¹¹ Los interesados deberán probar mediante certificado de la Cruz Roja Internacional, o por cualquier medio que se considere suficiente por parte de España: las circunstancias de la llegada a la antigua URSS de dicha persona, y la fecha de llegada de dicha persona a la antigua URSS.

¹² La cuantía de la pensión obtenida será incrementada con el importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza.

en función de los salarios de los periodos de seguro o de trabajo de los dos últimos años cumplidos en Ucrania, de acuerdo con su propia legislación¹³.

d) CONDICIÓN DE ASEGURAMIENTO EN LA FECHA DEL HECHO CAUSANTE Y CARENIA ESPECÍFICA

Si la legislación de una Parte subordina la concesión de las prestaciones reguladas a la condición de que el trabajador haya estado sujeto a su legislación en el momento de producirse el hecho causante de la prestación, esta condición se considerará cumplida, si en dicho momento el trabajador está asegurado en virtud de la legislación de la otra Parte. O en su defecto, cuando reciba de ese Estado una pensión, de la misma naturaleza o una prestación de distinta naturaleza pero generada o causada por el propio beneficiario¹⁴.

Si la legislación de una Parte exige, para reconocer la prestación, que se hayan cumplido periodos de seguro en un tiempo determinado inmediatamente anterior al hecho causante de la prestación, esta condición se considerará cumplida si el interesado los acredita en el periodo inmediatamente anterior al reconocimiento de la prestación en la otra Parte.

Las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión previstas por la legislación de una Parte en el caso de pensionistas que ejercieran una actividad laboral, les afectarán aunque ejerzan esa actividad en el territorio de la otra Parte.

La Institución competente a la que corresponda la iniciación del expediente cumplimentará el formulario de enlace establecido al efecto y enviará, sin demora, dos ejemplares al Organismo de enlace de la otra Parte. El envío de los formularios de enlace suple la remisión de los documentos justificativos de los datos en ellos consignados.

En los casos de solicitud de prestaciones de invalidez, se adjuntará al formulario un informe médico expedido, según corresponda, por los órganos competentes servicios médicos de la Seguridad Social o el Sistema Público de Sanidad sobre el estado de salud del trabajador en el que consten las causas de la incapacidad alegada y la posibilidad razonable de recuperación y plazo estimado de la misma.

Recibido el formulario de enlace, la Institución competente de esa Parte devolverá a la Institución competente de la otra Parte un ejemplar del formulario de enlace donde se harán constar los periodos de trabajo o seguro acreditados bajo su legislación y el importe de la prestación que le sea reconocida al interesado.

Cada una de las Instituciones competentes comunicará a los interesados la resolución adoptada y las vías y plazos de recurso de que disponen frente a la misma, de acuerdo con su legislación. Las Instituciones competentes de cada una de las Partes contratantes

¹³ La cuantía de la prestación obtenida será incrementada de acuerdo con las normas de revalorizaciones según su legislación.

¹⁴ El mismo principio se aplicará para el reconocimiento de las pensiones de supervivencia para que, si es necesario, se tenga en cuenta la situación de alta o de pensionista del sujeto causante en la otra Parte.

se facilitarán copia de las resoluciones adoptadas en los expedientes instruidos en aplicación del Convenio.

3. DETERMINACIÓN DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Los derechos a prestaciones de incapacidad temporal, invalidez, muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional se determinarán en la forma siguiente:

- El derecho a las prestaciones de incapacidad temporal, invalidez, muerte o supervivencia derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, serán determinados de acuerdo con la legislación de la Parte a la que el trabajador se halle sujeto en la fecha de producirse el accidente o la enfermedad profesional (las prestaciones se abonarán por dicha Parte).
- Si el trabajador que sufre una enfermedad profesional ha realizado en ambas Partes una actividad sujeta a ese riesgo de enfermedad profesional, la prestación de invalidez o de supervivencia derivada de la enfermedad profesional será determinada y abonada por la Institución competente de la Parte a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar en razón a dicha actividad¹⁵.
- Al ocurrir un nuevo accidente de trabajo o una nueva enfermedad profesional estando el trabajador sujeto a la legislación de la otra Parte, la Institución competente de esta Parte está obligada a determinar y abonar la prestación de acuerdo con su legislación, tomando en consideración las secuelas de anteriores enfermedades profesionales y accidentes de trabajo (si la nueva prestación resultara inferior a la prestación que pagaba la primera Parte, esta Parte pagará al interesado la diferencia pertinente).
- Si la enfermedad profesional contraída por un trabajador bajo la legislación de una de las Partes se agrava como consecuencia de la realización en la otra Parte de una actividad sujeta al mismo riesgo, la prestación será determinada y abonada por la segunda Parte teniendo en cuenta el nuevo grado de incapacidad. Si como consecuencia de esta situación la nueva prestación que se reconozca resultara inferior a la que venía abonando la primera Parte, esta última abonará al interesado la diferencia que corresponda¹⁶.

¹⁵De conformidad con el artículo 7 del Acuerdo Administrativo, las solicitudes de prestaciones se formularán ante la Institución competente, directamente o a través de los Organismos de enlace. Cuando dichas solicitudes se presenten ante una Institución que no es la competente, ésta dará inmediato traslado de las mismas a la que resulte competente, indicando la fecha en que la solicitud ha sido presentada.

¹⁶Según lo previsto en el artículo 8 del Acuerdo Administrativo, la Institución competente en el momento de producirse la agravación de la enfermedad profesional, solicitará de la Institución competente de la otra Parte los datos que precise sobre la prestación que viene satisfaciendo al interesado y los antecedentes médicos que obren en el expediente (ésta se los facilitará a la mayor brevedad posible). La Institución competente responsable del pago de la prestación por agravación de la enfermedad profesional, informará a la Institución competente de la otra Parte de la resolución que adopte.

- Si el trabajador, víctima de un accidente de trabajo sufre una recaída o agravación de las secuelas del accidente, estando sujeto a la legislación de la otra Parte, las prestaciones que puedan corresponderle por esta recaída o agravación serán a cargo de la Institución competente de la Parte Contratante en la que el trabajador se hallaba asegurado en el momento de producirse el accidente de trabajo.

4. DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS EN LAS PRESTACIONES FAMILIARES

Las prestaciones familiares se abonarán de conformidad con la legislación y por cuenta de la Parte a cuya Seguridad Social se halle afiliado el trabajador o perciba pensión. En el caso en que se tenga derecho a la percepción simultánea de las prestaciones familiares por el mismo miembro de la familia según la legislación de ambas Partes, las prestaciones serán abonadas por la Parte en cuyo territorio residan los hijos (principio de no acumulación de las prestaciones, en virtud del cual, no se tiene derecho a beneficiarse de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo periodo de seguro obligatorio).

Cuando sean solicitadas prestaciones familiares ante la Institución competente de una Parte por miembros de la familia que residen en el territorio de la otra Parte, el interesado deberá presentar una certificación expedida por la Institución de esta última Parte, en la que conste que no están abonando prestaciones por esos miembros de la familia¹⁷.

Las prestaciones no contributivas se reconocerán por cada una de las Partes a los nacionales de la otra Parte, de acuerdo con su propia legislación.

E. DISPOSICIONES DIVERSAS, TRANSITORIAS Y FINALES

1. DISPOSICIONES DIVERSAS

a) VALORACIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD

Para determinar el grado de disminución de la capacidad de trabajo del asegurado, la Institución competente de cada Parte tendrá en cuenta los informes médicos y los datos administrativos emitidos por las Instituciones de la otra. No obstante lo anterior, cada Institución podrá someter al asegurado al reconocimiento por un médico de su elección.

b) REVALORIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES

Las prestaciones se revalorizarán con la misma periodicidad y en idéntica cuantía que las prestaciones reconocidas al amparo de la legislación interna de cada una de las Partes. Sin embargo, cuando la cuantía de una prestación haya sido determinada bajo la fórmula *pro rata temporis*, el importe de la revalorización se podrá determinar mediante la aplicación de la misma regla de proporcionalidad que se haya aplicado para establecer el importe de la prestación.

¹⁷ Según lo previsto en el artículo 9 del Acuerdo Administrativo.

c) PRESENTACIÓN Y EXPEDICIÓN DE DOCUMENTOS Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

Las solicitudes, declaraciones, recursos y otros documentos que, a efectos de aplicación de la legislación de una Parte, deban ser presentados en un plazo determinado ante las Autoridades o Instituciones competentes de esa Parte, se considerarán como presentados ante ella si lo hubieran sido dentro del mismo plazo ante la Autoridad o Institución competente de la otra Parte.

Cualquier solicitud de prestación presentada según la legislación de una Parte será considerada como solicitud de la prestación correspondiente según la legislación de la otra Parte, siempre que el interesado manifieste o declare expresamente o se deduzca de la documentación presentada, que ha ejercido una actividad laboral en el territorio de dicha Parte.

El beneficio de exenciones de derecho de registro, de escritura, de timbres y de tasas consulares y notariales y otros análogos, previstos en la legislación de cada una de las Partes, se extenderá a los certificados y documentos que se expidan por las Autoridades o Instituciones competentes de la otra Parte.

Todos los actos administrativos y documentos que se expidan serán dispensados de los requisitos de legalización y legitimación.

d) COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE INSTITUCIONES COMPETENTES

Las Instituciones competentes de ambas Partes podrán solicitarse entre sí, en cualquier momento, reconocimientos médicos, comprobaciones de hechos y actos de los que puedan derivarse la adquisición, modificación, suspensión, extinción o mantenimiento del derecho a prestaciones por ellas reconocidas. El cumplimiento de las solicitudes señaladas, cuando se lleven a cabo por medios propios de la Seguridad Social, se realizarán sobre la base de la gratuidad.

e) MODALIDADES Y GARANTÍA DEL PAGO DE LAS PRESTACIONES

Las Instituciones competentes de cada Parte pagarán directamente las prestaciones a los interesados y en la moneda de su país. Si se promulgase en alguna de ellas disposiciones que restrinjan la transferencia de divisas, ambas Partes adoptarán de inmediato las medidas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos derivados del Convenio.

Los Organismos de enlace de ambas Partes intercambiarán los datos estadísticos relativos a los pagos de prestaciones efectuados a los beneficiarios durante cada año civil, en virtud del Convenio. Dichos datos contendrán el número de beneficiarios y el importe total de las prestaciones abonadas. Cuando sea necesario a la Institución competente de una de las Partes conocer el importe de la prestación que abona la Institución competente de la otra Parte, ésta facilitará a la primera los datos que le sean solicitados en relación con esa prestación.

La Institución competente de una de las Partes que, al liquidar o revisar una prestación, compruebe que ha pagado al beneficiario de prestaciones una cantidad superior a la

debida, podrá solicitar de la Institución competente de la otra Parte contratante que deba prestaciones de igual naturaleza al mismo beneficiario, la retención sobre el primer pago de los atrasos correspondientes a los abonos periódicos de la cantidad pagada en exceso, dentro de los límites establecidos por la legislación interna de la Parte que realice la retención (ésta última Institución transferirá la suma retenida a la Institución competente de la otra Parte)¹⁸.

f) ATRIBUCIONES DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES

Las Autoridades competentes de las dos Partes Contratantes deberán establecer los Acuerdos administrativos necesarios para la aplicación del Convenio, designar los respectivos Organismos de enlace¹⁹, comunicarse las medidas adoptadas en el plano interno para la aplicación del Convenio y notificarse todas las disposiciones legales y reglamentarias modificativas del mismo, y prestarse la más amplia colaboración administrativa.

Podrá reunirse una Comisión Mixta presidida por las Autoridades competentes de ambas Partes, a petición de cualquiera de ellas, con la finalidad de examinar los problemas que puedan surgir en la aplicación del Convenio y de los Acuerdos de desarrollo²⁰.

g) REGULACIÓN DE CONTROVERSIAS

Las Autoridades competentes deberán resolver mediante negociaciones las diferencias de interpretación del Convenio y de sus Acuerdos administrativos. Si las controversias no pudieran ser resueltas mediante negociación en un plazo de tres meses a partir del comienzo de la misma, éstas deberán ser sometidas a una Comisión arbitral, cuya composición y procedimiento serán fijados de común acuerdo entre las Partes o, en defecto de este acuerdo, dentro de un periodo adicional de tres meses, por un árbitro designado a petición de cualquiera de las Partes, por el Presidente del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya. La decisión de la Comisión arbitral o árbitro, según el caso, será considerada como obligatoria y definitiva.

2. DISPOSICIONES TRANSITORIAS: CÓMPUTO DE PERIODOS ANTERIORES Y DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS ORIGINADOS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE ESTE CONVENIO

Para la determinación del derecho a las prestaciones que se reconozcan serán tomados en consideración los periodos de seguro cumplidos de acuerdo con la legislación de cada una de las Partes antes de la fecha de entrada en vigor del Convenio. No obstante,

¹⁸ De conformidad con el artículo 11 del Acuerdo Administrativo.

¹⁹ En España es el Instituto Nacional de Seguridad Social para todos los regímenes, excepto el Régimen Especial del Mar, en el cual es el Instituto Social de la Marina. El Organismo de enlace tiene por misión facilitar la aplicación del Convenio, aplicar las medidas administrativas necesarias para lograr la máxima agilización en los trámites y establecer los formularios de enlace necesarios para la aplicación del Convenio y del Acuerdo Administrativo (artículo 2 del Acuerdo Administrativo).

²⁰ En base al artículo 13 del Acuerdo Administrativo, con la finalidad de examinar y resolver los problemas que puedan surgir en la aplicación del Convenio y del Acuerdo, las Autoridades competentes podrán reunirse en Comisión Mixta, asistidas por representantes de sus respectivas Instituciones competentes, cuyas decisiones serán efectivas para ambas Partes.

cuando se haya producido una superposición de periodos de seguro o de trabajo que correspondan a periodos anteriores a la entrada en vigor del Convenio, cada Parte tomará en consideración los periodos acreditados en su legislación para determinar el derecho a la prestación y cuantía de la misma.

Los derechos de los interesados derivados de contingencias acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio podrán ser revisados, a instancia de parte, al amparo del mismo, siempre que la solicitud de revisión se presente en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor. No se revisarán las prestaciones abonadas que hayan consistido en una cantidad única.

Los efectos económicos de las prestaciones reconocidas o revisadas al amparo del Convenio no podrán ser anteriores a la entrada en vigor del mismo.

3. DISPOSICIONES FINALES

a) VIGENCIA Y ENTRADA EN VIGOR DEL CONVENIO

El Convenio se suscribe por tiempo indefinido, si bien cada Parte podrá denunciarlo notificándolo por escrito a la otra Parte, por vía diplomática, al menos tres meses antes de concluir el año natural, expirando su vigencia a la terminación del mismo año.

En caso de denuncia (y no obstante las disposiciones restrictivas que la otra Parte pueda prever para los casos de residencia en el extranjero de un beneficiario), las disposiciones del Convenio se aplicarán a los derechos adquiridos al amparo del mismo. Respecto a los derechos en vías de adquisición derivados de los periodos de seguro o asimilados cumplidos con anterioridad a la fecha de derogación del Convenio, las Partes acordarán las disposiciones que los garanticen.

b) FIRMA Y RATIFICACIÓN

El Convenio es ratificado de acuerdo con la legislación interna de cada Parte. El Convenio entró en vigor a los treinta días después de la fecha en que ambas Partes Contratantes intercambiaron Instrumentos de ratificación.

III. CONCLUSIONES

La idea básica es la unificación de la Seguridad Social convencional, mediante una armonización de legislaciones europeas, sustituyendo la tradicional coordinación normativa, e implantando unos convenios bilaterales sobre Seguridad Social suscritos por cada uno de los Estados miembros con terceros países sin disparidad de criterios, unificando su estructura general y su contenido.

Convendría reestructurar el esquema formal actual del Convenio, haciéndolo más sencillo comprensible, y coherente, refundiendo Convenio y Acuerdo.

El Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y Ucrania surge con el fin de coordinar las legislaciones sociales entre esos dos Estados, y es un ejemplo más de la gran cantidad de Convenios que tenemos suscritos con terceros países, pero merece una redacción que mejor se adapte a nuestros días.

Recibido: 24.10.2018. Aceptado: 10.11.2018.

LA PREVIDENZA SOCIALE NEGLI ACCORDI ITALIA-TUNISIA

SOCIAL SECURITY IN ITALY-TUNISIA AGREEMENTS

CATERINA BUCCHERI¹

Istituto di Migrazioni.Università di Granada.

¹Universidad de Granada Instituto de Migraciones, Polígono Tecnológico Ogíjares, Calle Zamora, 18151 Ogíjares (E).

Buccheri Caterina, Via dei Gracchi 49, 92016 Ribera (AG) Italia, +39.3293259563
e-mail: caterinabuccheri@yahoo.it

RIASSUNTO

La Sicurezza Sociale assolve ai principi generali di tutela degli indigenti mediante l'assistenza sociale e la previdenza sociale, specifica per garantire i lavoratori.

In Italia, in base al principio della territorialità dell'obbligo assicurativo, il lavoratore non comunitario è assoggettato alla legislazione previdenziale e assistenziale del Paese.

Il 7 dicembre 1984 viene firmato a Tunisi un accordo amministrativo per l'applicazione della convenzione in materia di sicurezza sociale, tra la Repubblica italiana e la Repubblica tunisina, che dà la possibilità al cittadino tunisino di lavorare in Italia, pur rimanendo sotto la competenza della normativa in materia di sicurezza sociale del proprio Paese di origine.

A causa dell'alternanza politica dei Governi Italiani si è giunti ad orientamenti più restrittivi, con l'introduzione della limitazione a equiparare agli italiani solo gli immigrati non comunitari titolari di permesso di soggiorno CE come lungosoggiornanti, oltrepassando, anche quanto previsto dagli accordi bilaterali, tra cui quello italo - tunisino.

Ciò ha subordinato l'erogazione di determinate prestazioni previdenziali - assistenziali, discriminando i cittadini tunisini e limitando il godimento dei diritti fondamentali riconosciuti invece ai cittadini italiani.

PAROLE CHIAVE: Sicurezza sociale. Previdenza. Immigrati tunisini. Criticità.

ABSTRACT

Social Security fulfils the general principles of protection of the needy through social assistance and social security, specific for the protection of workers.

In Italy, according to the principle of territoriality of the insurance obligation, the non community worker is subject to the country's social security and welfare legislation.

On 7 December 1984 an administrative agreement is signed for the application of the convention on social security signed in Tunis between the Italian Republic and the Tunisian Republic, with the possibility for the Tunisian citizen to work in Italy, while remaining under the responsibility of the legislation on social security in your country of origin.

Because of the political alternation of the Italian Governments, more restrictive guidelines have been reached, with the introduction of the limitation to equating to Italians only non-EU immigrants holding EC residence permits as long-staying guests, exceeding even the provisions of bilateral agreements including the Italy - Tunisian one. This has subordinated the provision of certain social security benefits, discriminating against Tunisian citizens and limiting the enjoyment of the fundamental rights recognized to Italian citizens.

KEYWORDS: Social Security. Retire. Tunisians immigrates. Critical issues.

SOMMARIO

I. INTRODUZIONE

II. LE NORME DELLA SICUREZZA SOCIALE

III. L'ACCORDO BILATERALE ITALIA TUNISIA DEL 7 DICEMBRE 1984

IV. CRITICITÀ NELL'ACCESSO IMMIGRATI EXTRACOMUNITARI AL WELFARE

V. CONCLUSIONI

I. INTRODUZIONE

Per Sicurezza Sociale si intende l'insieme dei servizi che lo Stato mette a disposizione dei cittadini in condizione di bisogno, sprovvisti di mezzi per il proprio mantenimento o inabili al lavoro.

E' prevista l'erogazione di prestazioni adeguate nei casi di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria.

La Sicurezza Sociale assolve a questi principi generali di tutela degli indigenti mediante l'assistenza sociale e la previdenza sociale, specifica per garantire i lavoratori.

In Italia, in base al principio della territorialità dell'obbligo assicurativo, il lavoratore non comunitario è assoggettato alla legislazione previdenziale e assistenziale nazionale. Il sistema di sicurezza sociale costituisce un mezzo di inclusione rilevante poiché riconosce una reale protezione contro il rischio di disoccupazione, di infortuni sul lavoro, malattia e invalidità. Ogni Stato membro, secondo la propria storia e la singolarità del contesto nazionale, ha elaborato un proprio sistema di sicurezza sociale. I cittadini tunisini immigrati in Italia, rispetto ad altre comunità extracomunitarie, sono garantiti, oltre che dalla legislazione nazionale, anche da un accordo bilaterale denominato "La Convenzione di Sicurezza Sociale tra Italia e Tunisia" stipulata a Tunisi il 07/12/1984.

Le Istituzioni coinvolte sono state l'I.N.P.S.² per l'Italia e la C.N.S.S.³ per la Tunisia, le quali hanno stabilito i criteri per il riconoscimento delle erogazioni delle prestazioni previdenziali.

La Convenzione è stata modificata secondo le variazioni introdotte dalla legislazione italiana, con l'aumento degli anni di contribuzione e di conseguenza dell'età pensionabile.

Tale accordo prevede la parità di trattamento tra lavoratori, prevista dalla Convenzione O.I.L.⁴ ratificata in Italia con il D.lgs. n° 285/1998, che sancisce all'articolo 2, comma 3, del D.lgs. n° 286 del 25/07/1998 Testo Unico sull'Immigrazione⁵, che «la Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'O.I.L. n° 143 del 24 giugno 1975, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani».

Ma con la rigidità delle norme che in Italia disciplinano l'immigrazione, questa tutela spesso non è stata applicata, generando casi di discriminazione, solo alcune volte sanate con ricorso al Tribunale.

² I.N.P.S.: Istituto Nazionale di Previdenza Sociale.

³ C.N.S.S.: Caisse Nationale de Sécurité Sociale.

⁴ O.I.L.: Organizzazione Internazionale del Lavoro è un'agenzia specializzata delle Nazioni Unite che si occupa di promuovere la giustizia sociale e i diritti umani internazionalmente riconosciuti, con particolare riferimento a quelli riguardanti il lavoro in tutti i suoi aspetti.

⁵ Governo Italiano, 1998. D.lgs. n° 286 del 18/08/1998, art. 2 c. 3. Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

Testo legislativo recuperato nell'agosto 2018 sul sito web istituzionale del Governo Italiano: <http://www.gov.it/leggi/archivio/286-1998>.

Con l'introduzione della Legge n° 388 del 23/12/2000⁶, inizia in Italia un percorso di inasprimento delle norme dell'immigrazione, che sancisce con l'art. 80 che "l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concesse, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno; per le altre prestazioni e servizi sociali l'equiparazione con i cittadini italiani e' consentita a favore degli stranieri che siano almeno titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno"⁶.

Si introduce una importante limitazione in base al titolo di soggiorno, con le "prestazioni economiche" erogate rispetto a requisiti predeterminati, quale il permesso di soggiorno di lunga durata.

Alla rigidità della norma si accompagna, in Italia, la pratica del lavoro in nero, che coinvolge anche i titolari di un regolare permesso di soggiorno, con derivante penalizzazione dei diritti previdenziali da maturare, rendendo le prestazioni pensionistiche disattese sul piano applicativo, per la mancanza dei requisiti⁷.

Ma la svolta del sistema pensionistico che ha interessato tutti indistintamente, si è avuta con l'introduzione della Legge n° 214 del 22/12/2011⁸ conosciuta come Legge Fornero, che ha impostato una serie di parametri sempre più rigidi per il raggiungimento dei requisiti per la pensione.

E' apparso subito evidente che avrebbe inciso sui cittadini più deboli socialmente, tra i quali gli extracomunitari, poiché prevede il calcolo dell'assegno in base ai contributi versati durante la vita lavorativa, e non più considerando solo gli ultimi cinque anni dei versamenti previdenziali che stabilivano l'assegno, determinando con questo sistema, che prevede un minimo di venti anni di contribuzione, che l'importo delle pensioni subisca una drastica riduzione. Questa Legge ha avuto lo scopo di ridurre la spesa pubblica legata alle prestazioni pensionistiche in un momento di crisi finanziaria poiché, nel sistema pensionistico pubblico, detto anche previdenza di primo pilastro, queste si pagano con le imposte. È pertanto una riforma previdenziale del sistema pensionistico pubblico e delle assicurazioni sociali obbligatorie.

Questo cambiamento epocale ha visto in molti casi la mancata applicazione a livello amministrativo del principio di parità di trattamento, tra cittadini italiani ed extracomunitari, per cui si è reso indispensabile ricorrere, in Italia, ai giudici di merito, alla Corte di Cassazione e alla Corte Costituzionale, e in Europa alla Corte di Giustizia di Lussemburgo.

Gli interventi della giurisprudenza hanno reso possibile l'estensione agli immigrati extracomunitari di tutte le prestazioni pensionistiche e previdenziali. Ma nella realtà ciò

⁶ Governo Italiano, 2000. Legge n° 388/2000, art. 80 c. 19. Disposizioni in materia di politiche sociali. Testo legislativo recuperato nell'agosto 2018 sul sito web istituzionale del Governo Italiano: <http://www.gov.it/leggi/archivio/388-2000>.

⁷ Giuliani M. , Pittau F. e Ricci A. (2012). Canali migratori. Visti e flussi irregolari. Roma, Italia. Edizioni IDOS.

⁸ Governo Italiano, 2011. Legge n° 214 del 22/12/2011. Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici.

Testo legislativo recuperato nell'agosto 2018 sul sito web istituzionale del Governo Italiano: <http://www.gov.it/leggi/archivio/214-2011>.

che ne fa diminuire la consistenza, rimane la maggiore flessibilità dell'occupazione, che riduce la maturazione del requisito contributivo minimo ed il livello retributivo, di fatto inferiore a quello degli italiani a parità di qualifiche e mansioni svolte⁹.

Per rendere più equo il sistema pensionistico in Italia, è necessario superare le attuali rigidità e favorire il ricambio generazionale, al fine di individuare un nuovo criterio che rispetti le diversità e le peculiarità di tutti i lavoratori.

Per aumentare economicamente le pensioni sarebbe auspicabile l'utilizzo di uno strumento che, valorizzando la storia contributiva dei lavoratori, ne sostenesse il futuro reddito previdenziale e che contemporaneamente, superasse gli attuali criteri previsti dal sistema contributivo, penalizzante per i lavoratori con redditi più bassi.

Per questi ultimi che hanno maggiori difficoltà ad aderire, visto il costo da sostenere, sarebbe fondamentale rilanciare la previdenza complementare con l'aumento della fiscalità incentivante.

Infine, per salvaguardare la spesa pubblica è necessario operare una separazione contabile della spesa previdenziale da quella assistenziale, al fine di dimostrare che la spesa per le pensioni, in Italia, è sotto la media europea e che quindi potrebbe essere incrementata senza incorrere nelle procedure di infrazione previste dalla EE.UU.

Al momento sono numerose le proposte di Legge depositate in Parlamento per la riforma del sistema pensionistico in Italia, ma nessuna di queste è stata oggetto di attenzione della politica, poiché i Governi hanno sempre posto la loro attenzione sulla salvaguardia del debito pubblico secondo il patto fiscale della EE.UU.

L'attuale Governo, insediato il 01/06/2018 ha dichiarato di voler modificare il sistema pensionistico abrogando la Legge n° 214 del 22/12/2011⁸, conosciuta come Legge Fornero e ha stimato che per il superamento dei parametri previsti dalla Legge n° 214/2011 occorrerebbero circa 20 miliardi di euro per i prossimi dieci anni, presumibilmente non attuabile vista la situazione dei conti pubblici del Paese.

Infatti nel D.E.F. (Documento Economico Finanziario) presentato il 01/10/2018 dal Ministro dell'Economia e delle Finanze alla Commissione EE.UU. non si trova alcun riscontro alla riforma del sistema pensionistico.

II. LE NORME DELLA SICUREZZA SOCIALE

I principi generali sulla Sicurezza Sociale sono stati ispirati da diversi livelli legislativi. La Convenzione internazionale dell'O.N.U. del 1990, sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, sancisce all'articolo 27 la parità di trattamento nell'accesso al sistema di sicurezza sociale, ma ad oggi, in Italia non è stata ancora ratificata¹⁰.

⁹ Pittau, F. 2009. Immigrazione, mercato occupazionale e lavoro nero. Quaderni di ricerca dell'artigianato, n° 51/2009, pp. 127-168.

¹⁰ U.N., 1990. Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie.

Testo legislativo recuperato nel settembre 2018 sul sito web istituzionale del Centro Regionale di Informazione delle Nazioni Unite (UNRIC) :

<https://www.unric.org/html/italian/treaties/InternationalConventionont.html>

L'art. 10 della Convenzione I.L.O. n° 143 sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti sancisce la parità di trattamento ed è stata ratificata in Italia con la Legge n° 158 del 10 aprile 1981¹¹.

Anche la EE.UU. ha emanato provvedimenti relativi all'applicazione della Sicurezza Sociale che si realizza mediante l'applicazione dei Regolamenti Europei. Tali Regolamenti sono il n° 1408/71¹² ed il n° 574/72¹³ che dettano le norme generali in materia di assicurazione, di invalidità, pensioni, assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, contro la disoccupazione involontaria, per l'assistenza durante la malattia e nella maternità e per le prestazioni familiari, mentre altri Regolamenti hanno riguardato specificatamente il coordinamento della sicurezza sociale e la sua applicazione ponendo attenzione alla non discriminazione.

Con il Regolamento CE n° 987/2009¹⁴ si sono stabilite le modalità di applicazione del Regolamento n° 883/2004¹⁵ relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, col Regolamento CE n° 859/2003¹⁶ la disciplina è stata estesa anche ai cittadini non comunitari, in quanto il requisito essenziale è diventata l'assicurazione nell'ambito dei regimi di Sicurezza Sociale di uno degli stati membri.

I Regolamenti Comunitari non sostituiscono la legge dello Stato membro ma ne disciplinano l'applicazione tra i Paesi EE. UU. evitando casi di discriminazione tra i lavoratori che prestano la loro opera all'estero e quelli che rimangono in Patria.

In Italia la Sicurezza Sociale trae tutela nei diritti fondamentali alla salute e alla sicurezza sul lavoro, sanciti dagli articoli 4, 32, 35 e 41 della Costituzione

¹¹ I.L.O., 1975. Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti.

Testo recuperato nel settembre 2018 dal sito istituzionale dell'I.L.O.:

https://www.ilo.org/rome/norme-del-lavoro-e-documenti/WCMS_153191/lang--it/index.htm

¹² Consiglio Europeo, 1971. Regolamento n° 1408/1971. Applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

Testo recuperato nel settembre 2018 dal sito istituzionale del Governo Italiano: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_244_allegato.pdf

¹³ Consiglio Europeo, 1972. Regolamento n° 574/1972. Modalità di applicazione del regolamento CEE n° 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

Testo recuperato nel settembre 2018 dal sito istituzionale del Governo Italiano: http://www.salute.gov.it/imgs/C_18_normativa_245_allegato.pdf

¹⁴ Consiglio Europeo, 2009. Regolamento n° 987/2009. Modalità di applicazione del Regolamento CE n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Testo recuperato nel settembre 2018 dal sito istituzionale della EE.UU.:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32009R0987>

¹⁵ Consiglio Europeo, 2004. Regolamento CE n° 883/2004. Coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Testo recuperato nel settembre 2018 dal sito istituzionale della EE.UU.:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A02004R0883-20140101>

¹⁶ Consiglio Europeo, 2003. Regolamento n° 859/2003. Estensione delle disposizioni del Regolamento CEE n° 1408/71 e del Regolamento CEE n° 574/72 ai cittadini di paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità. Testo recuperato nel settembre 2018 dal sito istituzionale della EE.UU.:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2003.124.01.0001.0

[1.ITA&toc=OJ:L:2003:124:TOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2003.124.01.0001.0)

Repubblicana¹⁷, la sua storia ha inizio nel 1870 dopo l'unità del Regno d'Italia ed attraversa la storia legislativa del Paese con una serie di provvedimenti fino alla Legge Delega n° 243 del 2004¹⁸ con la quale vengono riordinati gli Enti Previdenziali per l'erogazione delle prestazioni e alla Legge n° 214 del 2011 con la quale vengono riordinati i requisiti per le pensioni.

Il Sistema della Sicurezza Sociale è articolato in tre settori gestiti da altrettanti Enti pubblici, quali il S.S.N. (Servizio Sanitario Nazionale)¹⁹ che si occupa dell'erogazione delle prestazioni di cure mediche ed è strutturato a livello provinciale, la spesa delle prestazioni è a carico delle singole Regioni.

L'I.N.A.I.L. (Istituto Nazionale per gli Infortuni sul Lavoro)²⁰ è un Ente pubblico gestito dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che oltre a svolgere un ruolo nell'ambito della Sicurezza sul lavoro, prevede a erogare le prestazioni ai lavoratori in caso di infortunio, malattie professionali o morte, mentre l'I.N.P.S. (Istituto Nazionale di Previdenza Sociale)²¹ è l'Ente pubblico che eroga le prestazioni sia previdenziali che assistenziali. Le prestazioni previdenziali trovano il loro riscontro dai versamenti contributivi e si finalizzano con l'erogazione delle pensioni, altresì, le prestazioni assistenziali trovano determinazione attraverso gli assegni della maternità e per i nuclei familiari.

L'I.N.P.S. paga le pensioni e le altre prestazioni previdenziali con le imposte che derivano, per circa il 70% dai contributi per le assicurazioni obbligatorie mediante l'applicazione di aliquote di scopo chiamate aliquota contributiva pensionistica di finanziamento e, per il restante 30%, mediante trasferimenti da parte dello Stato direttamente dalla fiscalità generale, che va a finanziare le attività di assistenza sociale²².

III. L'ACCORDO BILATERALE ITALIA TUNISIA DEL 7 DICEMBRE 1984

L'Italia, sin dall'inizio degli anni Settanta, ha stipulato una serie di accordi bilaterali con i Paesi di emigrazione a tutela della circolazione dei lavoratori. Essi si fondano sul rispetto della non discriminazione e sulla garanzia di parità di trattamento di lavoratori e

¹⁷ Costituzione della Repubblica Italiana (1948). G.U. n° 298 del 27/12/1948. Roma, Italia.

¹⁸ Governo Italiano, 2004. Legge n° 243 del 23/08/2004. Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatori.

Testo legislativo recuperato nel settembre 2018 dal sito web istituzionale del Parlamento Italiano: <http://www.camera.it/parlam/leggi/042431.htm>

¹⁹ S.S.N.(Servizio Sanitario Nazionale): Introdotto con la Legge n° 833 del 23 dicembre 1978, identifica il complesso delle funzioni, delle attività e dei servizi assistenziali gestiti ed erogati dallo Stato italiano.

²⁰ I.N.A.I.L.: Istituito con il Regio decreto n° 264 del 23 marzo 1933, è un ente pubblico sottoposto alla vigilanza del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali italiano, il cui scopo è tutelare, dal punto di vista assicurativo, chi rimane coinvolto in un infortunio sul lavoro.

²¹ I.N.P.S.: Istituito con il Regio Decreto n° 371 del 27/03/1933, è il principale ente previdenziale del sistema pensionistico pubblico italiano, presso cui debbono essere obbligatoriamente iscritti tutti i lavoratori dipendenti pubblici o privati, i lavoratori autonomi. L'INPS è sottoposto alla vigilanza del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

²² I.D.O.S., 2013. Rivista Affari Sociali Internazionali. Quaderno n°1/ 2013 "I diritti degli Immigrati in un contesto interculturale", p. 161. Quadro Giuridico Nazionale: Sicurezza Sociale. Edizioni IDOS.

Testo legislativo recuperato nel settembre 2018 sul sito web istituzionale del Governo Italiano: <http://www.integrazionemigranti.gov.it/normativa/procedureitalia/Pagine/Sicurezza-Sociale.aspx#4>

pensionati, col fine di armonizzare le legislazioni degli Stati contraenti affinché la migrazione non comporti la perdita di diritti in materia previdenziale.

Questi accordi disciplinano la sicurezza sociale offrendo la possibilità per il cittadino straniero di lavorare in Italia, pur rimanendo sotto la competenza normativa in materia di sicurezza sociale del proprio Paese di origine, in deroga al principio della territorialità dell'obbligo contributivo.

Permettono, inoltre la garanzia di trattamento equo all'interno del sistema dello Stato ospitante in riferimento a particolari prestazioni, ovvero l'uguaglianza di trattamento è valida per i contributi pensionistici di ambito di applicazione dell'accordo, restando ferme le restrizioni sulle prestazioni di natura assistenziale, l'esportabilità delle prestazioni di sicurezza sociale, in modo da evitare la doppia imposizione fiscale, prevedendo la tassabilità della pensione nel solo Paese di residenza.

Negli anni Ottanta, a seguito della trasformazione dell'Italia da Paese di emigrazione a Paese di immigrazione, sono stati conclusi nuovi accordi, tra cui quello con la Repubblica di Tunisia.

La Convenzione di Sicurezza Sociale tra Italia e Tunisia, stipulata a Tunisi il 7 dicembre 1984, è stata ratificata con la Legge n° 735 del 7/10/1986²³, confermata dall'Accordo Amministrativo del 23 marzo 1987 ed è entrata in vigore il 1° giugno 1987.

L'atto bilaterale ha individuato le prestazioni erogabili nelle pensioni di vecchiaia, invalidità e ai superstiti; prestazioni di malattia e maternità per i lavoratori e loro familiari; prestazioni di malattia in natura ai titolari di pensione e ai loro familiari; prestazioni in caso di tubercolosi, in natura o in denaro; prestazioni per familiari a carico del lavoratore; prestazioni per familiari a carico del beneficiario di una pensione o rendita e prestazioni per infortuni sul lavoro e malattie professionali.

Le Istituzioni che hanno finalizzato la Convenzione e determinato le condizioni sono state l'I.N.P.S.²¹ per l'Italia e la C.N.S.S.²⁴ per la Tunisia che hanno stabilito i criteri per il riconoscimento delle erogazioni delle prestazioni previdenziali.

Ai fini della prestazione sia tunisina che italiana, per la totalizzazione internazionale si richiedono almeno 52 settimane di contribuzione.

Per l'ammissione all'assicurazione volontaria prevista dalla legislazione italiana, i periodi di contribuzione accreditati in Italia possono essere totalizzati con i periodi di assicurazione in Tunisia e sono richieste almeno 52 settimane di contribuzione da lavoro effettivo in Italia.

²³ Governo Italiano, 1986. Legge n° 735 del 07/10/1986. Ratifica ed esecuzione della Convenzione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Tunisina in materia di sicurezza sociale, firmata a Tunisi il 7 dicembre 1984.

Testo legislativo recuperato nel settembre 2018 dal sito web istituzionale del Governo Italiano:
http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_594_listaFile_itemName_33_file.pdf

²⁴ C.N.S.S.: Caisse Nationale de Sécurité Sociale è l'istituto di sicurezza sociale tunisino istituito dalla Legge n° 60-30 del 14 dicembre 1960.

I periodi di assicurazione inferiori a tale periodo maturati in uno Stato, che non danno luogo, quindi, alla totalizzazione internazionale, sono comunque presi in considerazione dall'altro Stato sia per l'accertamento del diritto che per la determinazione dell'importo. Questo solo se il lavoratore ha maturato nell'altro Stato il periodo minimo previsto dall'Accordo e non matura il diritto a una prestazione senza fare ricorso alla totalizzazione internazionale.

Se i requisiti per il diritto a pensione non risultano perfezionati con la totalizzazione internazionale dei periodi di assicurazione in Italia e in Tunisia, in base alla Convenzione italo-tunisina possono essere presi in considerazione anche i periodi compiuti in Stati "terzi" legati sia all'Italia che alla Tunisia da distinte Convenzioni bilaterali di sicurezza sociale, attuando la totalizzazione multipla²⁵.

Bisogna considerare che a partire dagli anni '90, periodo in cui è iniziata in Italia l'immigrazione di massa, l'allarmante tendenza negativa dei conti previdenziali ha condotto all'impostazione restrittiva di diversi accordi bilaterali, interrompendone la stipula di altri che, se definiti con gli stessi principi generali di quelli firmati in passato, avrebbero reso problematica la loro copertura finanziaria.

IV. CRITICITÀ NELL'ACCESSO DEGLI IMMIGRATI AL WELFARE

Il ruolo del cittadino extracomunitario nella società è rilevante, in quanto egli partecipa operosamente alla vita del Paese sia come beneficiario che contribuente del sistema di protezione sociale²⁶.

Si è assistito negli anni alla formazione di misure destinate a sostenere la piena integrazione dei cittadini stranieri nella società, ed altre finalizzate a tutelare l'accesso al sistema del welfare, ad esempio scegliendo i destinatari delle prestazioni sulla base della condizione di cittadinanza o di residenza prolungata sul territorio, determinando fattori di disuguaglianza.

Tra le cause individuate risulta la posizione del lavoratore extra EE.UU. nel contesto italiano, il quale ha difficoltà di accesso al lavoro, spesso collegate alla richiesta della cittadinanza italiana sia in relazione al pubblico impiego che al lavoro privato, requisito valutato come elemento discriminante.

Inoltre, a seguito dell'incremento del numero di anni richiesto per maturare il diritto alla pensione di vecchiaia, e del blocco della firma di nuove convenzioni bilaterali con i Paesi terzi, si determineranno persistenti esiti negativi data l'impossibilità di totalizzare i periodi assicurativi maturati in Italia con quelli dei Paesi di origine, ostacolerà molti a maturare il requisito contributivo minimo per il diritto alla prestazione.

²⁵ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 2015. Circolare esplicativa per attuazione Convenzione Italia Tunisia.

Testo legislativo recuperato nel settembre 2018 dal sito istituzionale dell'I.N.P.S.:
<https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=49823>

²⁶ IDOS, 2014. Rapporto lavoratori immigrati negli archivi previdenziali. IDOS per I.N.P.S. Roma, Italia. IDOS Edizioni.

Il legislatore italiano negli anni ha adottato per i cittadini non comunitari diversi sistemi relativi alla garanzia dei diritti previdenziali.

All'inizio l'immigrato ha avuto l'opportunità di trasferire i contributi nel suo Paese nel caso di un rimpatrio compiuto anteriormente al diritto della pensione²⁷.

Successivamente, per effetto della Legge 189/2002²⁸, sempre in caso di rimpatrio senza maturazione del diritto a pensione, è stata cancellata la cessione dei contributi ed è stato disposto l'ottenimento di prestazione a 65 anni, sia per gli uomini che per le donne, anche in presenza di una contribuzione inferiore al minimo previsto per il diritto a pensione, misurata all'entità dei contributi.

Con l'entrata in vigore della Legge n° 214/2011, denominata riforma previdenziale Fornero, l'età pensionabile è stata portata a 66 anni e il minimo contributivo a 20 anni. Rimane tuttavia la possibilità, per i lavoratori non comunitari assicurati dopo il 1996 e rimpatriati prima di aver maturato il nuovo minimo, di poter ottenere una pensione al compimento dei 66 anni, con la modalità sopra descritta⁸.

Pertanto, il lavoratore immigrato, nell'ipotesi di un rientro nel proprio Paese prima di aver maturato il diritto alla pensione secondo la legge italiana, potrà ottenere la totalizzazione dei contributi previdenziali maturati in Italia con quelli versati nel proprio Paese, solo a condizione che sia in vigore una convenzione che lo consenta²⁹.

In assenza di convenzione, il lavoratore che decida di rimpatriare conserva i diritti previdenziali e di sicurezza maturati, ma potrà beneficiarne solo a partire dall'età pensionabile e previa maturazione del requisito contributivo minimo sulla base della normativa vigente in Italia. Quando questi requisiti non sono soddisfatti, il cittadino straniero, uomo o donna, al compimento di 66 anni di età potrà chiedere la quota parte di pensione relativa alla sua ridotta anzianità contributiva.

Non è possibile, dopo l'entrata in vigore della Legge n° 189/2002²⁸, che i lavoratori stranieri che rientrano nei Paesi di origine, sospendendo l'attività di lavoro in Italia, ottengano il rimborso dei contributi versati in Italia³⁰.

Avviene così che attualmente, alcuni cittadini extracomunitari potrebbero essere costretti a rientrare, senza poter ricevere una quota parte di pensione per i contributi versati. Infatti, non tutti hanno consapevolezza dell'opportunità di reclamare all'estero

²⁷ Governo italiano, 1995. Legge n° 335/1995. Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare.

Testo legislativo recuperato nel settembre 2018 dal sito web istituzionale dell'I.N.P.S.: <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=50735>

²⁸ Governo italiano, 2002. Legge n° 189 del 30/07/2002, art. 18 comma 13. Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo.

Testo legislativo recuperato nel settembre 2018 dal sito web istituzionale della Camera dei Deputati: <http://www.camera.it/parlam/leggi/02189l.htm>

²⁹ Signorini, M. e Bonifazi, P., 2012. Liquidazione dei contributi INPS ai cittadini non comunitari rimpatriati. Pag. 160. Roma, Italia. IDOS Edizioni.

³⁰ Aronica, G., Candida, F. e Fucilitti, A., 2012. I diritti previdenziali dei lavoratori non comunitari in caso di rimpatrio. Dossier Statistico Immigrazione 2012, pag. 288-289. Roma, Italia. Edizioni IDOS.

una pro-rata di pensione al compimento dei 66 anni, oppure, pur avendo cognizione, non sanno come presentare la domanda.

Spesso i cittadini extracomunitari, al fine di veder riconosciuti i propri diritti, sono costretti a rivolgersi ai Tribunali, che riprendono la strada delineata dalla giurisprudenza contenuta nell'art. 3 della Costituzione italiana³¹ e dall'art. 2 della Legge Unica sull'Immigrazione³² che sanciscono l'universalità dei diritti fondamentali e l'uguaglianza nell'esercizio dei diritti civili e sociali.

Rilevante è stato l'intervento della Corte Costituzionale Italiana che ha dichiarato incostituzionali gli atti della Pubblica Amministrazione, laddove ha limitato l'accesso degli stranieri alle prestazioni sociali legate al requisito della residenza sul territorio nazionale da almeno cinque anni.

Il giudice della consulta ha dichiarato incostituzionale la disparità di trattamento introdotta nelle normative di alcune Regioni dove per i cittadini di Paesi terzi non lungo soggiornanti, né rifugiati o titolari della protezione sussidiaria, veniva previsto un requisito supplementare di anzianità di residenza di cinque anni nel territorio nazionale al fine del godimento di prestazioni di welfare relative al contrasto alla povertà, al sostegno del reddito familiare e al diritto sociale all'abitazione, mentre per i cittadini italiani e di altri Paesi membri U.E. e loro familiari, nonché per lungo soggiornanti e rifugiati, veniva previsto unicamente un requisito di anzianità di residenza biennale. Secondo il giudice costituzionale è discriminante presumere che gli stranieri immigrati da meno tempo si trovino in stato di bisogno minore rispetto a chi risiede o dimora da più anni nel Paese ospitante.

In tal senso, la Corte ha riconosciuto l'illegittimità della disparità di trattamento poiché la distinzione fondata sulla cittadinanza e sull'anzianità di residenza sul territorio nazionale non ha un collegamento logico con le finalità degli istituti di protezione

³¹ Art. 3 della Costituzione italiana: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

³² Art. 2 della Legge n° 943 del 30/12/1986: Diritti e doveri dello straniero:

1. Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti.

2. Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente. Nei casi in cui il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità, essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione.

3. La Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.

4. Lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale.

5. Allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge.

sociale, rivolte a sanare condizioni di necessità e di disagio, indicandoli come criteri arbitrari ed intrinsecamente discriminatori³³.

Il legame necessario tra il cittadino straniero non EE.UU. e la comunità ove dimora, è già assicurato dal permesso di residenza della durata di almeno un anno, previsto dall'art. 41 della Legge Unica sull'Immigrazione³⁴, requisito sufficiente per esercitare il diritto alla parità di trattamento in materia di fruizione delle prestazioni di assistenza sociale. Tale direttiva, infatti, estende anche ai lavoratori di Paesi terzi che soggiornano in uno Stato membro a fini lavorativi, il principio di parità di trattamento nei settori della sicurezza sociale definiti dal Regolamento Comunitario n° 883/2004¹⁵, che include anche le prestazioni familiari intese come sostegno ai carichi familiari, nonché le prestazioni di assistenza sociale miste, cioè assistenziali in quanto non finanziate da contributi previdenziali individuali, ma che rappresentano diritti soggettivi ai sensi della legislazione vigente.

La limitazione dell'accesso degli immigrati alle prestazioni di welfare ostacolano il percorso di integrazione dello straniero sul territorio nazionale.

Non esiste un modello multiculturale unico, che possa essere impiegato in tutti gli Stati comunitari, ogni Paese dovrebbe creare un proprio modello con caratteristiche di dinamicità e flessibilità.

L'Italia ha la necessità di crescere socialmente tenendo sotto controllo le forme di discriminazione che accompagnano i processi migratori, gli aspetti di allarmismo, chiusura e/o preclusione nei confronti di alcuni contesti. Il fenomeno migratorio si riflette in un quadro normativo nazionale che pone ostacoli concreti al pieno godimento dei diritti sociali. La logica della legislazione nazionale vigente, fondata sul contratto di lavoro come unico principio di regolazione dei flussi migratori e sulla temporaneità del fenomeno, rende precarie le condizioni di vita degli immigrati.

Occorre accrescere le occasioni di confronto fondate sui presupposti della corresponsabilità che si finalizzi in un "patto di convivenza" tra persone straniere, italiane ed Istituzioni, alla cui base sta l'esercizio dei diritti ed il rispetto dei doveri previsti dalle leggi e dalla Costituzione italiana. La rapidità del processo di crescita del fenomeno migratorio, ed i conseguenti repentini mutamenti socio-demografici impongono lo sviluppo di azioni volte a prevenire e risolvere situazioni di eventuale conflittualità sociale nei contesti territoriali.

³³ Corte Costituzionale, 2013. Sentenza n° 222 recuperata nell'agosto 2018 dal sito istituzionale della C.C.: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2013&numero=222>

³⁴ Art. 41 della Legge n° 943 del 30/12/1986: Assistenza sociale. Gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti.

V. CONCLUSIONI

La sicurezza sociale rappresenta un considerevole sostegno per una crescita economica sostenibile e uno strumento per la diminuzione della povertà e della disuguaglianza, protegge gli individui con azioni specifiche, rivolte alla salute, alla disoccupazione, alla malattia, all'invalidità e al pensionamento. Anche se tutti gli Stati della EE.UU. hanno in comune l'impostazione di garantire il benessere dei loro cittadini mediante sistemi di sicurezza sociale efficienti, ogni Stato ha le sue regole per individuare chi ha diritto a ricevere le prestazioni di sicurezza sociale e secondo quali condizioni.

In Italia, tutti i lavoratori che svolgono un'attività remunerata sono obbligatoriamente assicurati dal sistema di previdenza sociale, finanziato dai contributi versati dal lavoratore e dal datore di lavoro e, in aggiunta, dalle risorse pubbliche.

Nell'ultimo decennio sono intervenute nella legislazione italiana orientamenti più restrittivi nelle norme sull'immigrazione tra cui la Legge 189/2002 che all'art. 18 comma 13³⁵ ha portato a limitare l'equiparazione delle prestazioni erogate solo ai cittadini non comunitari titolari di permesso di soggiorno EE.UU. come lungo soggiornanti.

Nonostante l'esistenza dell'accordo tra Italia e Tunisia per l'applicazione della convenzione in materia di sicurezza sociale, esso rappresenta ancora oggi delle criticità operative che sono state indicate nella erogazione delle prestazioni familiari e sono state affrontate nel marzo 2016 e 2018 nell'ambito di un' apposita riunione tecnica tra i rappresentanti di INPS, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e dalla Cassa Nazionale di Sicurezza Sociale Tunisina³⁶, con l'esigenza di rivisitazione della normativa, allo scopo di realizzare quell'armonizzazione legislativa necessaria per una politica di tutela più tangibile e, quindi, meglio fruibile da parte della persona, senza però che si sia giunti ad una risoluzione. Tale risultato è determinato dalla scelta dei Governi italiani a non voler rinegoziare alcuno degli accordi bilaterali stipulati³⁷. Alcune Regioni italiane, tra cui la Sicilia, avevano proposto ai Governi che si sono succeduti tra il 2012 e il 2014 di poter stipulare autonomamente degli accordi bilaterali con la Tunisia, per un certo numero di lavoratori, anche a tempo determinato, facendosi carico della metà della spesa sociale, partendo dall'Accordo del 1984.

³⁵ Art. 18 comma 13 della Legge n° 189/2002. *Lavoro subordinato a tempo determinato e indeterminato e lavoro autonomo*: Salvo quanto previsto per i lavoratori stagionali dall'articolo 25, comma 5, in caso di rimpatrio il lavoratore extracomunitario conserva i diritti previdenziali e di sicurezza sociale maturati e può goderne indipendentemente dalla vigenza di un accordo di reciprocità al verificarsi della maturazione dei requisiti previsti dalla normativa vigente, al compimento del sessantacinquesimo anno di età, anche in deroga al requisito contributivo minimo previsto dall'articolo 1, comma 20, della legge 8 agosto 1995, n. 335.

³⁶ Circolare I.N.P.S. n° 1027 del 07/03/2018. Testo legislativo recuperato nell'ottobre 2018 dal sito istituzionale dell'I.N.P.S.: <https://www.inps.it/convenzione-bilaterale-italo-tunisina-di-sicurezza-sociale-chiarimenti-sullo-scambio-di-informazioni-in-materia-di-prestazioni-familiari.html>

³⁷ Osservatorio di Politica Internazionale del Parlamento Italiano. Focus Mediterraneo allargato, n° 6 del gennaio 2018. Editore ISPI. Testo legislativo recuperato nell'ottobre 2018 dal sito istituzionale del Parlamento Italiano:

<https://www.parlamento.it/application/xmanager/projects/parlamento/file/repository/affariinternazionali/osservatorio/focus/PI0006ISPIMed.pdf>

Siccome gli accordi bilaterali sono equiparati giuridicamente alle convenzioni internazionali e sono pertanto negozi giuridici di diritto internazionale in virtù dei quali gli Stati contraenti si assumono l'obbligo di instaurare e coordinare un regime di assicurazioni sociali che abbia il carattere della reciprocità e che garantisca la libera circolazione dei cittadini, sono inquadrati nella sfera esclusiva di competenza dello Stato centrale, pertanto le Regioni non hanno giuridicamente la possibilità di poter esercitare alcun diritto negoziale autonomamente.

Un altro segnale della scarsa considerazione delle esigenze previdenziali degli immigrati extracomunitari, tra cui i tunisini, è stato attuato portando il requisito contributivo per il raggiungimento della pensione di vecchiaia a 20 anni per tutti i contribuenti.

Apparentemente il requisito contributivo di 20 anni non è discriminatorio nei confronti degli immigrati, ma nei fatti è gravoso per chi viene dall'estero, lavora con contratti a tempo determinato, quindi in modo frammentato e spesso è indotto a rientrare anzi tempo in patria a causa della perdita del posto di lavoro e del mancato rinnovo del permesso di soggiorno.

Se si considera che l'Italia non sta procedendo alla stipula di nuovi accordi bilaterali di sicurezza sociale, si giunge alla definizione che la preoccupazione di difendere i diritti previdenziali degli immigrati ha un peso ancora insufficiente nelle decisioni politiche migratorie³⁸.

Questo aspetto, sebbene riconosciuto discriminante, è stato sanato mediante l'intervento dei giudici di merito. Infatti la legislazione può intervenire solo sul caso trattato e non può imporre all'Ente previdenziale di emanare provvedimenti in altri casi analoghi. Il legislatore italiano non può condizionare l'erogazione di determinate prestazioni previdenziali e assistenziali, discriminando gli stranieri, limitando il godimento dei diritti fondamentali ammessi invece ai cittadini.

A risanare questo equilibrio è intervenuto più volte il Giudice costituzionale, di legittimità e merito, che in più occasioni ha ripreso il principio di uguaglianza quale diritto del singolo individuo, modificando le situazioni di esclusione a livello nazionale, regionale e locale dei cittadini stranieri dalla vita quotidiana³³.

Anche la Corte di Giustizia Europea ha condannato l'Italia per violazione dell'articolo 14 del C.E.D.U. (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'articolo 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), per non aver concesso in condizioni di parità con i cittadini l'erogazione di prestazioni sociali ad un cittadino tunisino, padre di quattro figli, residente regolarmente in Italia con un permesso di soggiorno per lavoro.

Il diniego della concessione da parte dell'I.N.P.S. dell'assegno per nucleo familiare numeroso, previsto dall'articolo 54 della legge n° 448 del 1998, è stato giustificato dalla previsione di tale provvidenza per le famiglie composte da italiani residenti in Italia.

³⁸ Biondi Dal Monte, F. 2011. Welfare, immigrazione e non discriminazione. Quando i diritti costruiscono l'integrazione. Paper for the Espanet Conference. Innovare il welfare. Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa. Articolo recuperato nel settembre 2018 dal sito web: espanet-italia.net/conferenza2011/edocs2/sess.16/16-biondi%20dal%20monte.pdf.

Neanche in virtù dell'Accordo italo tunisino era possibile elargire detta provvidenza, in quanto quest'ultimo riguardava esclusivamente le prestazioni previdenziali e non quelle assistenziali.

La Corte ha confermato la tesi del ricorrente che rivendicava la prestazione in oggetto in ragione del fatto che le famiglie numerose sono esposte a spese ingenti, principalmente legate al mantenimento e l'istruzione dei figli. Lo Stato ha dunque l'obbligo positivo di tutelare la famiglia, come previsto dall'articolo 8 del C.E.D.U.³⁹.

Solo mediante il recupero del principio di non discriminazione dello straniero può essere assicurata, quindi, una sua concreta integrazione nella società civile.

Per favorire il cammino dell'inclusione, stante la presenza consolidata della comunità tunisina in Italia, sarebbe sufficiente fare riferimento alla nostra Costituzione, alla normativa europea, internazionale e dalla Convenzione dei Diritti Fondamentali dell'Uomo, che forniscono efficaci principi, dispositivi, obiettivi che per concretizzarsi richiedono un'effettiva partecipazione soprattutto da parte di coloro che hanno responsabilità politiche ed istituzionali, in modo da creare una società civile, più giusta ed interculturale.

Le politiche per l'integrazione si pongono quale sostegno per una crescita economica sostenibile e uno strumento per la diminuzione della povertà e della disuguaglianza, protegge gli individui con azioni specifiche, rivolte alla salute, alla disoccupazione, alla malattia, all'invalidità e al pensionamento.

Gli accordi bilaterali possono rappresentare uno strumento idoneo a garantire il benessere dei cittadini mediante sistemi di sicurezza sociale efficienti, individuando chi ha diritto a ricevere le prestazioni di sicurezza sociale e secondo quali condizioni.

L'accordo italo – tunisino stipulato nel 1984 andrebbe rinegoziato in virtù del mutamento dello scenario internazionale, di cui l'Italia e la Tunisia, per motivi diversi, sono ancora oggi protagonisti.

Sostenere l'accesso al welfare rappresenta l'opportunità di destinare i servizi già esistenti, in grado di sostenere le problematiche mostrate dai cittadini stranieri o che si trovano in una situazione di difficoltà, anche provvisoria o collegata a pregiudizi e forme di discriminazione. All'interno delle politiche per l'integrazione si pongono in modo centrale i temi della socialità e dell'opposizione ai pregiudizi, la realizzazione di progetti per ampliare la conoscenza dei diritti e dei doveri e favorire il senso di responsabilità nei nuovi e vecchi cittadini, tema per cui i cittadini tunisini, presenti in Italia da alcuni decenni, potrebbero rappresentare un capace modello cui gli altri cittadini stranieri potrebbero aspirare.

Ma la rigidità delle norme in materia di immigrazione e integrazione, introdotte gradualmente dallo Stato italiano, rischia di far sfumare il percorso fino ad ora compiuto dalla comunità tunisina, e la mancata negoziazione dell'Accordo bilaterale del 1984

³⁹ Sentenza n° 17120/09 del 08/04/2014: *Dhahbi c. Italia*.

rappresenta un disconoscimento per l'inserimento nella vita sociale, per le sensibilità personali e sociali, per gli equilibri sociali che sposta, ma che comunque rimangono obiettivi determinanti per l'accrescimento di uno Stato solidale e tutelante che ogni Governo dovrebbe perseguire.

Recibido: 24.10.2018. Aceptado: 26.11.2018.

SOCIAL SECURITY IN ITALY-TUNINSIA AGREEMENTS

LOS ACUERDOS DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ITALIA-TÚNEZ

CATERINA BUCCHERI¹

Migration Institute. University of Grenade (Spain).

¹Universidad de Granada Instituto de Migraciones, Polígono Tecnológico Ogíjares, Calle Zamora, 18151 Ogíjares (E).
Buccheri Caterina, Via dei Gracchi 49, 92016 Ribera (AG) Italia, +39.3293259563
e-mail: caterinabuccheri@yahoo.it

ABSTRACT

Social Security fulfils the general principles of protection of the needy through social assistance and social security, specific for the safeguard of workers.

In Italy, according to the principle of territoriality of the insurance obligation, the non community worker is subject to the country's social security and welfare legislation.

On 7 December 1984 an administrative agreement is signed in Tunis for the application of the convention on social security, between the Italian Republic and the Tunisian Republic, with the possibility for the Tunisian citizen to work in Italy, while remaining under the responsibility of the legislation on social security in your country of origin.

Because of the political alternation of the Italian Governments, more restrictive guidelines have been reached, with the introduction of the limitation to equating to Italians only non-EU immigrants holding EC residence permits as long-staying guests, exceeding even the provisions of bilateral agreements including the Italy - Tunisian one. This has subordinated the provision of certain social security benefits, discriminating against Tunisian citizens and limiting the enjoyment of the fundamental rights recognized to Italian citizens.

KEYWORDS: Social Security. Retire. Tunisians immigrates. Critical issues.

RESUMEN

La Seguridad Social cumple con los principios generales de protección de las personas desfavorecidas a través de la asistencia y los subsidios sociales, específicos para velar por los trabajadores.

En Italia, de acuerdo con el principio de la territorialidad del seguro obligatorio, el trabajador no perteneciente a la EE.UU. está sujeto a la legislación de prestaciones sociales italianas.

El 7 de diciembre de 1984 se firmó un acuerdo administrativo en Túnez para la aplicación del convenio sobre seguridad social entre la República Italiana y la República de Túnez, el cual brinda al ciudadano tunecino la oportunidad de trabajar en Italia, aunque seguirá bajo la competencia de la normativa de su país de origen.

Debido a la alternancia política de los gobiernos italianos, se han llegado a crear unas directrices más restrictivas. Se ha introducido la limitación de equiparar con los italianos solo a los inmigrantes no comunitarios que tengan permiso de residencia de la EE.UU. como residentes de larga duración, obviando las disposiciones de los acuerdos bilaterales, incluido el italo-tunecino.

Esto ha subordinado la concesión de ciertos beneficios de prestación y asistencia, discriminando a los ciudadanos tunecinos y limitando el disfrute de los derechos fundamentales reconocidos, en cambio, a los ciudadanos italianos.

PALABRAS CLAVE: Seguridad social. Seguridad. Inmigrantes tunecinos. Aspectos críticos.

SUMMARY

I. INTRODUCTION

II. THE RULES OF SOCIAL SECURITY

III. THE ITALY-TUNISIA BILATERAL AGREEMENT OF 7 DECEMBER 1984

IV. CRITICALITIES IN ACCESS FOR NO-E.U. IMMIGRANTS TO WELFARE

V. CONCLUSIONS

I. INTRODUCTION

Social Security refers to all the services that the State makes available to citizens in need, lacking resources for their maintenance or incapacitated for work.

Appropriate benefits are provided for cases of accident, illness, disability, old age and involuntary unemployment.

Social Security fulfils these general principles of protection of the needy through social assistance and social security, specific for the protection of workers.

In Italy, according to the principle of territoriality of the insurance obligation, the non-EU worker is subject to national social security and welfare legislation.

The social security system is a significant means of inclusion because it recognizes genuine protection against the risk of unemployment, accidents at work, illness and disability. Each Member State, according to its own history and the singularity of the national context, has developed its own social security system.

Tunisian immigrants in Italy, compared to other no-E.U. communities, are guaranteed, as well as by national legislation, also by a bilateral agreement called "The Social Security Convention between Italy and Tunisia" stipulated in Tunis on 07 December 1984.

The institutions involved were I.N.P.S.² for Italy and C.N.S.S.³ for Tunisia, which established the criteria for the recognition of social security payments.

The Convention has been modified according to the variations introduced by the Italian legislation, with the increase of the years of contribution and consequently of the retirement age.

This agreement provides for equal treatment of workers, as provided for by the O.I.L.⁴ ratified in Italy by Legislative Decree No. 285/1998, which enshrines in Article 2, paragraph 3, of Legislative Decree No. 286 of 25 July 1998 Consolidated Text on Immigration⁵, which «the Italian Republic, implementing the I.L.O. No. 143 of June 24, 1975, guarantees all foreign workers legally residing in its territory and their families equal treatment and full equality of rights compared to Italian workers ».

But with the rigidity of the rules that regulate immigration in Italy, this protection has often not been applied, generating cases of discrimination, only sometimes remedied by appeal to the Court.

² I.N.P.S.: Istituto Nazionale di Previdenza Sociale

³ C.N.S.S.: Caisse Nationale de Sécurité Sociale.

⁴ O.I.L.: International Labor Organization is a specialized Agency of the United Nations that promotes social justice and internationally recognized human rights, with particular reference to those concerning work in all its aspects.

⁵ Governo Italiano, 2000. Legge n° 388/2000, art. 80 c. 19. Disposizioni in materia di politiche sociali.

Legislative text retrieved in August 2018 on the institutional website of Italian Government: <http://www.gov.it/leggi/archivio/388-2000>.

With the introduction of Law No. 388 of 23 December 2000⁶, in Italy begins a path of tightening immigration rules, which enshrines with the art. 80 that “the social allowance and the economic provisions that constitute subjective rights according to the current legislation on social services are granted, under the conditions established by the law itself, to foreigners who hold a residence permit; for other social services and services, the equivalence with Italian citizens is allowed in favour of foreigners who are at least holders of a residence permit of not less than one year”.

An important limitation is introduced on the basis of the residence permit, with the "economic services" provided on the basis of pre-established requirements, such as the long-term residence permit.

The rigidity of the norm is accompanied in Italy by the practice of work in black, which also involves holders of a regular residence permit, with resulting penalisation of pension rights to be accrued, making the pension benefits disregarded on the application plan, due to the lack of requirements⁷.

But the turnaround of the pension system that has affected all without distinction, has occurred with the introduction of Law No. 214 of 22 December 2011⁸, known as Fornero Law, which has set a series of parameters always stricter to meet retirement requirements.

It immediately became clear that it would affect the socially weaker citizens, including non-EU citizens, since it provides for the calculation of the allowance based on the contributions paid during the working life, and no longer considering only the last five years of social security payments they determined the check, determining with this system, which provides for a minimum of twenty years of contributions, the amount of pensions has undergone a drastic reduction. The purpose of this law was to reduce public spending linked to pension benefits at a time of financial crisis because, in the public pension system, also called first-pillar pensions, these are paid with taxes. It is therefore a social security reform of the public pension system and compulsory social insurance.

This epochal change has seen in many cases the lack of application at administrative level of the principle of equal treatment, between Italian and no-EU citizens, for which it has become essential to have recourse, in Italy, to judges of merit, the Court of Cassation and the Constitutional Court, and in Europe at the Court of Justice.

⁶ Giuliani M. , Pittau F. e Ricci A., 2012. Canali migratori. Visti e flussi irregolari. Roma, Italia. Edizioni IDOS.

⁷ Giuliani M. , Pittau F. e Ricci A. (2012). Canali migratori. Visti e flussi irregolari. Roma, Italia. Edizioni IDOS.

⁸ Governo Italiano, 2011. Legge n° 214 del 22 dicembre 2011. Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici.

Legislative text retrieved in August 2018 on the institutional website of Italian Government: <http://www.gov.it/leggi/archivio/214-2011>.

The interventions of the jurisprudence have made possible the extension to no-EU immigrants of all pension and social security benefits. But in reality what decreases the consistency, remains the greater flexibility of employment, which reduces the maturity of the minimum contributory requirement and the level of pay, in fact lower than that of Italians with the same qualifications and tasks performed⁹.

To make the pension system in Italy more equitable, it is necessary to overcome the current rigidities and encourage generational change, in order to identify a new criterion that respects the diversity and peculiarities of all workers.

To increase pensions economically, it would be desirable to use an instrument which, by valuing the contributory history of workers, supports their future pension income and, at the same time, overcomes the current criteria set by the contributory system, penalizing workers with lower incomes.

For the latter, which have the greatest difficulty in joining, given the cost to be incurred, it would be essential to re-launch supplementary pension with the increase in incentive taxation,

Finally, in order to safeguard public spending, an accounting separation of social security and welfare expenditure must be carried out, in order to demonstrate that pension expenditure in Italy is below the European average and therefore could be increased without incurring infringement provided for by the E.U.

At the moment there are numerous legislative proposals filed in Parliament for the reform of the pension system in Italy, but none of these has been the object of political attention, since the governments have always placed their attention on the safeguarding of public debt according to the fiscal pact of the EU.

The current Government, installed on 1st June 2018, declared its intention to modify the pension system by repealing the Law No. 214 of 22 December 2011, known as the Fornero Law and estimated that for exceeding the parameters set by the Law No. 214/2011 it would take about 20 billion Euros for the next ten years, presumably not feasible given the country's public accounts situation.

In fact in the D.E.F. (Economic and Financial Document) presented on 1st October 2018 by the Minister of Economy and Finance to the Commission E.U. there is no comparison with the reform of the pension system.

II. THE RULES OF SOCIAL SECURITY

The general principles on Social Security have been inspired by different legislative levels.

⁹ Pittau, F. 2009. Immigrazione, mercato occupazionale e lavoro nero. Quaderni di ricerca dell'artigianato, n° 51/2009.

The International Convention of the O.N.U. of 1990, on the protection of the rights of migrant workers and members of their families, enshrines in article 27 equal treatment in access to the social security system, but to date, in Italy has not yet been ratified¹⁰ Article 10 of the I.L.O. No. 143 on migrations in abusive conditions and on the promotion of equal opportunities and treatment of migrant workers establishes equal treatment and has been ratified in Italy under Law No. 158 of 10 April 1981¹¹.

Also the EU has issued provisions concerning the application of Social Security which is implemented through the application of the European Regulations. These Regulations are No. 1408/71¹² and No. 574/72¹³ which dictate the general rules on insurance, disability, pensions, insurance against accidents at work and occupational diseases, against involuntary unemployment, for assistance during illness and in maternity and for family benefits.

Other Regulations specifically concerned the coordination of social security and its application by paying attention to non-discrimination.

With the EU Regulation No. 987/2009¹⁴ the procedures for the application of Regulation No. 883/2004¹⁵ concerning the coordination of social security systems have been established, while with the E.U. Regulation No° 859/2003¹⁶ the discipline has also

¹⁰ U.N., 1990. Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie.

Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of Centro Regionale di Informazione delle Nazioni Unite (UNRIC):

<https://www.unric.org/html/italian/treaties/InternationalConventionont.html>

¹¹ I.L.O., 1975. Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti.

Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of I.L.O.:

https://www.ilo.org/rome/norme-del-lavoro-e-documenti/WCMS_153191/lang--it/index.htm

¹² Consiglio Europeo, 1971. Regolamento n° 1408/1971. Applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of Italian Government:

http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_244_allegato.pdf

¹³ Consiglio Europeo, 1972. Regolamento n° 574/1972. Modalità di applicazione del regolamento CEE n° 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità. Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of Italian Government:

http://www.salute.gov.it/imgs/C_18_normativa_245_allegato.pdf

¹⁴ Consiglio Europeo, 2009. Regolamento n° 987/2009. Modalità di applicazione del Regolamento CE n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of E.U.:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32009R0987>

¹⁵ Consiglio Europeo, 2004. Regolamento CE n° 883/2004. Coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of E.U.:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A02004R0883-20140101>

¹⁶ Consiglio Europeo, 2003. Regolamento n° 859/2003. Estensione delle disposizioni del Regolamento CEE n° 1408/71 e del Regolamento CEE n° 574/72 ai cittadini di paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità. Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of E.U.:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2003.124.01.0001.01.ITA&toc=J:L:2003:124:TOC

been extended to no-E.U. citizens, as the essential requirement has become the insurance under the Social Security schemes of one of the member states.

The Community Regulations do not replace the law of the Member State but regulate its application among the E.U. countries avoiding cases of discrimination between workers who work abroad and those who remain in their homeland.

In Italy Social Security protects the fundamental rights to health and safety at work, enshrined in articles 4, 32, 35 and 41 of the Republican Constitution¹⁷ and her history of Social Security began in 1870 after the unity of the Kingdom of Italy and through the legislative history of the country with a series of measures up to the Delegated Law No. 243 of 2004¹⁸ with which they are reorganized the Social Security Entities for the provision of benefits and the Law No. 214 of 2011 with which the pension requirements are reorganized.

The Social Security System is divided into three sectors managed by as many public institutions, which the S.S.N. (National Health Service)¹⁹ deals with the provision of medical care services and is structured at the provincial level and the cost of the services is borne by the individual Regions.

The I.N.A.I.L. (National Institute for Accidents at Work)²⁰ is a public institution body managed by the Ministry of Labour and Social Policies. In addition to playing a role in the field of Occupational Safety, it plans to provide benefits to workers in the event of an accident, occupational disease or death, while the I.N.P.S. (National Institute of Social Security)²¹ is the public institution body that provides the social security and welfare benefits. Social security benefits are matched by contributory payments and are finalized with the provision of pensions, also in addition, welfare benefits are determined through maternity allowances and family units.

The I.N.P.S. pays pensions and other social security benefits with taxes that derive, for approximately 70% from contributions for compulsory insurance through the application of rates of purpose called pension contribution rate and, for the remaining

¹⁷ Costituzione della Repubblica Italiana (1948). G.U. n° 298 del 27/12/1948. Roma, Italia.

¹⁸ Governo Italiano, 2004. Legge n° 243 del 23/08/2004. Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatori.

Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of Italian Government: <http://www.camera.it/parlam/leggi/042431.htm>

¹⁹ S.S.N.(Servizio Sanitario Nazionale - National Health Service): Introduced with the Law n. 833 of 23 December 1978, it identifies the complex of functions, activities and welfare services managed and provided by the Italian State.

²⁰ I.N.A.I.L. (Istituto Nazionale Assicurazione Infortuni sul Lavoro - National Institute for Accidents at Work): Established with the Royal Decree No. 264 of 23, March 1933, is a public institution supervised by the Italian Ministry of Labor and Social Policy, whose purpose is to protect, from the insurance point of view, those who remain involved in an accident at work.

²¹ I.N.P.S. (Istituto Nazionale Previdenza Sociale - National Institute of Social Security): Established with the Royal Decree No. 371 of 27 March 1933, is the main social security institution of the Italian public pension system, in which all public or private employees, self-employed workers must be registered. The INPS is subject to supervision by the Ministry of Labor and Social Policies.

30%, through transfers from part of the State directly from general taxation, which finances social assistance activities²².

III. THE ITALY-TUNISIA BILATERAL AGREEMENTS OF 7 DECEMBER 1984

Italy, since the beginning of the seventies, has entered into a series of bilateral agreements with the countries of emigration to protect the circulation of workers. They are based on respect for non-discrimination and on ensuring equal treatment of workers and pensioners, with a view to harmonizing the laws of the Contracting States so that migration does not lead to the loss of social security rights.

These agreements regulate social security by offering the possibility for the foreign citizen to work in Italy, while remaining under the regulatory competence in the field of social security of their country of origin, notwithstanding the principle of territoriality of the contributory obligation.

They also allow the guarantee of fair treatment within the system of the host State in reference to particular services, or the equality of treatment is valid for pension contributions covered by the agreement, while the restrictions on the benefits of assistance, the exportability of social security benefits, so as to avoid double taxation, providing for the taxability of the pension in the country of residence only.

In the eighties, following the transformation of Italy from a country of emigration to an immigration country, new agreements were concluded, including that with the Republic of Tunisia.

The Social Security Convention between Italy and Tunisia, stipulated in Tunis on 7 December 1984, was ratified by Law No. 735 of 7 October 1986²³ by Italian Government, confirmed by the Administrative Agreement of 23 March 1987 and it entered into force on 1st June 1987.

The bilateral act has identified the benefits that can be provided in old-age, invalidity and survivors' pensions; sickness and maternity benefits for workers and their families; sickness benefits in kind to pensioners and their family members; benefits in the event of tuberculosis, in kind or in cash; benefits for family members dependent on the worker; benefits for family members of a pension recipient or pension and benefits for accidents at work and occupational diseases.

²² I.D.O.S., 2013. *Rivista Affari Sociali Internazionali*. Quaderno n°1/ 2013 “I diritti degli Immigrati in un contesto interculturale”, p. 161. Quadro Giuridico Nazionale: Sicurezza Sociale. Edizioni IDOS.

Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of Italian Government: <http://www.integrazionemigranti.gov.it/normativa/procedureitalia/Pagine/Sicurezza-Sociale.aspx#4>

²³ Governo Italiano, 1986. Legge n° 735 del 07/10/1986. Ratifica ed esecuzione della Convenzione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Tunisina in materia di sicurezza sociale, firmata a Tunisi il 7 dicembre 1984.

Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of Italian Government: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_594_listaFile_itemName_33_file.pdf

The Institutions that finalized the Convention and determined the conditions were I.N.P.S. for Italy and C.N.S.S.²⁴ for Tunisia, which established the criteria for the recognition of social security payments.

For the purposes of both Tunisian and Italian services, at least 52 weeks of contributions are required for international totalization.

For admission to voluntary insurance provided by Italian legislation, the periods of contribution accredited in Italy can be totalized with insurance periods in Tunisia and at least 52 weeks of effective work contributions are required in Italy.

Insurance periods lower than that period accrued in one State, which do not give rise, therefore, to international totalization, are nevertheless taken into consideration by the other State both for the assessment of the right and for the determination of the amount. This only if the worker has accrued in the other State the minimum period provided for by the Agreement and does not accrue the right to a benefit without resorting to international totalization.

If the requirements for the right to a pension are not improved with the international totalization of insurance periods in Italy and Tunisia, under the Italian-Tunisian Convention the periods completed in "third-party" States linked to both the Italy that to Tunisia from distinct bilateral social security Conventions, implementing multiple totalization²⁵.

It must be borne in mind that since the 1990s, when mass immigration began in Italy, the alarming negative trend of social security accounts has led to the restrictive approach of various bilateral agreements, interrupting the signing of further bilateral agreements that, if defined with the same general principles as those signed in the past, would have made their financial coverage problematic.

IV. CRITICALITY IN THE ACCESS OF IMMIGRANTS TO WELFARE

The role of the no-E.U. citizen in society is relevant, as he actively participates in the life of the country both as a beneficiary and a contributor to the social protection system²⁶.

Over the years there has been the formation of measures aimed at supporting the full integration of foreign citizens into society, and others aimed at protecting access to the welfare system, for example by choosing the recipients of benefits on the basis of the

²⁴ C.N.S.S.: Caisse Nationale de Sécurité Sociale is the Tunisian social security institute established by Law No. 60-30 of 14 December 14 1960.

²⁵ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 2015. Circolare esplicativa per attuazione Convenzione Italia Tunisia.

Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of I.N.P.S.:

<https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=49823>

²⁶ IDOS, 2014. Rapporto lavoratori immigrati negli archivi previdenziali. IDOS per I.N.P.S. Roma, Italia. IDOS Edizioni.

condition of citizenship or residence prolonged in the territory, determining inequality factors.

Among the identified causes is the position of the extra worker E.U. in the Italian context, which has difficulty access to work, often linked to the request of Italian citizenship both in relation to public employment and private work, a requirement assessed as a discriminating element.

Furthermore, following the increase in the number of years required to accrue the right to a retirement pension, and the blocking of the signing of new bilateral agreements with third countries, persistent negative results will be determined given the impossibility of accumulating the insurance periods accrued in Italy with those of the countries of origin, it will hinder many to accrue the minimum contribution requirement for the right to benefit.

The Italian legislator over the years has adopted for no-E.U. citizens various systems related to the guarantee of social security rights.

At the beginning the immigrant had the opportunity to transfer the contributions in his country in the case of a repatriation completed before the right of retirement²⁷.

Subsequently, as a result of Law 189/2002²⁸, again in the event of repatriation provision pension entitlement, the assignment of contributions was cancelled and the of a benefits at 65 was arranged, both for men and women, even in the presence without contribution lower than the minimum for the right to a pension, measured by the amount of the contributions.

With the entry into force of Law No. 214/2011, called the Fornero social security reform, the retirement age has been increased to 66 years and the minimum contribution to 20 years. However, the possibility remains, however, for no-E.U. workers insured after 1996 and repatriated before having matured the new minimum, to be able to obtain a pension at the age of 66, in the manner described above.

Therefore, the immigrant worker, in the hypothesis of a return to his country before having matured the right to retirement according to Italian law, can obtain the totalization of social security contributions accrued in Italy with those paid in his own country, only on condition that in force a convention that allows it²⁹.

²⁷ Governo italiano, 1995. Legge n° 335/1995. Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare.

Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of I.N.P.S.:
<https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=50735>

²⁸ Governo italiano, 2002. Legge n° 189 del 30/07/2002, art. 18 comma 13. Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo.

Legislative text retrieved in September 2018 on the institutional website of the Chamber of Deputies of Italian Parliament: <http://www.camera.it/parlam/leggi/021891.htm>

²⁹ Signorini, M. e Bonifazi, P., 2012. Liquidazione dei contributi INPS ai cittadini non comunitari rimpatriati. Pag. 160. Roma, Italia. IDOS Edizioni.

In the absence of a convention, the worker who decides to repatriate retains the accrued social security and security rights, but can only benefit from the retirement age and upon completion of the minimum contribution requirement based on the legislation in force in Italy. When these requirements are not met, the foreign citizen, man or woman, at the age of 66 can ask for the portion of the pension relative to his reduced seniority in contributions.

It is not possible, after the entry into force of Law No. 189/2002, that foreign workers returning to their countries of origin, suspending their work activity in Italy, obtain reimbursement of contributions paid in Italy³⁰.

Often no-E.U. citizens, in order to see their rights recognized, are forced to turn to the courts, which resume the path outlined by the jurisprudence contained in article 3 of the Italian Constitution³¹ and article 2 of the Law on Immigration³² which establish the universality of fundamental rights and equality in the exercise of civil and social rights. Relevant was the intervention of the Italian Constitutional Court that declared the acts of the Public Administration unconstitutional, where it limits the access of foreigners to social benefits linked to the requirement of residence on the national territory for at least five years.

The Constitutional judge declared the unequal treatment introduced in the regulations of some Regions where for third-country nationals who are not long-term residents, refugees or holders of subsidiary protection, an additional requirement for seniority of residence of five years in the territory was unconstitutional national for the purpose of obtaining welfare benefits related to the fight against poverty, the support of family income and the social right to housing, while for Italian citizens and other E.U. member

³⁰ Aronica, G., Candida, F. e Fucilitti, A., 2012. I diritti previdenziali dei lavoratori non comunitari in caso di rimpatrio. Dossier Statistico Immigrazione 2012. Roma, Italia. Edizioni IDOS.

³¹ Article 3 of the Italian Constitution:

All citizens have equal social dignity and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinions, personal and social conditions. It is the task of the Republic to remove the economic and social obstacles which, by limiting the freedom and equality of citizens, prevent the full development of the human person and the effective participation of all workers in political, economic organization. and social life of the country.

³² Art. 2 of the Law n. 943 of 30/12/1986: Rights and duties of the foreigner:

1. Any foreign person present at the border or in the territory of the State shall recognize the fundamental rights of the human person provided for by the rules of domestic law, international conventions in force and generally recognized principles of international law.

2. A foreigner legally residing in the territory of the State enjoys the rights in civil matters attributed to the Italian citizen, unless the international conventions in force for Italy and the present consolidated text provide otherwise. In cases where the present single text or the international conventions provide for the condition of reciprocity, it is ascertained according to the criteria and methods provided for in the implementing regulation.

3. The Italian Republic, implementing the ILO Convention n. 143 of 24 June 1975, ratified by law 10 April 1981, n. 158, guarantees all foreign workers legally residing in its territory and their families equal treatment and full equality of rights compared to Italian workers.

4. The regularly residing foreigner participates in local public life.

5. The foreigner is recognized equal treatment with the citizen in relation to the judicial protection of legitimate rights and interests, in relations with the public administration and in access to public services, within the limits and ways provided by law.

countries and their family members, as well as for long residents and refugees, only a retirement age requirement was provided.

According to the constitutional judge it is discriminating to assume that immigrant foreigners have been less in need of less time than those who live or stay for several years in the host country.

In this sense, the Court has recognized the illegality of the unequal treatment because the distinction based on citizenship and seniority of residence in the national territory does not have a logical connection with the aims of social protection institutions, aimed at remedying conditions of necessity and discomfort, indicating them as arbitrary and intrinsically discriminatory criteria³³.

The necessary link between the foreign citizen is not E.U. and the community where he/she is staying is already insured by the residence permit for at least one year, provided for by article 41 of the Law on Immigration³⁴, a sufficient requirement for exercising the right to equal treatment with regard to the use of social assistance benefits. This directive, in fact, also extends the principle of equal treatment in the social security sectors defined by the Community Regulation No. 883/2004 to include workers from third countries residing in a Member State for work purposes. Also family benefits intended as support for family expenses, as well as mixed social assistance services, that is to say assistance as not financed by individual social security contributions, but which represent subjective rights in accordance with current legislation.

The limitation of the access of immigrants to welfare benefits hinder the integration of the foreigner on the national territory.

There is no single multicultural model, which can be used in all the E.U. countries, each country should create its own model with characteristics of dynamism and flexibility. Italy needs to grow socially by keeping under control the forms of discrimination that accompany migratory processes, the aspects of alarmism, closure and/or foreclosure in some contexts. The migration phenomenon is reflected in a national regulatory framework that poses concrete obstacles to the full enjoyment of social rights. The logic of existing national legislation, based on the employment contract as the sole principle of regulating migration flows and the temporary nature of the phenomenon, makes the living conditions of immigrants precarious.

Foreigners holding a residence permit or residence permit of not less than one year, as well as minors enrolled in their residence card or in their residence permit, are treated as Italian citizens for the purpose of using the provisions and services, also economic, social assistance, including those provided for those suffering from Hansen's disease or tuberculosis, for the deaf-mutes, for the blind civilians, for the civil disabled and for the indigent.

³³ Corte Costituzionale, 2013. Judgment n° 222/2018.

Legislative text retrieved in August 2018 on the institutional website of Constitutional Court: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2013&numero=222>

³⁴ Article 41 of Law No. 943 of 30 December 1986: *Social Assistance*.

We need to increase the opportunities for comparison based on the assumptions of co-responsibility that is finalized in a "pact of cohabitation" between foreigners, Italians and institutions, at the basis of which is the exercise of rights and respect for the duties provided for by the law and the Italian Constitution. The rapidity of the process of growth of the migratory phenomenon, and the consequent abrupt socio-demographic changes impose the development of actions aimed at preventing and resolving situations of possible social conflict in the territorial contexts.

V. CONCLUSIONS

Social security is a considerable support for sustainable economic growth and an instrument for reducing poverty and inequality, protecting individuals with specific actions aimed at health, unemployment, sickness, disability and retirement. Although all the states of the E.U. have in common the approach of ensuring the well-being of their citizens through efficient social security systems, each state has its own rules to identify who is entitled to receive social security benefits and under what conditions.

In Italy, all workers who perform a remunerated activity are compulsorily insured by the social security system, financed by the contributions paid by the worker and by the employer and, in addition, by the public resources.

In the last decade, more restrictive guidelines have been introduced in Italian legislation in the immigration rules³⁵.

Although the existence of the agreement between Italy and Tunisia for the application of the convention on social security, it still represents the operational criticalities that have been indicated in the provision of family benefits and were addressed in March 2016 and 2018 in the a specific technical meeting between the representatives of I.N.P.S., the Ministry of Labour and Social Policies and the Tunisian National Social Security Bureau³⁶, with the need to review the legislation, in order to achieve the necessary legislative harmonization for a more tangible protection policy and, therefore, better usable by the person, without however having reached a resolution.

This result is determined by the choice of Italian Governments not to want to renegotiate any of the bilateral agreements stipulated³⁷.

³⁵ Article 18 paragraph 13 of Law No. 189/2002. *Subordinate and permanent employment and self-employment*:

Except for seasonal workers under Article 25, paragraph 5, in case of repatriation the non-E.U. worker retains the social security and social security rights accrued and can enjoy them regardless of the validity of a reciprocity agreement when the requisites established by current legislation have matured, at the age of 65, also by way of derogation from the minimum contribution requirement provided for by article 1, paragraph 20, of the law of 8 August 1995, No. 335

³⁶ Operational note of I.N.P.S. No. 1027 of 07 March 2018.

Legislative text retrieved in October 2018 from the INPS institutional website:

<https://www.inps.it/convenzione-bilaterale-italo-tunisina-di-sicurezza-sociale-chiarimenti-sullo-scambio-di-informazioni-in-matter-of-performance-familiari.html>

³⁷ International Policy Observatory of the Italian Parliament. *Enlarged Mediterranean Focus*, No. 6 of January 2018. ISPI Publisher.

Legislative text retrieved in October 2018 from the Italian Parliament institutional website :

Some Italian Regions, including Sicily, had proposed to Governments that have succeeded between 2012 and 2014 to independently enter into bilateral agreements with Tunisia, for a certain number of workers, even for a fixed term taking charge of half of the social spending, starting with the 1984 Agreement.

Since the bilateral agreements are legally equivalent to international conventions and are therefore legal transactions under international law by virtue of which the contracting States undertake the obligation to establish and coordinate a social insurance scheme having the character of reciprocity and guaranteeing the free movement of citizens, are framed within the exclusive sphere of competence of the central State, and therefore the Regions have no juridical possibility of being able to exercise any contract law independently.

Another sign of the poor consideration of the social security needs of no-E.U. immigrants was implemented by bringing the contribution requirement for reaching the 20 year old age pension for all taxpayers.

It has not been taken into consideration that many countries of origin of immigrants are not linked to Italy by any convention that allows the totalization of insurance periods. Apparently the 20 year contributory requirement is not discriminatory towards immigrants, but in fact it is burdensome for those coming from abroad, working with fixed-term contracts, therefore in a fragmented way and often it is induced to return home rather time due to loss of job and non-renewal of residence permit. If one considers that Italy is not proceeding with the stipulation of new bilateral social security agreements, it comes to the definition that the concern to defend the social security rights of immigrants still has insufficient weight in the political migratory decisions³⁸. This aspect, although recognized as discriminating, has been remedied through the intervention of judges of merit. In fact, the legislation can intervene only on the case treated and can not impose on the social security body to issue provisions in other similar cases.

The Italian legislator cannot condition the provision of certain social security and welfare benefits, discriminating against foreigners, limiting the enjoyment of fundamental rights allowed instead to citizens.

To rectify this balance, the Constitutional Judge has repeatedly intervened, legitimacy and merit, which on several occasions has taken the principle of equality as the right of the individual, modifying the situations of exclusion at national, regional and local level of foreign citizens from life daily.

<https://www.parlamento.it/application/xmanager/projects/parlamento/file/repository/affariinternazionali/osservatorio/focus/PI0006ISPIMed.pdf>

³⁸ Biondi Dal Monte, F. 2011. Welfare, immigrazione e non discriminazione: Quando i diritti costruiscono l'integrazione. Paper for the Espanet Conference. Innovare il welfare. Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa.

Article retrieved in September 2018 from the website:

espanet-italia.net/conferenza2011/edocs2/sess.16/16-biondi%20dal%20monte.pdf.

e-Revista Internacional de la Protección Social, ISSN 2445-3269. 2018, Vol. III. N° 2.

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i02.27>

Página 169

Even the European Court of Justice has condemned Italy for violation of Article 14 of the C.E.D.U. (prohibition of discrimination) in conjunction with Article 8 (right to respect for private and family life), for not having granted on equal terms with citizens the provision of social benefits to a Tunisian citizen, father of 4 children, residing regularly in Italy with a residence permit for work.

The denial of the concession by the I.N.P.S. the allowance for a large family, provided for by article 54 of Law No. 448 of 1998, was justified by the provision of provision for families composed of Italians residing in Italy.

Not even by virtue of the Italy – Tunisian Agreement was it possible to grant this provision, since the latter concerned exclusively social security benefits and not welfare benefits.

The Court confirmed the claim of the claimant claiming the benefit in question due to the fact that large families are exposed to substantial expenses, mainly related to the maintenance and education of their children. The State therefore has a positive obligation to protect the family, as required by article 8 of the C.E.D.U.³⁹.

Only through the recovery of the principle of non-discrimination of the foreigner can therefore be ensured its concrete integration into civil society.

To encourage the path of inclusion, it would suffice to refer to our Constitution, European and international legislation and the Convention on the Fundamental Rights of Man, which provide effective principles, devices, objectives which, in order to materialize, require effective participation above all by those who have political and institutional responsibilities, in order to create a more just and intercultural civil society. Integration policies stand as a support for sustainable economic growth and an instrument for reducing poverty and inequality, protecting individuals with specific actions aimed at health, unemployment, sickness, disability and retirement.

Supporting access to welfare represents the opportunity to allocate existing services, able to support the problems shown by foreign citizens or who are in a situation of difficulty, even temporary or linked to prejudices and forms of discrimination. Within the integration policies, the themes of socialization and opposition to prejudices are centralized, the realization of projects to widen the knowledge of rights and duties and to foster a sense of responsibility in the new and old citizens, a theme for which Tunisian citizens, who have been resident in Italy for some decades, could represent a capable model to which other foreign citizens could aspire.

But the rigidity of the rules on immigration and integration, introduced gradually by the Italian State, risks fading the path so far made by the Tunisian community, and the failure to negotiate the Bilateral Agreement of 1984 represents a disregard for inclusion in the social life, for personal and social sensibilities, for the social equilibrium that moves, but which in any case remain decisive objectives for the growth of a supportive and protective State that every Government should pursue.

³⁹ Judgment No. 17120 of 8 April 2009 of European Court of Justice: Dhahbi vs. Italy.

Recibido:31.10.2018. Aceptado:03.12.2018.

CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y VENEZUELA

SOCIAL SECURITY AGREEMENT BETWEEN SPAIN AND VENEZUELA

Dra. YDANGELY TROPIANO

Profesora e Investigadora de Derecho de Trabajo y Seguridad Social
Aprendizaje Jurídico, S.C
Instituto Universitario de Mercadotecnia

Dr. ATILIO NOGUERA

Profesor e Investigador de Derecho de Trabajo y Seguridad Social; Medios Alternativos de Resolución de Conflictos
Aprendizaje Jurídico, S.C
Universidad Santa María
Universidad Central de Venezuela
Instituto Universitario de Mercadotecnia

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto desarrollar los aspectos relevantes del Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, suscrito en el año 1988, así como el Acuerdo Administrativo complementario que regula los trámites para la puesta en ejecución del acuerdo internacional. El Convenio de Seguridad Social constituye un acuerdo que fortaleció las relaciones diplomáticas de ambos países derivados de los procesos de globalización económica, en la búsqueda del reconocimiento y la materialización de las prestaciones de seguridad social entre los nacionales, familiares y refugiados, que abrió brecha para el establecimiento de acuerdos similares con otros países, que inclusive origina una mirada más amplia a los Convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, sin embargo resulta conveniente, a pesar de las confrontaciones políticas que se están suscitando en la actualidad, y del gran apoyo otorgado por España a los emigrantes, que en un futuro ambas partes contratantes estudie la posibilidad de fortalecer los beneficios prestacionales, para que sea adoptado a las innovaciones que en materia de seguridad social se han implementado con posterioridad tanto en Venezuela como en España.

PALABRAS CLAVE: Seguridad social, prestaciones dinerarias, Venezuela, España.

ABSTRACT

The purpose of this article is to develop the relevant aspects of the Social Security Agreement between Spain and Venezuela, signed in 1988, as well as the supplementary Administrative Agreement that regulates the procedures for the implementation of the international agreement. The Social Security Agreement constitutes an agreement that strengthened the diplomatic relations of both countries derived from the processes of economic globalization, in the search for the recognition and realization of social security benefits among nationals, relatives and refugees, which opened a gap for the establishment of similar agreements with other countries, which even originated a broader view of the Conventions adopted by the International Labor Organization, however, it is convenient, despite the political confrontations that are arising today, and the great support granted by Spain to the emigrants, that in the future both contracting parties study the possibility of strengthening the benefit benefits, so that it is adopted to the innovations that in the matter of social security have been implemented later in both Venezuela and Spain.

KEYWORDS: Social security, cash benefits, Venezuela, Spain

SUMARIO

I. PREÁMBULO

II. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

III. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

IV. LEGISLACIÓN APLICABLE

A. REGLA GENERAL

B. EXCEPCIONES

V. SEGURO VOLUNTARIO O CONTINUACIÓN FACULTATIVA

VI. ACCIÓN PROTECTORA

A. PRESTACIONES DE DINERO POR ENFERMEDAD

B. PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PARCIAL, INVALIDEZ, VEJEZ, MUERTE Y SUPERVIVENCIA;

C. SUBSIDIOS O ASIGNACIONES POR DEFUNCIÓN

D. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

E. OTRAS PARTICULARES COMPLEMENTARIAS REFERENTE A LAS PRESTACIONES

VII. REGULACIONES FINALES INDICADAS EN EL CONVENIO

VIII. CONCLUSIONES

I. PREÁMBULO

El 12 de mayo de 1988, se firmó entre España y Venezuela el primer Convenio de Seguridad Social (en lo adelante Convenio), que posteriormente fue sujeto a correcciones por error en los artículos 8, 11.1, 14.1 y 16.3, siendo suscrita en la ciudad de Caracas en fecha 5 de mayo de 1989.

Por motivo que el cumplimiento del Convenio dependía de los requisitos constitucionales para su entrada en vigencia por ambos países, en el caso de España el Convenio entró en vigor el 01 de julio de 1990 y publicado en el Boletín Oficial del Estado¹.

En cambio la validez del Convenio en Venezuela, estuvo más adelantada al ser aprobada y publicada mediante Ley Aprobatoria por el entonces Congreso de la República (actualmente Asamblea Nacional)².

El Convenio indica en el artículo 35, que a partir de su vigencia tendrá una duración de un año, prorrogable automáticamente de año en año, salvo que se denuncie dentro del lapso de seis meses antes del vencimiento del mencionado lapso.

Posteriormente, las partes contratantes suscribieron un Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, que entro en vigor en fecha 1 de julio de 1990, y cuya facultad les confiere conforme lo dispuesto en el artículo 27 del Convenio, que estipula la posibilidad por ambas partes de elaborar acuerdos complementarios para la aplicación y ejecución del Convenio³.

A continuación se desarrollan los aspectos más relevantes del Convenio, conjuntamente con el Acuerdo Administrativo.

II. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El convenio está dirigido en apoyar y atender una serie de prestaciones económicas y ayudas asistenciales en beneficio de los ciudadanos españoles y venezolanos, tanto si residen en Venezuela o en España, también como el caso de aquellos que regresan a su país de origen o se desplazan a su país por una estancia temporal, mientras permanezcan hasta seis meses en territorio español o venezolano.

Adicionalmente, cubre a los miembros de su familia que tenga derecho a las prestaciones según la legislación de cada parte, así como también a los familiares de los beneficiarios de un trabajador que sean nacionales de una de las partes contratantes, cualquiera que sea la nacionalidad del trabajador.

¹Convenio de Seguridad Social entre Venezuela y España. Boletín Oficial del Estado en fecha 07 de julio de 1990.

²Ley Aprobatoria del Convenio de Seguridad Social entre Venezuela y España. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.120 del 22-12-1988.

³Acuerdo Administrativo para la Aplicación del Convenio de Seguridad Social entre Venezuela y España. Madrid, 19 de junio de 1990.

Y por último agrupan a los refugiados y a los apátridas, en razón del primero por Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967, y el segundo por el Convenio de 28 de septiembre de 1954⁴.

III. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El Convenio describe una serie de términos que son esenciales su conocimiento, a los fines de la aplicación efectiva de los derechos y obligaciones contemplados, las cuales son:

- a) “Legislación”: comprende las leyes, reglamentos y demás disposiciones que regula los regímenes prestacionales, que estén vigentes en los territorios de una u otra parte contratante.
- b) “Autoridad Competente”: corresponde al órgano competente en la materia para el cumplimiento de la norma, que respecto a España, El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; y en relación con Venezuela, El Ministerio del Trabajo⁵.
- c) “Institución”: Organismo o Autoridad responsable de la aplicación de la legislación que regula el régimen en materia de seguridad social.
- d) “Institución Competente”: Institución que debe entender en cada caso concreto, de conformidad con la legislación aplicable.
- e) “Organismo de Enlace”: Organismo de coordinación entre entidades que intervengan en la aplicación del Convenio y de información de los interesados sobre derechos y obligaciones derivados del mismo. A tal efecto, entre ambos países se acordó en España al Instituto Nacional de Seguridad Social, y en Venezuela al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales⁶.
- f) “Trabajador”: Respecto a España, es toda persona que como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad por cuenta propia o ajena está o ha estado sujeta a la legislación que regula el régimen general y los regímenes especiales en seguridad social. Respecto a Venezuela, es toda persona que como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad laboral esta o ha estado sujeta a la legislación en materia de seguridad social.
- g) “Período de Seguro”: Es el período de cotización o período asimilado, considerado por cada legislación.
- h) “Prestaciones”: Cualquier prestación en dinero prevista por las legislaciones del régimen de seguridad social de las partes contratantes, incluido todo complemento, suplemento o revalorización.

⁴ Convenio de Ginebra, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951. El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967 y con fecha de vigencia 4 de octubre de 1967. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954.

⁵ Actualmente Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social del Trabajo.

⁶ Artículo 2 del Acuerdo Administrativo.

Los demás términos o expresiones que reflejen el Convenio, el significado de ellas son las que atribuye la legislación que aplica la materia de las partes contratantes.

IV. LEGISLACIÓN APLICABLE

A. REGLA GENERAL

Las partes contratantes disfrutarán en igualdad de trato los derechos y obligaciones derivados de las legislaciones que regula el sistema seguridad social.

A tal efecto, el Convenio establece la legislación que se aplicará, que dependerá donde se encuentre el trabajador ocupado en el territorio de una de las partes, en este sentido si el trabajador está situado en España se le aplicará la legislación de ese país, y en igual sentido en el caso de Venezuela (artículo 6).

España al igual que en Venezuela, el sistema de seguridad social se encuentra desarrollada por una ley general que la misma en el transcurrir del tiempo ha originado normativas específicas que regula diferentes regímenes.

En este sentido, en España tenemos la Ley General de la Seguridad Social, que durante el tiempo se han promulgado ordenes, Decretos y Leyes que regularizan temas específicos del sistema de seguridad social, que por ejemplo encontramos el proceso administrativo de inscripción, el método de financiamiento, el régimen de determinados trabajadores que tienen una característica especial por la actividad y el sector que desempeña funciones, el régimen general de las prestaciones, entre otras⁷.

A diferencia de Venezuela, que se caracteriza por una Ley que nace por una orden Constitucional, que es la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social⁸.

La referida norma Venezolana tiene por objeto desarrollar los regímenes prestaciones de la seguridad social, pero a su vez en virtud del proceso transitorio de este sistema en el país, se maneja de forma paralela dos normas que lo han regulado desde la fecha de la suscripción del Convenio de la seguridad social, que son:

- El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social⁹.
- El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Reforma Parcial del Reglamento General de la Ley del Seguro Social¹⁰.

B. EXCEPCIONES

El convenio en el artículo 7, establece las excepciones en cuanto a la legislación aplicable, siendo complementadas por el Acuerdo Administrativo (artículo 3), que

⁷Real Decreto Legislativo 8/2015 del 30 de octubre.

⁸Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.912 de fecha 30-04-2012.

⁹Ibídem.

¹⁰Ibídem.

explicaremos a continuación:

1. “Cuando un trabajador sometido a la legislación de una de las partes presta servicios en el territorio de esa parte, es enviado por el empleador a realizar un trabajo de carácter temporal en el territorio de la otra parte”; por ejemplo una persona que le rige la legislación de España y a su vez presta servicios en dicho país, pero es trasladado a Venezuela a cumplir funciones por un período determinado que no deberá en principio exceder de dos años, durante el mencionado tiempo se regirá por la normativa Española a pesar de estar trabajando temporalmente en Venezuela.

A tal efecto, la Institución de la parte cuya legislación es aplicable, expedirá por petición del empleador un certificado de desplazamiento, con el objeto de acreditar que el trabajador continua con la legislación de esa parte y hasta que fecha.

La solicitud debe ser formulada antes del traslado o dentro de los treinta días siguientes al mismo.

Adicionalmente indica el Convenio: “Si el trabajo se prolongara por motivos imprevisibles por más de dos años, las autoridades competentes de ambas partes, de común acuerdo, podrán autorizar la prórroga de esta situación para un nuevo periodo de un año”. En este caso, se concede la oportunidad de que se otorgue una prórroga cuando el traslado temporal indicado anteriormente se extiende por motivos imprevistos, pero con la advertencia que el diferimiento será por un año.

En este sentido, la solicitud de prórroga debe formularse por empleador, que estará dirigida a la autoridad competente de la Parte cuyo territorio se encuentre el trabajador asegurado antes que finalice el período de los dos años.

2. “El personal itinerante perteneciente a empresas de transporte aéreo que desempeñe su actividad en el territorio de ambas partes, estará sujeto a la legislación de la parte donde la empresa tenga su sede principal”. Esta excepción deviene, en virtud que los trabajadores aeronáuticos sus labores se caracteriza por desarrollarse de un lugar a otro sin permanecer mucho tiempo fijo en un mismo lugar (país), lo que conlleva que su régimen estará sometido a la legislación donde se ubique la sede principal de la empresa que le presta servicios.
3. “La tripulación de buques estará sometida a la legislación de la parte cuya bandera enarbole el buque”. Aquí se observa la especificidad que caracteriza esta clase de trabajadores, cuyas labores son ejercidas en el trayecto de un puerto a otro, que en virtud de ello la legislación que se aplicará dependerá de la bandera que enarbole el buque. Sin embargo, para este sector, el Convenio establece otro trato de excepción para los trabajadores empleados para la carga, descarga y reparación de buques, o en servicios de vigilancia en el puerto que estarán sometidos a la legislación de la parte contratante a cuyo territorio pertenezca el

puerto.

4. “Los representantes diplomáticos y funcionarios consulares de carrera se registrarán por lo establecido en los Convenios de Viena sobre relaciones diplomáticas, del 18 de abril de 1961, y sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963”¹¹.
5. “Los funcionarios públicos de una parte, no incluidos en el punto 4, destinados en el territorio de la otra parte, quedaran sometidos a la legislación de la parte a la que pertenece la administración de la que dependen”. Aquí se destina a los funcionarios públicos en general, que sean encomendados a realizar una actividad en el país de la otra parte, continuará regulándose por la legislación donde pertenece el organismo por el cual está adscrito.
6. “El personal administrativo y técnico de la embajada y consulados, de una de las partes contratantes, al igual que los miembros de su personal de servicio, así como las personas que estén colocadas exclusivamente al servicio personal de los representantes diplomáticos o funcionarios consulares de carrera, cuando sean nacionales del estado acreditante podrán optar entre la aplicación de la legislación de dicha parte o de la otra. Esta opción se ejercerá dentro de los tres primeros meses, a partir de la entrada en vigor del presente convenio o, según el caso, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de iniciación del trabajo en el territorio de la parte en que desarrollan su actividad”.

Esta excepción otorgó y aún otorga un privilegio al personal que laboran en los Consulados, que tienen la facultad de seleccionar dentro de los tres meses siguientes al inicio de la relación de trabajo la legislación que desea regirse, lo cual deberán comunicarlo mediante su empleador a la Institución competente de la parte cuya legislación ha optado, donde esta Institución a su vez lo comunicará inmediatamente a la Institución de la otra parte.

V. SEGURO VOLUNTARIO O CONTINUACIÓN FACULTATIVA

Es referente al requisito para la admisión del seguro voluntario o continuación facultativa, donde los períodos de seguro cubiertos por el trabajador en virtud de la legislación de una parte, si fuese necesario, se totalizarán con los períodos cubiertos en razón de la legislación de la otra parte, cuando no se superponga¹².

En este sentido, cuando una persona cotiza de forma voluntaria por ser un trabajador autónomo y/o pasa a continuación facultativa al quedar desempleado los períodos de seguro cubiertos en base a las legislaciones de cada una de las partes, si resultan convenientes se sumarán a efectos de adquirir el derecho a una prestación, siempre que no se superpongan.

¹¹Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961; y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963.

¹² Artículo 8 del Convenio.

VI. ACCIÓN PROTECTORA

Referente a las prestaciones resulta oportuno destacar como punto previo, que ambas partes acordaron en cuanto a los períodos de seguros cumplidos en base a la legislación de las partes contratantes que se toman en cuenta para la determinación del derecho, que Venezuela no reconocerá los períodos de seguros anteriores al primero de enero de 1967.

Y adicionalmente se reconoce el otorgamiento al derecho a prestaciones por contingencias ocurridas con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio, con la salvedad que el pago no tendrá efecto retroactivo.

Ahora bien, dependiendo del país contratante, el Convenio ampara las siguientes prestaciones:

Tabla Nro. 1

	España	Venezuela
A)	Incapacidad laboral transitoria en casos de enfermedad común, maternidad y accidente no laboral	Incapacidad temporal
B)	Invalidez	Incapacidad parcial o invalidez
C)	Jubilación	Vejez
D)	Muerte y supervivencia	Sobreviviente
E)	Accidentes de trabajo y enfermedad profesional	Asignación por muerte

Fuente: Artículo 2 del Convenio (1988)

Cada una de estas prestaciones se analizará a continuación.

A. PRESTACIONES DE DINERO POR ENFERMEDAD

Estarán a cargo de la Institución competente de la parte, cuya legislación sea aplicable al trabajador.

Para la concesión en caso de ser necesario, se tomará en cuenta la totalización de los períodos de seguro, solicitándose a la Institución competente de la otra parte, una certificación de los períodos de seguro acreditados según su legislación, que serán emitidos conforme el formulario establecido¹³.

B. PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PARCIAL, INVALIDEZ, VEJEZ, MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Para la adquisición, conservación y recuperación de este derecho cuando un trabajador haya estado sometido sucesiva o alternativamente a la legislación de los dos países

¹³ Artículo 4 del Acuerdo Administrativo.

contratantes, cuando sea necesario, los períodos de seguro cumplidos en base a la legislación de cada una de las partes serán totalizados, siempre que no se superponga, es decir, que no haya prioridad entre uno y otro, porque resultaría prohibido su acumulación.

Ahora el trabajador sometido a sucesiva o alternativamente a la legislación de una y otra parte contratante, las prestaciones se causarán conforme las siguientes condiciones¹⁴:

1. Si cumplen los requisitos para causar el derecho a las prestaciones, por la legislación de una o ambas partes contratantes, la Institución o Instituciones competentes aplicará su propia legislación, teniendo en cuenta únicamente los períodos de seguro cumplidos conforme dicha legislación.

En este sentido, si por ejemplo la persona reúne los requisitos por la legislación de España, la Institución competente de ese país aplicará su norma interna y solo los períodos cumplidos en virtud de su legislación, la cual tendrá igual aplicación en caso de cumplir los requisitos por ambas partes contratantes.

2. En caso contrario al supuesto anterior, que no se cumplan los requisitos exigidos por la legislación de una o ambas partes contratantes, la Institución o las Instituciones competentes totalizarán los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de la otra parte, es decir, una de las partes por ejemplo Venezuela sumará los períodos cumplidos por su país y además los acumulados por la otra parte contratante.

Efectuada la totalización se alcance el derecho a la prestación, para el cálculo de la cuantía se aplicarán las siguientes reglas:

- a) La pensión teórica, que consiste en que cada parte o ambas partes por separado determinará la cuantía de la pensión la cual el interesado hubiera tenido derecho, como si todos los períodos de seguro totalizados, hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación.
- b) El importe de la pensión que deba pagar cada parte, se establecerá por ella aplicando a la pensión teórica calculada según su legislación la misma proporción existente entre el período de seguro cumplido en la parte a la que pertenece la Institución que calcula la pensión y la totalidad de los períodos de seguro cumplidos en ambas partes.
- c) Cuando la legislación de algunos de los países exige una duración máxima de períodos de seguro para el reconocimiento de una pensión completa, a los fines de la totalización la Institución competente de la parte considerará solamente los períodos de cotización en la otra parte necesarios para alcanzar el derecho a la pensión.

En caso que coincidiesen períodos de seguro en ambas partes, antes de la entrada en

¹⁴ Artículo 11 del Convenio.

vigor del Convenio, cada una de las partes contratantes considerará los períodos cotizados conforme su legislación para la aplicación de la regla establecida en artículo 11 supra.

Ahora bien, resulta oportuno hacer referencia a la decisión que ha originado un giro a la aplicación de esta disposición, en virtud de la situación de los nacionales que adquirieron la pensión de vejez en Venezuela, migraron al exterior donde le cancelaba la pensión en base a la moneda extranjera del país donde la persona residía, y aproximadamente a partir del año 2016, el Estado Venezolano suspendió el pago, originando que los pensionista quedaran desertados del beneficio¹⁵.

Al efecto, resulta propicio hacer referencia a la sentencia sentada por España al respecto, en relación a las demandas por complemento por mínimos en pensiones reconocidas en virtud de convenios internacionales-*en este caso referente al Convenio de Seguridad Social entre Venezuela y España*-, y el Abono por la Seguridad Social española en el supuesto de que el otro Estado (Venezuela) no haga efectivo el pago de la parte que le corresponde.

En este sentido, en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sala de lo Social, en relación al Recurso de Suplicación 2145/2017, formalizado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia N° 107/17 del Juzgado Social que dictó sentencia parcialmente con lugar, declarando el derecho a la parte actora de percibir el complemento mínimo de la pensión de jubilación reconocida pero no cancelada por Venezuela¹⁶.

Al respecto, los referidos organismos de la Seguridad Social en España expone el rechazo al criterio del Juzgado al considerar que no es posible imponer a un Estado una responsabilidad subsidiaria por las pensiones impagadas por otro Estado, donde solo tendrá que garantizar y por lo tanto abonar, la diferencia entre la cuantía de la pensión real -*la calculada por las reglas del convenio bilateral en función de los años de cotización*- y la cuantía de la pensión mínima.

Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia indica que lo establecido por la doctrina del Tribunal Supremo es que las pensiones reconocidas por normas internacionales de las que hace referencia los artículos 14.3 de los diferentes Reales Decretos que fijan los incrementos de pensiones para cada año, se tratan de importes reales de las pensiones, no a las ideales con los que el beneficiario debe atender a sus necesidades que no pueden verse satisfechas con el importe de utópicas pensiones reconocidas y que no son satisfechas y por las que, en tanto no se hagan efectivas, tampoco han de soportar cargas fiscales¹⁷.

¹⁵ Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de abril de 2016 (recurso de suplicación núm. 3349/2015).

¹⁶ Roj: STSJ GAL 6716/2017 de fecha 24-10-2017, Nro. De Recurso: 2145/2017. Id CENDOJ: 15030340012017104840, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8217433&links=&optimize=20171127&publicinterface=true>, (Consultado el 19 de noviembre de 2018).

¹⁷ España Exterior, sobre el pago del complemento mínimo de la pensión, 7-11-2017, disponible en: <http://www.espanaexterior.com/noticias/obligan-a-la-seguridad-social-a-pagar-el-complemento-a->

Asimismo, expresa que el propio Tribunal Superior de Justicia de Galicia se ha pronunciado de forma reiterada, señalando que la persona debe reconocerse el complemento por residencia hasta la cuantía mínima reconocida en España, y dicha situación debe mantenerse en tanto la entidad gestora de seguridad social Venezolana no abone efectivamente la prestación, y sin perjuicio de los recálculos que en caso de exigencias de reintegro, pueda realizar la gestora una vez hecha efectiva la prestación reconocida por la Seguridad Social Venezolana¹⁸.

Por otra parte, cuando el trabajador ha estado sujeto a las legislaciones de los dos países contratantes, los períodos cumplidos después de la vigencia del Convenio (artículo 12), serán totalizados bajo los siguientes lineamientos:

1. Cuando coincida un período de seguro obligatorio o legalmente reconocido con un período de seguro voluntario de continuación facultativa, se tendrá en cuenta sólo el período de seguro obligatorio o legalmente reconocido.
2. Cuando coincidan períodos de seguro voluntario o de continuación facultativa, sólo se considerará el correspondiente al país en que el trabajador haya estado asegurado obligatoriamente en el último lugar antes del período voluntario o continuación facultativa; y en caso que no hubiese en ninguna de las Partes períodos obligatorios, se tendrá en cuenta los períodos obligatorios con posterioridad al voluntario o de continuación facultativa.
3. Cuando exista dificultad para precisar la época que fueron cumplidos determinados períodos, o se trate de períodos que hayan sido reconocidos por la legislación de una u otra parte, se presumirá que los referidos períodos no se superponen con los períodos de seguros cumplidos en la otra Parte.

Adicionalmente se establece en los artículos 13 y 14 del Convenio, otras reglas para la concesión de las prestaciones relacionados a la duración de los períodos y el condicionamiento para la concesión de las prestaciones, bajo los siguientes términos:

1. Si la duración total de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de una parte contratante no alcance a un año, y si no se adquiere ningún derecho

mínimos-a-los-retornados-de-venezuela-6/, (consultado el 17 de octubre de 2018).

¹⁸El basamento doctrinal en que el Tribunal Superior fundamenta la decisión, es: “(...) casos en que no se ha reconocido la prestación, por causa imputable al Organismo gestor de la Seguridad Social de otro país, y dado que el beneficiario no percibe cantidad alguna del país comprometido por el Convenio Bilateral de Seguridad Social, el beneficiario se haya más necesitado de protección que aquel que percibe de ambos Estados una prestación inferior a la mínima, debe reconocérsele el complemento por residencia hasta la cuantía mínima reconocida en España, pues el artículo 41 de la Constitución Española obliga a la Seguridad Social a garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, lo que resulta analógicamente extrapolable al presente caso, en el que la beneficiaria, a pesar de habersele reconocido la prestación, no la percibe efectivamente, por lo que igualmente se encuentra más necesitada de protección que el que efectivamente la percibe, siendo incardinable el supuesto en el precepto reglamentario recogido en los artículos 13.3 de los sucesivos Reales Decretos anuales de revaloración de pensiones (...)”. Otros criterios ratificados en sentencias 30-01-2014 (rsu 3898/11), 6-05-2016 (rsu 3861/15), 13-05-2016 (rsu 4866/2015), 15-04-2016 (rsu 519/2016).

según su legislación, no estará obligada la parte correspondiente a conceder prestaciones, sin embargo este período será considerado por la Institución de la otra Parte para la adquisición del derecho a la pensión, cuando se aplique el apartado 2 del artículo 11 del Convenio, referente a la totalización de los períodos cuando no se cumplan con los requisitos de la legislación de una o de ambas partes.

2. Cuando existan períodos de seguros inferiores a un año, cumplidos por la legislación de ambas Partes, deberán totalizarse de acuerdo con la regla indicada en el apartado 2 del artículo 11 del Convenio.
3. En caso que la legislación de una de las partes contratantes condiciona el derecho a la cuantía de las prestaciones al cumplimiento de períodos de seguros por razón del ejercicio de una actividad derivada de un Régimen Especial de Seguridad Social o de una profesión o actividad determinada, la Institución competente de la referida parte totalizará solamente los períodos de seguro cumplidos en el sistema de seguridad social de la otra Parte, durante el ejercicio de esa misma actividad.
4. Cuando la legislación de una Parte contratante establece condiciones más favorables, para otorgar prestación a aquel trabajador que haya ejercido una actividad en medios insalubres o capaces de producir vejez prematura, la Institución de dicha parte tendrá en cuenta los períodos del seguro acreditados en la otra parte durante el ejercicio de esa misma actividad y con los riesgos indicados.

C. SUBSIDIOS O ASIGNACIONES POR DEFUNCIÓN

Las asignaciones por sepelio o prestaciones por defunción se regirán por la legislación aplicable al trabajador para la fecha del fallecimiento¹⁹.

El reconocimiento y cálculo de la prestación se realizará, si fuese necesario, totalizando los períodos del seguro cumplidos por el causante de la prestación bajo la legislación de la otra parte, conforme la regla prevista en el artículo 10 del Convenio.

Cuando fallece un pensionista que fuera de ambas partes, el reconocimiento de la prestación por defunción se regulará por la legislación de la parte donde resida el pensionista al momento del fallecimiento.

En caso que el pensionista falleciera en un tercer país, que tuviera derecho a la prestación de ambas partes contratantes, la legislación aplicable sería de la parte donde figuró asegurado por última vez el trabajador.

A) ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Los artículos 16, 17 y 18 del Convenio indican, los lineamientos para la

¹⁹Artículo 15 del Convenio.

procedencia de las prestaciones por razón de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

En primer lugar será determinado por la legislación de la parte contratante en que el trabajador se encuentre sometido a la fecha de producirse el accidente o declararse la enfermedad, salvo que la enfermedad fuese contraída en la otra parte, siendo en este caso que la prestación estará a cargo de esa parte de acuerdo con su legislación.

Cuando el trabajador no alcance los parámetros para el derecho de las prestaciones de enfermedad profesional, de acuerdo a la legislación de la parte, sus derechos serán examinados por la otra parte conforme su legislación, con la condición que hubiese ejercido una actividad susceptible de provocar dicha enfermedad bajo la legislación de esta última parte. En todo caso, para la aplicación de esta regla la Institución competente de la parte que decida negativamente la solicitud, remitirá la documentación y copia de la resolución a la Institución de la otra parte²⁰.

Por otra parte, si la legislación de una de las partes contratantes subordine el otorgamiento de las prestaciones de enfermedad profesional, a la posición “que la enfermedad haya sido comprobada por primera vez en su territorio”, este condicionamiento se calificará cumplida cuando la enfermedad haya sido comprobada por primera vez en el territorio de la otra parte.

Ahora bien, el Convenio explica el proceso a seguir cuando al trabajador le hubiese ocurrido dos accidentes de trabajo, cada uno en las partes contratantes, en este sentido que el trabajador sufra un accidente que deba aplicarse la legislación Española y posteriormente le ocurra otro accidente donde ha de aplicarse la legislación de Venezuela, la Institución competente de esta última parte, al determinar el grado de incapacidad de dicho trabajador según su propia legislación, tomará en cuenta la pérdida real de capacidad laboral.

Referente a los efectos por enfermedad profesional agravada, que haya derivado la pensión conforme la legislación de una de las partes contratantes, el artículo 18 del Convenio establece las reglas que debe aplicarse:

1. Si el trabajador en su nuevo lugar de residencia no ha ejercido una actividad susceptible de agravar la enfermedad profesional, la Institución de la primera parte asumirá a su cargo la agravación de la enfermedad, conforme los parámetros de su legislación.
2. Si el trabajador en su nuevo lugar de residencia, ejerció una actividad susceptible de agravar la enfermedad profesional, se aplicará los siguientes lineamientos:
 - La Institución de la primera parte conservará a su cargo la prestación al trabajador, en virtud de su legislación, como si la enfermedad no hubiese sido agravada.

²⁰ Artículo 9 del Acuerdo Administrativo.

- La Institución de la otra parte, donde el trabajador ha realizado en el último lugar la actividad, asumirá a su cargo la prestación de la agravación. La importación se determinará de acuerdo con la legislación de esta parte, como si la enfermedad se hubiera producido en su territorio, cuya cuantía es igual a la diferencia entre el importe de la prestación debida después de producirse la agravación y el que hubiera correspondido antes de ocurrir la agravación de la enfermedad.

Según los artículos 8 y 9 del Acuerdo Administrativo, para las solicitudes de prestaciones por este concepto se aplicará igualmente lo establecido en el artículo 5, analizado en el punto sobre prestaciones para los trámites por incapacidad parcial, invalidez, vejez, muerte y supervivencia.

D. OTRAS PARTICULARES COMPLEMENTARIAS REFERENTE A LAS PRESTACIONES

Adicionalmente se deben considerar los particulares previstos en el Acuerdo Administrativo (artículos 5, 6, y 7), para los trámites por incapacidad parcial, invalidez, vejez, muerte y supervivencia, indicando en principio que se realizarán en base al formulario establecido al efecto.

Asimismo, las solicitudes derivadas por el ejercicio de actividades de una o ambas partes, deberán ser presentadas ante la Institución competente del lugar de la residencia del solicitante.

Si el solicitante reside en el territorio de un tercer país, se deberá dirigir a la Institución competente que hubiere estado asegurado en el último lugar y sometido a la legislación de él, o su causahabiente.

Cuando la solicitud es recibida por una Institución que no es competente para sustanciar el expediente, la remitirá con toda la documentación a la Institución competente, a través de la mediación de los organismos de enlace. Igualmente se remitirá a la Institución competente, cuando se traten de solicitudes de prestación que se aleguen solamente actividades según las disposiciones legales de una de las partes, y sea presentada ante la Institución de la otra parte.

Ahora en cuanto las solicitudes por invalidez o incapacidad parcial, la documentación se enviará con un dictamen médico que se harán constar las causas de incapacidad y la posibilidad razonable de su recuperación. El informe médico será emitido o certificado por los Servicios Médicos de la Seguridad Social en España, o del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en Venezuela.

En referencia a la instrucción del expediente, la Institución que le corresponda constará los datos necesarios en el formulario establecido para tal efecto, y se remitirá a la brevedad posible dos ejemplares a la Institución competente de la otra parte.

A solicitud de la Institución a quien corresponda la instrucción del expediente, y para la

aplicación del segundo párrafo del artículo 11 del Convenio, la Institución competente de la otra parte devolverá un ejemplar del formulario donde se certificarán los períodos de seguro acreditados por su legislación.

La remisión de los formularios sustituyen el envío de los documentos justificativos de los datos consignados, sin embargo la Institución que lo reciba podrá solicitar cualquier otra documentación.

En relación a las resoluciones que se adopten, la Institución competente lo comunicará a los interesados, así como los medios y plazos del recurso que podrán ejercer de conformidad con su legislación. Las decisiones que se emita, se remitirá copia a la Institución competente de la otra parte.

VII. REGULACIONES FINALES INDICADAS EN EL CONVENIO

A continuación se especificará las regulaciones finales que establece el Convenio, que desarrolla las disposiciones auxiliares respecto aquellos trámites administrativos y jurídicos que dan efectividad la aplicación del ordenamiento.

- El artículo 20 del Convenio dispone los efectos jurídicos cuando se superponga derechos, de este modo si de acuerdo con las disposiciones legales de una de las partes contratantes el disfrute de una prestación o la obtención de ingresos de otra naturaleza, o la realización de una actividad lucrativa produzca efectos jurídicos sobre una prestación o sobre la afiliación, estas situaciones tendrán igual efectos jurídicos aunque ocurra en el territorio de la otra parte (artículo 20 del Convenio).
- En el artículo 21 del Convenio, regula las condiciones administrativas para el cálculo de los derechos, donde cada Institución aplicará su legislación para determinar la base de cálculos o la prestación.
- En caso que todo o parte del período de cotización para el cálculo de la base reguladora de prestaciones, se hubiera cumplido en Venezuela, la Institución competente de España determinará la referida base reguladora sobre las bases mínimas de cotización vigentes de su legislación, para la misma clase profesional que haya últimamente ostentado u ostente el trabajador en España.
- En caso contrario del párrafo anterior, que todo o parte del período de cotización se hubiera cumplido en España, la Institución competente en Venezuela determinará la pensión, considerando que las cotizaciones de ese período han sido efectuadas conforme al promedio entre el salario mínimo y el máximo sujeto a cotización en Venezuela.
- En los artículos 23 y 24 del Convenio, establece los trámites administrativos concernientes a la aplicación de las legislaciones de una de las partes. Por consiguiente las solicitudes, declaraciones, recursos y otros documentos que deben ser presentados en un plazo determinado ante las Autoridades o Instituciones competentes de la parte correspondiente, se entenderá también

como presentadas ante ellas si hubieran sido entregadas, dentro del mismo plazo ante una Autoridad o Institución de la otra parte.

- Además, cualquier solicitud de prestación presentada conforme la legislación de una parte, se entenderá como solicitud de la prestación correspondiente según la legislación de la otra parte, siempre que el interesado manifieste expresamente o de la documentación consignada se deduzca que el asegurado trabajó en la otra parte.
- Adicionalmente prevé en el artículo 24 lo relacionado a los beneficios de exenciones o reducciones de tasas, timbres, derecho de secretaría o de registro u otros similares establecidos para los certificados y documentos que se expidan, en cumplimiento a lo dispuesto en las legislaciones de cada una de las partes contratantes. Asimismo, los actos administrativos y documentos que se expidan por motivo de la aplicación del Convenio, serán dispensados de los requisitos de legalización y legitimación, es decir, deberán quedar eximidos de los trámites de registro y apostilla.
- Entre las Instituciones competentes podrán solicitarse reconocimientos médicos o comprobaciones de hechos y actos, donde derive la modificación, suspensión, extinción o mantenimiento de los derechos o prestaciones reconocidos.
- Las prestaciones serán pagadas directamente al beneficiario por parte de la Institución competente, salvo que se acuerde que el pago de las pensiones de una parte se realice por medio del Organismo de enlace de la parte donde reside el beneficiario, en caso que sea más conveniente. Las instituciones deudoras quedan liberadas de las prestaciones, cuando efectúen el pago en la moneda de su país, conforme el artículo 12 del Acuerdo Administrativo en concordancia con el artículo 25 del Convenio.
- Cuando algunas de las partes contratantes tomen alguna medida interna debe notificarlo a la otra parte, al igual que las reformas de las legislaciones y reglamentos que regulen el sistema de seguridad social (artículo 28 del Convenio).
- Se intercambiarán entre los organismos de enlaces los datos estadísticos, referentes al pago de las prestaciones efectuados durante cada año a los beneficiarios (artículo 11 del Acuerdo Administrativo).
- Las diferencias que surjan por la interpretación y aplicación del Convenio serán resueltas por la vía diplomática por las Autoridades competentes (artículo 30 del Convenio).

VIII. CONCLUSIONES

El Convenio de Seguridad Social entre Venezuela y España originó un impulso en el reconocimiento y la aseguración proteccionista a la seguridad social de la comunidad

venezolana pero en especial la española que en su oportunidad tuvo su auge migratorio en Venezuela, extendiendo el amparo a los familiares y refugiados.

De hecho para la época de la suscripción del referido Convenio, Venezuela y España se caracterizaba por fortalecer y expandir el intercambio de servicios y productos que contribuyó que personas pertenecientes al transporte terrestre aéreo, naval y empresas transnacionales transitarán temporalmente en un país a otro a prestar servicios, y ante ello ambos países contratantes acogió su resguardo, con la distinción que impera el principio de la territorialidad en cuanto la legislación a someterse por un tiempo perentorio.

Adicionalmente, las partes acordaron un trato especial para el caso del personal administrativo y técnico de las embajadas y consulados, que tienen la libertad de elegir la legislación de una u otra parte que desea que se le aplique, resultando a nuestro juicio positivo, en razón que estas misiones diplomáticas representa un país en otro donde se rigen por la legislación de su propio Estado, sin importar el lugar donde se encuentren, y en ocasiones el personal que laboran son nacionales del país que representan que son trasladados para ejercer una comisión de forma transitoria.

En referencia a las prestaciones que ampara, cabe destacar que para la fecha de la suscripción del Convenio, en Venezuela la Ley del Seguro Social constituía la normativa que regulaba la materia, y para ese momento todavía se estaba formando el sistema de seguridad social, originando que la gama de prestaciones dinerarias que establece el Convenio no cubre lo que hoy en día abarca el mencionado sistema, como por ejemplo están los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales, que si lo asume España.

En efecto, con la reforma en Venezuela de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, origino un giro a las prestaciones que arroja, lo que en un futuro podría ser motivo para ser sujeto de estudio de reajuste al Convenio o el establecimiento de Acuerdos Complementarios, adoptando a las innovaciones que en materia de seguridad social se han implementado con posterioridad tanto en Venezuela como en España.

Mientras tanto, España como Venezuela en el transcurso del tiempo las legislaciones que regulan las prestaciones indicadas en el Convenio han sido sujetas a modificación interna, a raíz de las transformaciones sociales y políticas en cada país, resultando que los cambios no afecta su implementación, al contrario deben ser adoptados y aplicados, en virtud de la manifestación consensual de ambas partes contratantes en aplicar las disposiciones que en futuro complementa a las indicadas en el Convenio.

En conclusión, para el momento del nacimiento del Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela dio un giro trascendental que abrió brecha para el establecimiento de acuerdos similares con otros países, que inclusive origino una mirada más amplia a los Convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo.

Asimismo, fortaleció las relaciones diplomáticas de ambos países derivados de los procesos de globalización económica, en la búsqueda del reconocimiento y la materialización de las prestaciones de seguridad social entre los nacionales, a pesar que

en el transcurrir del tiempo algunos organismos internacionales han establecido en especial a los países de la Unión Europea modificaciones en los esquemas para la adquisición de las pensiones, y en el caso de Venezuela producto de la rescisión económica ha conllevado recortes en los gastos de la seguridad social, especialmente en el impago a partir del año 2016, del abono de la pensión Venezolana para aquellos que emigraron a España y otros países, conllevando su alejamiento en el compromiso bilateral con el Convenio.

Ante el escenario, se ha observado el criterio humanitario y social asumido por el Tribunal Superior de Justicia, Sala Social de Galicia, con el fin de proteger al beneficiario que se encuentra más necesitado ante esa situación de vulnerabilidad, ordenando bajo una óptica de responsabilidad solidaria otorgarse el complemento por residencia hasta la cuantía mínima reconocida en España, hasta tanto la entidad gestora de seguridad social Venezolana no abone efectivamente la prestación.

Recibido: 11.12.2018. Aceptado: 21.12.2018.

EL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITO ENTRE ESPAÑA Y PARAGUAY

THE BILATERAL SOCIAL SECURITY AGREEMENT SIGNED BETWEEN SPAIN
AND PARAGUAY

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ

Profesor Contratado Doctor (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Escuela Universitaria Relaciones Laborales de Elda

Universidad de Alicante

RESUMEN

El proceso de internalización de la Seguridad Social crece año tras año, y un ejemplo de ello es la firma del Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y Paraguay en 1998. Su validez se extiende a ambos países signatarios, y una vez ratificado en 2006, entra en vigor el 1 de marzo del citado año. Con el mismo, se pretende aprovechar las carreras de seguro o los tiempos de servicio prestados en ambos países con el propósito de poder totalizar periodos, exportar prestaciones, establecer la unicidad de la ley y desarrollar el principio de igualdad de trato. Junto al Acuerdo Administrativo de 2016, conforman el articulado que establece el área de protección de los beneficiarios de los sistemas de Seguridad Social español y paraguayo.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social convencional, Instrumento bilateral, Coordinación, Unicidad de la Ley.

ABSTRACT

The process of internalization of Social Security is growing year after year, and an example of this is the signing of the bilateral Social Security Agreement signed between Spain and Paraguay in 1998. Its validity extends to both signatory countries, and once ratified in 2006, enters into force on March 1 of that year. With the same, it is intended to take advantage of insurance careers or service times provided in both countries with the purpose of being able to totalize periods, export benefits, establish the uniqueness of the law and develop the principle of equal treatment. Together with the Administrative Agreement of 2016, they make up the articles that establish the area of protection of the beneficiaries of the Spanish and Paraguayan Social Security systems.

KEYWORDS: Conventional Social Security, bilateral Instrument, Coordination, Uniqueness of the Law.

SUMARIO

I. ESTRUCTURA DEL CONVENIO

A. ENCABEZAMIENTO

B. DISPOSICIONES GENERALES

1. DEFINICIONES

2. CAMPOS DE APLICACIÓN MATERIAL Y PERSONAL

3. PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE TRATO Y DE CONSERVACIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, Y PAGO DE PRESTACIONES EN EL EXTRANJERO

C. DISPOSICIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE: NORMAS ESPECIALES Y EXCEPCIONES

D. DISPOSICIONES RELATIVAS A LAS PRESTACIONES

1. PRESTACIONES ECONÓMICAS POR ENFERMEDAD O ACCIDENTE COMÚN Y MATERNIDAD: TOTALIZACIÓN DE PERIODOS DE SEGURO

2. PRESTACIONES POR INVALIDEZ, VEJEZ, MUERTE Y SUPERVIVENCIA

a) DETERMINACIÓN DEL DERECHO Y LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES

b) CONDICIONES ESPECÍFICAS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

c) CÓMPUTO DE PERIODOS DE COTIZACIÓN EN REGÍMENES ESPECIALES

d) APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y PARAGUAYA

e) SOLICITUDES Y TRAMITACIÓN

3. PRESTACIONES FAMILIARES: RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

4. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL AUXILIO POR DEFUNCIÓN

5. PRESTACIONES ECONÓMICAS POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

E. DISPOSICIONES DIVERSAS, TRANSITORIAS, FINALES Y DEROGATORIAS

1. DISPOSICIONES DIVERSAS

2. CÓMPUTO DE PERIODOS, HECHOS CAUSANTES Y SITUACIONES ANTERIORES A LA VIGENCIA DEL CONVENIO

3. VIGENCIA, FIRMA Y RATIFICACIÓN DEL CONVENIO

II. CONCLUSIONES

I. ESTRUCTURA DEL CONVENIO

Los Convenios bilaterales suelen adoptar una estructura formal similar, con pequeñas diferencias derivadas de la mayor o menor extensión de su contenido. Este esquema estructural básico suele ser el siguiente: a) Encabezamiento. b) Disposiciones generales: definiciones, campo de aplicación material, campo de aplicación personal, principio de igualdad de trato, conservación de los derechos adquiridos y exportación de prestaciones. c) Disposiciones sobre la legislación aplicable. d) Disposiciones relativas a las prestaciones. e) Disposiciones diversas, transitorias, finales y derogatorias.

A. ENCABEZAMIENTO

Contiene el enunciado sobre el tipo de Acuerdo¹ (es un Convenio), la materia genérica que se regula (la Seguridad Social), los países que lo suscriben (Reino de España y la República de Paraguay), si bien el mismo no contiene Preámbulo alguno.

B. DISPOSICIONES GENERALES

Se incluyen, en diferentes epígrafes, una serie de materias que analizamos seguidamente.

1. DEFINICIONES

Se incluye la significación que, a los efectos de aplicación del Convenio, tienen determinadas expresiones y términos utilizados en él, tales como “Partes contratantes”, “Territorio”, “Legislación”, “Autoridad competente”, “Institución competente”, “Organismo de enlace”. “Trabajador”, “Familiar o beneficiario”, “Periodo de seguro” y “Prestaciones económicas”, Los demás términos o expresiones que no aparezcan expresamente definidos tienen, por así hacerse constar en el Convenio, el significado que les atribuye la legislación aplicable de cada Estado.

2. CAMPOS DE APLICACIÓN MATERIAL Y PERSONAL

En las prestaciones contributivas se extiende el ámbito de cobertura tanto al Régimen General como a los Regímenes Especiales que integran el Sistema de Seguridad Social español.

El Convenio indica expresamente que, en Paraguay se aplica “a la legislación que regula la Seguridad Social”, por tanto, debemos entender que su ámbito se extiende a las prestaciones no contributivas. Pero en España, el Convenio se aplica “a la legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema español de la Seguridad Social”, por lo que su ámbito de cobertura no incluye las mismas.

En lo que se refiere a las concretas prestaciones del nivel contributivo, la cobertura reconocida a los trabajadores paraguayos en España no es plena, excluyéndose la

¹ Instrumento de ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Paraguay, hecho en Asunción el 24 de junio de 1998 (BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2006). Hay que tener en cuenta que el Convenio, de conformidad con su artículo 30, va acompañado del Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Paraguay, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2016 (BOE núm. 19, de 23 de enero de 2017) el cual completa determinados aspectos, sustantivos o procedimentales, del Convenio, si bien de estructura similar a este, aunque de contenido limitado y de extensión más reducida.

cobertura de algunas prestaciones. En España, se aplica a las principales prestaciones contributivas de la Seguridad Social (lográndose así la seguridad jurídica necesaria para impulsar la libre circulación de personas entre España y Paraguay): prestaciones económicas por incapacidad temporal, por enfermedad común o accidente no laboral; prestaciones por maternidad; prestaciones por invalidez permanente, vejez, muerte y supervivencia; prestaciones de protección familiar; y prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional. En relación con Paraguay, el ámbito material comprende las siguientes prestaciones económicas de la Seguridad Social: por incapacidad temporal, por enfermedad común o accidente no laboral; por maternidad; de invalidez, vejez, muerte y supervivencia; y las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Como podemos observar, se incluye una protección prestacional bastante completa a favor de los trabajadores españoles, a diferencia de otros convenios.

Para evitar constantes modificaciones convencionales derivadas de la posible ampliación de los Sistemas de Seguridad Social a nuevas ramas, regímenes o grupos de beneficiarios, el Convenio contiene una serie de previsiones de futuro mediante la adopción de varias fórmulas: extender su aplicación a la legislación que en el futuro complete o modifique la señalada; en el caso de que un Estado introduzca cambios sustanciales en el sistema vigente de jubilaciones y pensiones de modo tal que las normas correspondientes del Convenio no puedan ser de aplicación, se procederá, siempre que exista acuerdo bilateral al respecto, a las adaptaciones pertinentes para integrar las nuevas disposiciones adoptadas en el campo material del mismo; o aplicarlo a las disposiciones que un Estado extiendan la legislación vigente a nuevos grupos de personas, siempre que la Autoridad competente del otro no se oponga a ello dentro de los tres meses siguientes a la recepción de la notificación de dichas disposiciones.

Respecto al ámbito de aplicación subjetiva, el Convenio extiende su ámbito de aplicación al trabajador principalmente (entendiendo por tal, toda persona que como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad por cuenta ajena o propia está, o ha estado sujeta, a las legislaciones de Seguridad Social española o paraguaya). Y extiende su radio de acción a sus familiares (la persona definida como tal por la legislación aplicable), a los beneficiarios (la persona definida como tal por la legislación aplicable) y a los supervivientes. Por tanto, se encuentran protegidas por el paraguas del Convenio no solo los que posean nacionalidad española o paraguaya, sino toda persona trabajadora que esta o ha estado en alguna ocasión ocupada en uno o en ambos Estados, así como a sus familiares y supérstites.

3. PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE TRATO Y DE CONSERVACIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, Y PAGO DE PRESTACIONES EN EL EXTRANJERO

Partimos de la idea de que la libre circulación de personas entre dos o más Estados, implica el respeto al principio base de no discriminación por razón de nacionalidad. El principio de igualdad de tratamiento entre España y Paraguay supone que los trabajadores por cuenta propia o ajena de ambos Estados, quedan sometidos y se benefician de la legislación en materia de Seguridad Social del Estado en el que trabajan, en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales del mismo.

La conservación de los derechos adquiridos supone un pilar básico de la coordinación en materia de Seguridad Social, que inspira cualquier Convenio bilateral. Implica que un trabajador no puede dejar de percibir una prestación de Seguridad Social por el simple hecho de residir en otro Estado distinto a aquél en virtud de cuya legislación adquirió el derecho a la misma, suponiendo, por tanto, una manifestación del principio de igualdad de trato citado anteriormente.

Así pues, y salvo que se establezca lo contrario, las prestaciones en metálico (jubilaciones, pensiones y otras prestaciones económicas reconocidas por ambos Estados, con excepción de la incapacidad temporal en los casos de enfermedad común o profesional o accidente sea o no de trabajo), debidas en razón de la legislación española o paraguaya no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o retención por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el Estado distinto de aquel en que se encuentra la Institución deudora².

C. DISPOSICIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE: NORMAS ESPECIALES Y EXCEPCIONES

A priori, parece una misión compleja la determinación de cuál es la legislación aplicable en los casos de beneficiarios de prestaciones que se trasladan de un Estado a otro, pues de lo que se trata, es del establecimiento de un sistema que, respetando la aplicación de la legislación interna de cada Estado, permita la circulación libre de trabajadores, de modo que con independencia de donde realice la actividad el trabajador pueda percibir la prestación en cualquier Estado (en suma, se trata de evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones)³.

España y Paraguay acuerdan aplicar el principio de unicidad normativa, para que los trabajadores migrantes españoles y paraguayos estén sometidos a la legislación de un único Estado, y establecen como regla general, que sea de aplicación la Ley del lugar donde realizan las prestaciones (*lex loci laboris*), y no la del Estado donde el trabajador tenga fijada su residencia o en el que la empresa tenga fijado su domicilio social⁴, por lo que se evita así tanto la falta de protección como la doble cotización.

La citada regla general de determinación de la Ley aplicable presenta todo un elenco de excepciones.

La primera excepción hace referencia al trabajador expatriado, señalando que el trabajador de una empresa con sede en el territorio de uno de los dos Estados, que desempeñe tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas o de dirección o actividades similares, y que sea desplazado para prestar servicios en el territorio del otro

² Las prestaciones reconocidas a beneficiarios que residan en un tercer país, se harán efectivas en las mismas condiciones y con igual extensión que a los propios nacionales que residan en ese tercer país.

³ Fernández Orrico, F. J., “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89. 2010, pp. 101 y 102.

⁴ Los trabajadores a quienes es de aplicación el Convenio están sujetos exclusivamente a la legislación de Seguridad Social del Estado en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral, sin perjuicio de lo establecido como normas especiales y excepciones.

Estado, por un periodo limitado⁵, continuará sujeto a la legislación del primer Estado (el de origen), a condición de que la duración no exceda de 24 meses (susceptible de ser prorrogado, con carácter excepcional, mediante previo y expreso consentimiento de la Autoridad competente del Estado de acogida). Igualmente se aplica a aquellos trabajadores que presten servicios de carácter complementario o auxiliar de los señalados anteriormente, con los requisitos y en los supuestos que se detallan en el Acuerdo administrativo⁶. Las mismas normas se aplicarán a los trabajadores que habitualmente ejerzan una actividad autónoma de carácter profesional en el territorio de un Estado y que se trasladen para ejercer tal actividad en el territorio del otro.

El periodo inicial de desplazamiento de 24 meses puede ser prorrogado por otros 24 meses, previa conformidad de la Institución competente del Estado de origen, previo y expreso consentimiento de la Autoridad competente del Estado de acogida. El interesado debe presentar la solicitud de prórroga con una antelación mínima de 30 días previos al término del periodo ordinario del desplazamiento⁷.

En caso de que el trabajador dejara de pertenecer a la empresa que lo envió al otro Estado antes de cumplir el periodo por el cual es desplazado, dicha empresa deberá comunicarlo a la Institución competente u Organismo de enlace del Estado en el cual está asegurado el trabajador y ésta/e lo comunicará inmediatamente al otro Estado.

La segunda excepción, hace referencia al personal itinerante al servicio de empresas de transporte aéreo o terrestre que desempeñe su actividad en el territorio de ambos Estados, en cuyo caso, quedará sujeto a la legislación del país en cuyo territorio tenga la empresa su sede.

Otra excepción, es la referida a la tripulación de buques, y en este caso, el trabajador por cuenta ajena que ejerce normalmente su actividad a bordo de un buque en el mar, queda sometido a la legislación del Estado cuya bandera enarbole el buque. No obstante, cuando el trabajador sea remunerado por esa actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en el territorio del otro Estado, estará sujeto a la legislación de este último Estado, si reside en su territorio (la empresa o persona que paga la retribución es considerada como empleador para la aplicación de dicha legislación)⁸.

⁵ Siempre y cuando se den unos requisitos: que exista una relación previa entre la empresa que desplaza y el trabajador desplazado, que la empresa que desplaza esté establecida en el Estado de origen, y que el desplazamiento sea temporal. En este sentido, González Martínez, José Antonio, *El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). 2017, p. 136.

⁶ En los supuestos de trabajadores que presten servicios de carácter complementario o auxiliar a quienes sean trasladados para desempeñar tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares, se les exigirá que estén integrados en el mismo equipo que los profesionales a los que acompañan y que sean también trasladados por un periodo equiparable o similar al de éstos.

⁷ No obstante, si por causa justificada no se diese cumplimiento a dicho requisito dentro del plazo establecido, excepcionalmente podrá darse efecto retroactivo al Certificado correspondiente desde la fecha de inicio del desplazamiento.

⁸ Los trabajadores nacionales de un Estado, con residencia en el mismo, que presten servicios en una empresa pesquera mixta constituida en el otro Estado y en un buque abanderado en el mismo, pertenecen a la empresa participante del país del que son nacionales y en el que residen (quedando sujetos a la Seguridad Social de este país, debiendo, la citada empresa, asumir sus obligaciones como empleador). Por su parte, los trabajadores empleados en trabajos de carga, descarga, reparación de buques y servicios de

Con respecto a los miembros de las Misiones diplomáticas u Oficinas consulares de ambos Estados, así como al personal doméstico privado al servicio de los Agentes diplomáticos o de los miembros de las Oficinas consulares, serán de aplicación, según corresponda, las disposiciones del Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas (de 18 de abril de 1961) o el Convenio de Viena de Relaciones Consulares (de 24 de abril de 1963).

Por otro lado, los miembros del personal de las Misiones diplomáticas y de las Oficinas consulares se regirán por lo establecido en los Convenios de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, y sobre Relaciones Consulares. Los funcionarios públicos de un Estado, distintos a los anteriores, que se hallen destinados en el territorio del otro, quedan sometidos a la legislación del país a la que pertenece la Administración de la que dependen.

El personal administrativo y técnico y los miembros del personal de servicio de las Misiones diplomáticas y Oficinas consulares que sean nacionales del Estado acreditante (siempre que no tengan el carácter de funcionarios públicos) podrán optar entre una y otra legislación, dentro de los tres meses siguientes al inicio del trabajo en el territorio donde se desarrolle la actividad. Este mismo derecho de opción tendrá el personal al servicio privado y exclusivo de los miembros de las Misiones diplomáticas u Oficinas consulares.

Las personas enviadas al territorio del otro país, en misiones de colaboración, quedan sometidas a la Seguridad Social del país que las envía, salvo que los acuerdos de cooperación dispongan otra cosa.

Las Autoridades competentes de ambas Partes⁹ podrán, de común acuerdo, en interés de determinados trabajadores o categorías de trabajadores, modificar las excepciones citadas anteriormente.

D. DISPOSICIONES RELATIVAS A LAS PRESTACIONES

El Estado obligado al pago de las prestaciones que se deban al trabajador será aquél en el cual se encuentra la Institución competente para efectuar los pagos de las prestaciones, que no será otra que aquella en que el trabajador se encuentre asegurado. Ello es así a excepción de determinadas prestaciones, que revisten la forma de pensión

vigilancia en el puerto, quedan sometidos a la legislación del Estado a cuyo territorio pertenezca el puerto.

⁹Las Instituciones competentes para la aplicación del Convenio en España son: las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social, para todas las prestaciones y para todos los regímenes, excepto el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar; el Instituto Social de la Marina, para todas las prestaciones del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar; y la Tesorería General de la Seguridad Social, para las disposiciones sobre la legislación aplicable. Y en Paraguay son: el Instituto de Previsión Instituto de Previsión Social; el Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda; la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE); la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal del Itaipú binacional; el Fondo de Jubilaciones y Pensiones para Miembros del Poder Legislativo; la Caja de Seguros Sociales y Obreros Ferroviarios; la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios y Afines; y la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal Municipal.

(como la invalidez, jubilación y supervivencia), en cuyo caso el beneficiario percibe la totalidad de las prestaciones adquiridas en cada Estado, si reúne los requisitos para ello.

1. PRESTACIONES ECONÓMICAS POR ENFERMEDAD O ACCIDENTE COMÚN Y MATERNIDAD: TOTALIZACIÓN DE PERIODOS DE SEGURO

El principio de la totalización de periodos consiste en la suma de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como el cálculo de éstas y su pago a las personas residentes en los territorios de ambos países.

Se define el periodo de seguro como todo periodo reconocido como tal por la legislación bajo la cual se haya cumplido, así como cualquier periodo considerado por dicha legislación como asimilado a un periodo de seguro (asimilando el periodo de seguro al periodo de cotización).

En cuanto al trato de forma conjunta de estas prestaciones, señalar que para el cálculo de las prestaciones correspondientes a estas contingencias, cuando la legislación de un Estado exija el cumplimiento de determinado periodo de carencia, tendrá en cuenta a tal efecto, cuando sea necesario, los periodos cotizados cumplidos (en esta rama o en este régimen) con arreglo a la legislación del otro Estado, como si éstos hubieran sido cumplidos con arreglo a su propia legislación, siempre que no se superpongan¹⁰ (se reconoce así, expresamente, la totalización para las prestaciones de enfermedad y maternidad).

2. PRESTACIONES POR INVALIDEZ, VEJEZ, MUERTE Y SUPERVIVENCIA

a) DETERMINACIÓN DEL DERECHO Y LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES

Al aplicar el principio de totalización, automáticamente es de aplicación el de prorrateo de estas prestaciones. Ni España ni Paraguay, una vez calculado el periodo de cotizaciones realizadas por el trabajador, van a pagar la totalidad de la pensión a que tiene derecho el trabajador, sino que se limitan a pagar la parte que les corresponde atendiendo al periodo trabajado y cotizado realmente efectuado en sus respectivos territorios. Respecto de la forma de proceder a la totalización, el trabajador que ha estado sucesiva o alternativamente sometido a la legislación de ambos Estados tiene derecho a estas prestaciones, atendiendo a las siguientes normas:

1^a. Cada Estado determina el derecho y calcula la prestación, teniendo en cuenta únicamente, los periodos de seguro (los asimila a los periodos de cotización, pero no asimilación con los de trabajo) acreditados en el mismo (sin tener en cuenta los del otro país).

¹⁰A estos efectos, cuando la Institución competente de uno de los dos Estados deba aplicar la totalización de periodos de seguro, solicitará del otro país, una certificación de los periodos acreditados en la legislación de este último, en el formulario establecido al efecto.

2ª. En segundo lugar, cada Estado calcula el derecho a las prestaciones totalizando con los periodos de seguro propios, los periodos de seguro acreditados bajo la legislación del otro país. Si efectuada la totalización se alcanza el derecho a la prestación, para el cálculo de la cuantía a pagar, se aplicarán las reglas siguientes:

a) Se determinará la cuantía de la prestación a la cual el interesado hubiera tenido derecho, como si todos los periodos de seguro totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación (pensión teórica).

b) El importe de la prestación se establecerá aplicando a la pensión teórica, calculada según su legislación, la misma proporción existente entre el periodo de seguro cumplido en el Estado que calcula la prestación y la totalidad de los periodos de seguro o de trabajo cumplidos en ambos países (pensión prorrateada).

c) Si la legislación de un país exige una duración máxima de periodos de seguro para el reconocimiento de una prestación completa, dicho país tomará en cuenta, a los fines de la totalización, solamente los periodos de cotización del otro Estado necesarios para alcanzar el derecho a dicha prestación.

3ª. Determinado el derecho a las prestaciones conforme a estas reglas de *pro rata temporis*, cada país reconocerá y abonará la prestación que sea más favorable al interesado, independientemente de la resolución adoptada por el otro país.

No obstante, en aquellos casos en que la duración total de los periodos de seguro cumplidos bajo la legislación de un Estado es inferior a un año y, con arreglo a la misma no se adquiere derecho a prestaciones, el otro Estado no reconocerá prestación alguna por el referido periodo¹¹.

Para determinar el grado de disminución de la capacidad de trabajo del asegurado, cada Estado tendrá en cuenta los informes médicos y los datos administrativos emitidos por el otro. No obstante, cada uno podrá someter al asegurado a reconocimiento por un médico de su elección, siendo a su cargo los gastos que se originen.

b) CONDICIONES ESPECÍFICAS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

Si la legislación de un Estado condiciona el derecho a la prestación, a la condición de que el trabajador se encuentre sujeto a su legislación en el momento de producirse el hecho causante de la prestación, esta condición se entiende cumplida si en dicho momento el trabajador está asegurado conforme a la legislación del otro Estado, o reciba de éste una prestación (de la misma naturaleza o una prestación de distinta naturaleza pero causada por el propio beneficiario). Este principio es aplicable para el reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, a efectos de acreditar, si fuera necesario, la situación de alta o de jubilado y/o pensionista del sujeto causante.

¹¹ Los periodos señalados se tendrán en cuenta, si fuera necesario, por el otro Estado para el reconocimiento del derecho y determinación de la cuantía de la prestación según su propia legislación, pero ésta no aplicará lo establecido respecto a la pensión prorrateada. No obstante, si los periodos acreditados en ambos países son inferiores a un año, éstos deberán totalizarse si con dicha totalización se adquiere derecho a prestaciones bajo la legislación de uno o ambos países.

Si la legislación de un Estado, para reconocer la prestación, exige como carencia específica, unos periodos de cotización en un tiempo determinado inmediatamente anterior al hecho causante de la prestación, se considera cumplida la misma si el interesado lo acredita en el otro Estado.

Y las cláusulas de reducción, suspensión o supresión previstas por la legislación de un Estado (jubilados y/o pensionistas que ejerzan una actividad laboral), les serán aplicables aunque ejerzan su actividad en el territorio del otro.

c) CÓMPUTO DE PERIODOS DE COTIZACIÓN EN REGÍMENES ESPECIALES

Si la legislación de un país condiciona la concesión de prestaciones al cumplimiento de periodos de seguro en una profesión sometida a un Régimen Especial o, en una profesión o empleo determinado, los periodos cumplidos bajo la legislación del otro país sólo se tendrán en cuenta si hubieran sido acreditados al amparo de un régimen de igual naturaleza, o, a falta de éste, en la misma profesión o empleo. Si computando estos periodos el interesado no cumple los requisitos para lucrar la prestación en el Régimen Especial, estos periodos se tendrán en cuenta para la concesión de prestaciones del Régimen General o de otro Régimen Especial en el que el interesado pudiera tener derecho.

d) APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y PARAGUAYA

Para determinar la base reguladora para el cálculo de las prestaciones, el INSS tendrá en cuenta las bases de cotización reales acreditadas por el asegurado en España durante los años que precedan inmediatamente al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Dicho importe se incrementa con las mejoras y revalorizaciones establecidas en años sucesivos hasta el hecho causante, para las prestaciones de la misma naturaleza.

Hasta tanto la legislación de Seguridad Social paraguaya no incluya a los trabajadores independientes, éstos no se encuentran cubiertos por el Convenio. Sin embargo, están incluidos aquellos trabajadores que hayan estado sujetos a la legislación de Seguridad Social y que estén aportando voluntariamente a los efectos de completar los requisitos para acceder a la jubilación o pensión.

e) SOLICITUDES Y TRAMITACIÓN

Los asegurados que deseen hacer valer el derecho a las prestaciones por invalidez, vejez, muerte y supervivencia, deberán presentar la respectiva solicitud¹² a la Institución competente del lugar de su residencia (de conformidad con las disposiciones legales en vigor para dicha Institución). La fecha de presentación de la misma será considerada como fecha de presentación de la solicitud ante el otro Estado. Los solicitantes que residan en el territorio de un tercer Estado, deberán dirigirse a la Institución competente del país bajo cuya legislación hubieran estado asegurados por última vez (ellos o sus causantes).

¹² Los datos personales incluidos en el formulario de solicitud serán debidamente verificados con los respectivos documentos originales, por la Institución que recibe la solicitud.

Cuando la Institución en la que se haya recibido la solicitud no sea la responsable para iniciar el expediente, debe remitir inmediatamente la solicitud con toda la documentación, al Organismo de enlace del otro país, indicando la fecha de su presentación.

Cuando en la solicitud de prestación solamente se declaren actividades desarrolladas según las disposiciones legales de un Estado y sea presentada ante el otro, éste la remitirá inmediatamente al Organismo de enlace de aquel en el que se ha declarado la actividad laboral, indicando la fecha de su presentación.

La Institución competente en la iniciación del expediente cumplimentará el formulario de enlace establecido al efecto y enviará, sin demora, dos ejemplares del mismo, al Organismo de enlace del otro Estado¹³. Recibidos los formularios de enlace de la Institución iniciadora del expediente, la otra devolverá a la primera, un ejemplar del formulario de enlace donde se indican los periodos de seguro acreditados bajo su legislación y el importe de la prestación que le sea reconocida al interesado.

Cada Institución comunica a los interesados la resolución adoptada y las vías y plazos de recurso de que disponen frente a la misma, de acuerdo con su legislación, y se remitirán copia de las resoluciones adoptadas en los expedientes tramitados¹⁴.

En los casos de solicitudes de pensiones derivadas del fallecimiento de un titular de prestaciones por invalidez o vejez concedidas por ambos Estados, cada Institución debe informar de la cuantía de la prestación del causante a su fallecimiento y del monto o cuantía de la pensión otorgada a sus derechohabientes o beneficiarios, siendo válido, si no se han producido modificaciones, el informe de cotización que sirvió en su fecha para la tramitación de las prestaciones.

Para la determinación de la disminución de la capacidad de trabajo a efectos de la concesión de las correspondientes pensiones de invalidez, cada Estado efectuará su evaluación, y en los casos de solicitud de prestaciones de invalidez que afecte a ambos, se adjuntará, al formulario de enlace, un informe médico sobre la valoración de las citadas incapacidades¹⁵. Si se estima necesario que se realicen exámenes médicos específicos, o por médicos concretos, los costes serán a cargo de quien los requiera.

3. PRESTACIONES FAMILIARES: RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

Las prestaciones familiares se pagan por un solo Estado, y se reconocen a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia o a los titulares de pensión o jubilación de un Estado, de acuerdo con su legislación, aunque sus familiares

¹³ El envío de los formularios de enlace suple la remisión de los documentos justificativos de los datos en ellos consignados. La Institución competente u Organismo de enlace podrá, en casos muy excepcionales, solicitar la remisión de cualquiera de dichos documentos.

¹⁴ Las Instituciones competentes u Organismos de enlace de cada país podrán solicitarse, cuando sea necesario, de conformidad con su legislación interna, información sobre los importes de pensión actualizados que los interesados reciban del otro Estado.

¹⁵ La Institución competente del Estado en que resida el beneficiario pondrá a disposición de la Institución competente del otro, gratuitamente, los informes y documentos que obren en su poder.

beneficiarios residan en el otro Estado. Cuando se cause derecho a las prestaciones familiares durante el mismo periodo y para el mismo familiar, según la legislación de ambos países (debido al ejercicio de una actividad profesional o a la condición de pensionista o jubilado de ambos), las prestaciones serán pagadas por el Estado en cuyo territorio reside el familiar.

Para obtener las prestaciones familiares por los hijos que residen en el otro Estado, el interesado debe presentar una certificación de la Institución competente u Organismo de enlace del Estado donde residan los hijos en el formulario que se establezca al efecto, en la que se indique si perciben dichas prestaciones en ese país: esta certificación tendrá validez de un año a partir de la fecha de expedición a menos que sea revocada.

4. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL AUXILIO POR DEFUNCIÓN

El auxilio por defunción o gasto mortuario es un subsidio que no tiene naturaleza periódica, sino que se percibe de una sola vez en el supuesto de fallecimiento de la persona asegurada o su familiar. Es el Estado cuya legislación sea aplicable al trabajador en el momento del fallecimiento, el que tiene que pagar el subsidio debido, de acuerdo con su propia legislación.

En el caso del fallecimiento de un pensionista o jubilado de ambos países, sólo se permite recibirlo en uno de ellos: será reconocido por la legislación en cuyo territorio resida el pensionista o jubilado en el momento del fallecimiento. Si el fallecimiento tiene lugar en el territorio de un Estado distinto a España o Paraguay, el reconocimiento del derecho al auxilio corresponde al Estado en cuyo territorio residió en último lugar. Para la concesión del auxilio por defunción, o gasto mortuario, se totalizarán los periodos de seguro.

5. PRESTACIONES ECONÓMICAS POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

Las prestaciones a que el beneficiario tendría derecho si sufriera cualquiera de estas dos contingencias serían las establecidas en el Estado donde el trabajador se halle sujeto en la fecha de producirse el accidente o de contraerse la enfermedad¹⁶.

Para valorar la disminución de la capacidad, derivada de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, se valoran las secuelas de anteriores accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que pudiera haber sufrido el trabajador, aunque éstos se hubieran producido estando sujeto a la legislación del otro Estado.

Si el trabajador, víctima de un accidente de trabajo, sufre una recaída o agravación de las secuelas del accidente, estando sujeto a la Seguridad Social del otro país, las prestaciones que pudieran corresponderle por esta recaída o agravación serán a cargo de

¹⁶ Las solicitudes para obtener una prestación por accidente de trabajo o enfermedad profesional, pueden ser presentadas indistintamente ante el Estado en el cual haya ocurrido el accidente o se haya contraído la enfermedad, o ante la Institución competente en la cual reside o se encuentre el asegurado; en éste último caso, dicho Organismo la remitirá al Organismo de enlace del otro país, comunicando la fecha de presentación.

la Institución competente del país en el que el trabajador se halla asegurado en el momento de producirse el accidente de trabajo.

Debido al carácter de las enfermedades profesionales, es habitual que se manifiesten con posterioridad al trabajo que las originó y, por tanto, en un país distinto a aquel en que se desarrolló la actividad causante. Por ello, las prestaciones por enfermedad profesional se concederán según la legislación del país que es competente durante el tiempo que estuvo ejerciendo la actividad sujeta a riesgo profesional, aunque la enfermedad se diagnostique posteriormente, estando sujeto el trabajador a la legislación del otro Estado. Si el trabajador ha realizado sucesiva o alternativamente dicha actividad, estando sujeto a la legislación de ambos países, sus derechos serán determinados de acuerdo con la legislación del país al que esté o haya estado sujeto en último lugar por razón de esa actividad.

En caso de que una enfermedad profesional origine la concesión de prestaciones por un país, el mismo responderá de cualquier agravación de la misma que pueda tener lugar aunque se halle sujeto a la legislación del otro, siempre que el trabajador no haya realizado una actividad con el mismo riesgo, estando sujeto a la legislación de ese último Estado.

Si, una vez reconocida una pensión de invalidez por enfermedad profesional por un Estado, el interesado ejerce una actividad susceptible de agravarla, estando sujeto a la legislación del otro, el primer Estado continuará abonando la prestación que tenía reconocida sin tener en cuenta la agravación y con arreglo a lo dispuesto en su legislación. Y el segundo Estado, a cuya legislación ha estado sujeto el interesado mientras se producía la agravación, le concederá una prestación cuya cuantía será igual a la diferencia que exista entre la cuantía de la prestación a la que el interesado tenga derecho después de la agravación y la cuantía de la prestación a la que hubiera tenido derecho en ese país, antes de la agravación.

E. DISPOSICIONES DIVERSAS, TRANSITORIAS, FINALES Y DEROGATORIAS

1. DISPOSICIONES DIVERSAS

Cuando deba llevarse a cabo la totalización de periodos de seguro cumplidos en ambos países para el reconocimiento del derecho a las prestaciones, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Cuando coincida un periodo de seguro obligatorio con un periodo de seguro voluntario o asimilado se tendrá en cuenta el periodo de seguro obligatorio.
- b) Cuando coinciden periodos de seguro asimilados en ambos, se toman en cuenta los acreditados en el Estado donde el trabajador ha estado asegurado obligatoriamente en último lugar. Si no existieran periodos obligatorios anteriores en ningún territorio, se consideran los periodos asimilados del país en el que el asegurado acredite periodos obligatorios con posterioridad.
- c) Cuando coincida un periodo de seguro voluntario, con un periodo de seguro asimilado, acreditados en distintos Estados, se tendrá en cuenta el periodo de seguro voluntario.

d) Cuando en un país no sea posible precisar la época en que determinados periodos de seguro hayan sido cumplidos, se presumirá que dichos periodos no se superponen con los periodos de seguro cumplidos en el otro.

Para la admisión al seguro voluntario o continuación facultativa del seguro, los periodos de seguro cubiertos por el trabajador en virtud de la legislación de un Estado se totalizarán, si fuera necesario, con los periodos de seguro cubiertos en el otro, cuando no se superpongan.

Las pensiones se revalorizarán con la misma periodicidad y cuantía que las reconocidas al amparo de la legislación interna. Sin embargo, cuando se trate de pensiones y/o jubilaciones abonadas bajo la fórmula de la *pro rata temporis*, el importe de la revalorización podrá determinarse mediante la aplicación de la misma regla de proporcionalidad que se haya aplicado para establecer la pensión.

En cuanto a los efectos de la presentación de documentos, indicar que las solicitudes, declaraciones, recursos y otros documentos que, deban ser presentados en un plazo determinado ante las Autoridades o Instituciones de un Estado, se consideran presentados si se realizan dentro del mismo plazo ante la Autoridad o Institución correspondiente del otro. Cualquier solicitud de prestación presentada según la legislación de uno será considerada como solicitud de la prestación correspondiente según la legislación del otro, siempre que el interesado manifieste, declare expresamente o se deduzca de la documentación presentada que ha ejercido una actividad laboral en dicho territorio.

Respecto a la obligación de ayuda administrativa entre ambas Instituciones, pueden solicitarse, en cualquier momento, reconocimientos médicos, comprobaciones de hechos y actos que puedan influir en la adquisición, modificación, suspensión, reducción, extinción, supresión o mantenimiento del derecho a prestaciones por ellas reconocido (los gastos producidos serán reintegrados inmediatamente por la Institución que solicitó el reconocimiento o la comprobación, cuando se reciban los justificantes).

Si un Estado, al liquidar o revisar una pensión, compruebe que ha pagado al beneficiario unas prestaciones indebidamente abonadas, podrá solicitar al otro Estado la retención del primer pago de atrasos correspondientes a los abonos periódicos de la cantidad pagada en exceso dentro de los límites establecidos por la legislación del Estado que realice la retención (esta última Institución transferirá la suma retenida a la Institución acreedora).

A los efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones que los ordenamientos nacionales impongan a sus beneficiarios, los Organismos de enlace o las Instituciones competentes de ambos países, deberán suministrarse entre sí la información necesaria sobre hechos o actos de los que pueda derivarse la adquisición, modificación, suspensión, extinción o mantenimiento del derecho a las prestaciones por ellos reconocidas¹⁷.

Las Instituciones competentes u Organismos de enlace pueden solicitar directamente a los interesados la remisión de la documentación necesaria que acredite su derecho a continuar en la percepción de las prestaciones.

Los Organismos de enlace intercambiarán los datos estadísticos relativos a los pagos de prestaciones efectuados a los beneficiarios de país que residan en el otro, los cuales contendrán el número de beneficiarios y el importe total de las prestaciones abonadas durante cada año calendario o civil.

La información contenida en los formularios de solicitud o enlace y demás documentos necesarios, así como cualquier otro dato que las Autoridades competentes consideren de interés, podrá ser transmitida entre los Organismos de enlace de cada Estado por medios informáticos u otros alternativos que se convengan y que aseguren reserva y confiabilidad.

El beneficio de las exenciones en actos y documentos administrativos, como pudieran ser de derechos de registro, de escritura, de timbre y de tasas consulares u otros análogos, previstos en cada país, se extiende a los certificados y documentos expedidos por el otro; y todos estos actos administrativos y documentos que se expidan serán dispensados de los requisitos de legalización y legitimación.

El pago de las prestaciones se entenderá realizado cuando se abone en la moneda nacional¹⁸. Las prestaciones que se deban pagar a sus titulares que permanezcan o residan en un Estado, serán pagadas directamente y bajo el procedimiento establecido por cada una de ellas (al propio tiempo, se notificará al interesado este primer pago). A estos efectos, cada país habilitará el procedimiento necesario para garantizar el pago de sus prestaciones a los residentes del otro, directamente en el territorio en el que residen. El pago de las prestaciones tendrá lugar en las fechas previstas por la legislación de la Institución deudora.

Las Autoridades competentes, de ambos Estados, tienen las siguientes atribuciones: establecer los Acuerdos Administrativos necesarios para la aplicación del Convenio; designar los respectivos Organismos de enlace¹⁹; comunicarse las medidas adoptadas en el plano interno para la aplicación del Convenio; notificarse todas las disposiciones legislativas y reglamentarias que modifiquen las establecidas; prestarse sus buenos oficios y la más amplia colaboración técnica y administrativa posible para la aplicación del Convenio. Podrá reunirse una Comisión Mixta presidida por las Autoridades competentes, a petición de cualquiera de ellas, con la finalidad de examinar los problemas que puedan surgir en la aplicación del Convenio y de los Acuerdos de desarrollo.

Respecto a la regulación de las controversias, las Autoridades competentes deben resolver, por vía negociadora, sus diferencias interpretativas del Convenio y de sus Acuerdos Administrativos. Si las controversias no pueden ser resueltas, mediante negociación en un plazo de tres meses a partir del comienzo de la misma, éstas deberán ser sometidas a una Comisión Arbitral (no por vía diplomática, a diferencia de los

¹⁸ Si se promulgasen en un país disposiciones que restrinjan la transferencia de divisas, ambos países adoptarán de inmediato las medidas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos derivados del Convenio.

¹⁹ En España es: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), para todos los regímenes excepto para el Régimen Especial de los Trabajadores de Mar; el Instituto Social de la Marina (ISM), para el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar; y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), para las disposiciones sobre legislación aplicable. En Paraguay es el Instituto de Previsión Social (IPS).

Convenios con Ucrania, Rusia o Argentina), cuya composición y procedimiento serán fijados de común acuerdo. La decisión de la Comisión Arbitral será considerada como obligatoria y definitiva.

2. CÓMPUTO DE PERIODOS, HECHOS CAUSANTES Y SITUACIONES ANTERIORES A LA VIGENCIA DEL CONVENIO

Los periodos de seguro cumplidos de acuerdo con la legislación de cada Estado antes de la entrada en vigor del Convenio se computan a efectos del reconocimiento a las prestaciones. Cuando se superpongan periodos de seguro obligatorio y voluntario, anteriores a la entrada en vigor del Convenio Complementario de 1972, cada Estado tomará en consideración los periodos acreditados en su legislación para determinar el derecho a la prestación y su cuantía.

El Convenio es de aplicación a contingencias acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor, si bien el abono de las prestaciones no puede retrotraerse más allá de su entrada en vigor. Los desplazamientos y estancias temporales iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, a efectos de la prestación de asistencia sanitaria, se rigen por el Convenio Complementario de 1972.

Las pensiones y/o jubilaciones que hubieran sido denegadas y las prestaciones liquidadas antes su entrada en vigor, podrán ser revisadas, a petición de los interesados, teniendo en cuenta las disposiciones del mismo, siempre que la solicitud de revisión se presente en un plazo de dos años a partir de su entrada en vigor. El derecho se adquirirá desde la fecha de solicitud, salvo disposición más favorable de la legislación de ese país (no se revisarán las prestaciones pagadas que hayan consistido en una cantidad única).

3. VIGENCIA, FIRMA Y RATIFICACIÓN DEL CONVENIO

El Convenio tiene una duración indefinida salvo denuncia de un Estado, que surtirá efecto a los tres meses de su notificación fehaciente al otro. En caso de denuncia, y no obstante las disposiciones restrictivas que el otro pueda prever para los casos de residencia en el extranjero de un beneficiario, las disposiciones del Convenio son de aplicación a los derechos adquiridos a su amparo. Ambos Estados pueden acordar las disposiciones que garanticen los derechos en curso de adquisición derivados de los periodos de seguro o asimilados cumplidos con anterioridad a la fecha de terminación del mismo.

Con la entrada en vigor del Convenio, quedan derogados el Convenio General sobre Seguridad Social de 25 de junio de 1959 y el Convenio Complementario al Convenio de Seguridad Social de 2 de mayo de 1972, respetándose los derechos adquiridos al amparo de los mismos.

El Convenio es ratificado de acuerdo con la legislación interna de España y de Paraguay, entrando en vigor el primer día del segundo mes siguiente al de la fecha en que ambos Estados intercambiaron, por vía diplomática, los Instrumentos de ratificación (el 1 de marzo de 2006); se puede observar que en otros convenios, como el de Ucrania la entrada en vigor se produce a los treinta días siguientes a la fecha del intercambio del Instrumento de ratificación.

II. CONCLUSIONES

El Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y Paraguay, hecho en Asunción en 1998, surge con el fin de coordinar las legislaciones sociales entre esos dos Estados, y es un ejemplo más de la gran cantidad de Convenios que tenemos suscritos con terceros países, pero merece una redacción que mejor se adapte a nuestros días.

Es una utopía lograr una Seguridad Social internacional autónoma diferente de la Seguridad Social interna de cada país, o incluso un Sistema de Seguridad Social internacional distinto del de sus Estados soberanos.

Los convenios bilaterales tienen como finalidad la totalización de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales firmantes de los mismos, para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales. Pero estos puentes jurídicos deben ser concretos y precisos, y tender a la simplificación, para fomentar la libre circulación de personas entre todos los países.

Cabe recordar, por un lado que los Reglamentos comunitarios de coordinación quedan relegados por la aplicación preferente de los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España con otros Estados miembros cuando se consideren normas más favorables; y por otro, que los Convenios bilaterales surgen con anterioridad a los Reglamentos. Por tanto, son figuras que, a pesar de ser normas convencionales, son de relevancia muy alta y deben tener como horizonte, limitar las barreras que impidan o entorpezcan la libre circulación de personas.

El Convenio que hemos analizado respeta las disposiciones y principios comunitarios, como no pudiera ser de otra forma. Dentro de su campo de aplicación personal no se cita exclusivamente a los nacionales de los Estados signatarios, sino que es de aplicación a los trabajadores, así como a sus familiares, respetando así el principio de igualdad de trato entre ciudadanos comunitarios, en su máxima expresión.

Recibido: 12.12.2018. Aceptado:20.12.2018.

COMENTARIOS DEL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE PERÚ Y ESPAÑA

COMMENTS ON THE BILATERAL SOCIAL SECURITY AGREEMENT BETWEEN PERU AND SPAIN

IVONNE SÁNCHEZ

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú).
Máster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales por la Universidad de Salamanca (España).

RESUMEN

La Seguridad Social alrededor del mundo pese a su reconocimiento como derecho fundamental depende básicamente de las políticas internacionales que establecen los propios países para su regulación. Este trabajo realiza un estudio del Convenio de Seguridad Social suscrito entre Perú y España, partiendo desde la necesidad de su regulación y el reconocimiento del derecho de seguridad social de forma efectiva en ambos países.

PALABRAS CLAVE: migración, convenio bilateral, seguridad social, Perú, España, acumulación de aportes, jubilación digna.

ABSTRACT

Social Security around the world despite its recognition as a fundamental right depends basically on the international policies established by the countries for their own regulation. This paper makes a study of the Social Security Agreement signed between Perú and Spain, starting from the need for its regulation and the recognition of the right to social security effectively in both countries.

KEYWORDS: migration, bilateral agreement, social security, Peru, Spain, accumulation of contributions, dignified retirement.

SUMARIO

I. APROXIMACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU TRATAMIENTO INTERNACIONAL

II. DEFINICIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL Y DIFERENTES APROXIMACIONES EN SU EJECUCIÓN

III. CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE PERÚ Y ESPAÑA:

A. INTRODUCCIÓN

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

C. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

D. APLICACIÓN DEL CONVENIO

E. SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES PERUANO

F. BENEFICIOS DE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO

IV. IGUALDAD DE TRATO

V. REFLEXIONES FINALES

I. APROXIMACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU TRATAMIENTO INTERNACIONAL

La circulación de fuerza de trabajo trasciende fronteras con fenómenos propios del siglo XXI, tales como la migración y la industrialización que facilitaron la captación de trabajadores para diversos puestos a nivel mundial. Debido a ello, internacionalmente, la Organización Internacional de Trabajo ha previsto en determinados convenios el tratamiento de las garantías mínimas de los ciudadanos cuando se desplazan por el mundo a prestar sus servicios.

Según los Convenios de la OIT y en los instrumentos de la ONU, la seguridad social es reconocida como un derecho fundamental a pesar de que diversas estadísticas indican que un pequeño porcentaje de la población mundial disfruta del mismo. Definida en términos generales como un sistema basado en cotizaciones que garantiza la protección de la salud, las pensiones y el desempleo, así como las prestaciones sociales financiadas mediante impuestos, la seguridad social se ha convertido en un reto universal en un mundo globalizado.

Seguridad social para trabajadores migrantes

OIT: Marco Regulatorio

C118: Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962.

C157: Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982.

R167: Recomendación sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1983.

II. DEFINICIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL Y DIFERENTES APROXIMACIONES EN SU EJECUCIÓN

Es frecuente considerar a la Seguridad Social como una relación paralela o anexa a una relación laboral, reconocemos la individualidad y autonomía de ambas relaciones tal como en los casos de suspensión del contrato de trabajo, o el hecho de que la pérdida de del permiso de trabajo, por sí sola, no sea determinante en la extinción de los derechos de la protección social. Esta autonomía entre ambas relaciones también se refleja en los Convenios bilaterales, deriva de que la finalidad de la Seguridad Social va más allá de la contratación laboral, al consistir en la reducción o eliminación de situaciones de necesidad como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 65/87 de 21 de mayo¹.

La Seguridad Social es prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad y que ésta es incapaz de evitar en su primera fase de riesgo, aunque puede remediar y, en alguna manera prevenir su actualización en siniestro. Así vista, la seguridad social, es un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre presente de riesgo y una situación corregible, y quizá evitable, de siniestro, allegando recursos que garanticen el mecanismo². La finalidad que los Estados

¹Publicada en BOE núm. 137, de 09 de junio de 1987.

²Alonso Olea, M.; *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 18ª edición, 2002, pág. 19.

persiguen al suscribir Convenios bilaterales de Seguridad Social no es otra que la de amparar a sus nacionales que emigran a otros países y, al mismo tiempo amparar a los extranjeros de dichos Estados que se encuentren en su territorio, y ello mediante el establecimiento de reglas de conexión que no exijan tener que establecer un régimen común de Seguridad Social³.

La Seguridad Social convencional no es otra cosa que un conjunto de normas pactadas entre dos o más Estados, dirigidas a evitar que el individuo vea suprimidos o reducidos sus derechos, en materia de prestaciones sociales, al cambiar su residencia de uno a otro país, pero sin que ello afecte a la legislación de tales Estados⁴. La circulación o movilidad de los trabajadores o pensionistas, y de sus respectivos familiares plantea retos al principio de territorialidad debido a que se pierden prestaciones que se causaron en el Estado 1 cuando el beneficiario se traslada al Estado y viceversa.

Según Alonso Olea, en la actualidad puede hablarse de la estabilización de un *ideal de cobertura* que comprende el accidente personal sea o no de trabajo, y la enfermedad común -incluida la maternidad- y profesional, cubriendo tanto la asistencia sanitaria y la recuperación como los defectos transitorios y permanentes -invalidez- de renta; la vejez o la prolongación de la vida más allá de los parámetros sobre los cuales aun se concibe la existencia de fuerza de trabajo; la muerte, si el causante deja dependientes; el paro forzoso y las cargas familiares sobre menores o discapacitados⁵. De esta definición ya observamos diferencias importantes con el encuadramiento que ostenta la seguridad social en Perú, donde nuestro bajo nivel de cobertura en todas las contingencias: salud, pensiones, riesgos del trabajo, prestaciones familiares, etc., exige una respuesta integral del Estado.

De acuerdo con el ordenamiento peruano vigente, tal como nos recuerda Toyama Miyagusuku, coexisten dos regímenes de pensiones: uno público representado por “el sistema de reparto”, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) administrado por el Organismo Nacional de Pensiones y; otro, privado -desde el año 1993-, el Sistema Privado de Pensiones administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones y supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), caracterizado por el régimen de “capitalización individual”⁶.

La prolongación de la vida humana ha aumentado los costos de sostenimiento para el aparato estatal, hace muchos años que Europa ha puesto en marcha un incremento paulatino de la edad mínima para jubilarse en condiciones habituales, consecuencia de la extensa brecha generacional. Sin embargo, este contexto no ha sido trasladado aún a países latinoamericanos tales como Perú, Chile, Argentina los cuales mantienen la misma edad de jubilación: 65 años.

En España se destaca la protección especial para el denominado “estado de dependencia” referidos a los ancianos con incapacidad severa por su edad avanzada dado que “la esperanza de vida sin incapacidad aumenta más lentamente que la esperanza de vida”, por lo que incluso se llega a pensar por su singularidad y frecuencia

³Sánchez Carrión, J.L.; *Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario*, Dykinson, 2008, pág. 18.

⁴Sánchez Carrión, J.L.; *Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario*, Dykinson, 2008, pág. 19.

⁵Alonso Olea, M.; *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 18ª edición, 2002, pág. 21.

⁶Toyama Miyagusuku, J., Angeles Llerena, K. “Seguridad Social peruana: sistemas y perspectivas”. *Revista Themis*. Pág. 210.

actual en un posible “seguro de (o protección especial de la) dependencia”. Su consolidación creciente combina fórmulas clásicas de carácter público y mecanismos mixtos compartiendo e incentivando su incorporación en el aseguramiento complementario⁷.

III. CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE PERÚ Y ESPAÑA:

Convenio bilateral entre España y Perú en materia de Seguridad Social:

- Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, hecho «ad referendum», en Madrid el 16 de junio de 2003 (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2005).
- Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre la República del Perú y el Reino de España, hecho en Madrid el 18 de abril de 2007 (BOE núm. 158, de 1 de julio de 2008).

A. INTRODUCCIÓN

Los Convenios bilaterales son los primeros mecanismos que surgen con el fin de coordinar las legislaciones sociales de dos países, y representan en el plano histórico el núcleo originario del Derecho internacional de la Seguridad Social.

En Perú, la Constitución de 1993 no establece ningún trato diferencial a los derechos económicos y sociales con relación a los que aparecen en el Título 1 de la propia Constitución, los catalogados como derechos fundamentales de la Persona. Por consiguiente, y a diferencia del sistema constitucional español, todos los derechos reconocidos en la Constitución se encuentran protegidos por una acción de garantía, la mayoría de ellos mediante la acción de amparo (numeral 2 del artículo 200 de la Constitución).

El Estado peruano reconoce la calidad migratoria consecuencia de los tratados, y convenios internacionales de los cuales el Perú es parte. Estos convenios no solo poseen una connotación de libre circulación de las personas, sino que, además, son mecanismos legales que buscan promover y aplicar el principio de reciprocidad, que implica la correspondencia laboral entre los estados parte del convenio. Por lo cual, existe la “calidad migratoria” por convenios internacionales, con la finalidad de brindar facilidades a aquellos ciudadanos extranjeros de países con los cuales el Perú tiene convenios bilaterales y multilaterales.

Los Convenios internacionales de seguridad social sirven para beneficiar a las personas que hayan trabajado bajo la norma de dos o más países, a través de estos acuerdos se brindan facilidades para el reconocimiento de pensiones en el país donde se encuentre el interesado. Por su parte España, además de las prestaciones de asistencia sanitaria

⁷ Véase al respecto: *Vejez y protección social a la dependencia en Europa : iniciativas, recomendaciones del Consejo de Europa* [coordinación y compilación, Mayte San-cho Castiello] Edición: 1ª ed. Editorial: Madrid. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMRSO), 1999.

derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios, tiene suscritos en la actualidad 20 Convenios Internacionales de Seguridad Social con países comunitarios y terceros (Convenios Bilaterales). Y en solo siete de ellos se prevé la explotación del derecho a recibir asistencia sanitaria: Andorra, Brasil, Chile, Ecuador, Marruecos, Perú y Túnez. Para el correcto desarrollo de estos Convenios Bilaterales es necesario suscribir acuerdos administrativos que faciliten su desarrollo.

El nuevo Convenio de Seguridad Social entre la República del Perú y España se firmó el 16 de junio de 2003 y entró en vigor el 1 de febrero de 2005, sustituye al Acuerdo Administrativo Hispano-Peruano de 24 de noviembre de 1978. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 5 de febrero de 2005⁸.

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

Los Convenios bilaterales suelen incluir un catálogo de prestaciones que serán aplicadas en virtud del principio de igualdad de trato tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en el país de origen según lo establecido en el ámbito de aplicación.

Es decir, el presente Convenio será de aplicación a los trabajadores y pensionistas que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones enumeradas en el ámbito de aplicación material de uno o ambos países que suscribieron el Convenio, así como a los miembros de sus familias y derechohabientes. Además, las prestaciones de asistencia social y servicios sociales incluyendo las de reeducación y rehabilitación de inválidos son prestaciones que solo han sido pactadas por España en los Convenios firmados con Andorra, Marruecos y Perú, respectivamente.

C. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

El presente Convenio se aplicará:

- Por parte del Perú:
 - a) A la legislación relativa al Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud y de otros regímenes de Seguridad Social en lo que se refiere a prestaciones sanitarias y económicas.
 - b) A la legislación relativa al Sistema Nacional de Pensiones, así como a sus regímenes especiales en lo referente a prestaciones económicas de invalidez, jubilación y sobrevivencia.
 - c) A la legislación relativa al Sistema Privado de Pensiones, en lo referente a las prestaciones económicas de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

- Por parte de España:

A la legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema español de Seguridad Social, con excepción de los regímenes de funcionarios públicos, civiles y militares, en lo que se refiere a:

⁸ No obstante, desde el 20 de octubre de 2016, Perú aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), por lo que, en virtud del artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

- a) Asistencia sanitaria, en los casos de enfermedad común o profesional, accidente sea o no de trabajo y maternidad.
- b) Incapacidad temporal en los casos de enfermedad común y accidente no laboral.
- c) Maternidad y riesgo durante el embarazo.
- d) Incapacidad permanente, jubilación y supervivencia.
- e) Prestaciones familiares por hijo a cargo.
- f) Prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.
- g) Subsidio de defunción.

Es importante anotar que respecto a las prestaciones de asistencia sanitaria y económicas de carácter contributivo previstas en este Convenio, se pueden sumar los períodos de seguro acreditados en España y en Perú, siempre que no se superpongan. Además, las prestaciones económicas de carácter contributivo, excepto las de incapacidad temporal se podrán percibir con independencia de que el interesado resida o se encuentre en España o en Perú.

Cada país abonará sus propias prestaciones directamente al beneficiario. No obstante, de los primeros pagos de la pensión que se le reconozca, se podrá descontar el importe correspondiente a abonos de prestaciones de igual naturaleza efectuados en cantidad superior a la debida por la Seguridad Social del otro país. Las personas que reúnan los requisitos exigidos por las legislaciones de ambos países para tener derecho a pensión contributiva podrán percibir ésta de cada uno de ellos.

D. APLICACIÓN DEL CONVENIO

Como recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la normativa comunitaria tiene por finalidad la totalización de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, pero sin que exista un «régimen común de Seguridad Social» que permita distribuir prestaciones entre los distintos regímenes legales.

En cumplimiento del artículo 29 apartado 2, letra a) del Convenio se establecieron Organismos de Enlace que favorezcan la aplicación de este Convenio:

- Por España:

El Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) para todos los regímenes excepto para el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar y para todas las prestaciones. El Instituto Social de la Marina (ISM) para todas las prestaciones del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

- Por Perú:

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) para la supervisión de los derechos de los afiliados al Sistema Privado de Pensiones.

La Oficina de Normalización Previsional (ONP) para las prestaciones que se otorgan a los asegurados del Sistema Nacional de Pensiones. Seguro Social de

Salud (ESSALUD) para las prestaciones del Régimen Contributivo de la Seguridad Social, exceptuándose la cobertura que se otorga a los asegurados afiliados a Entidades Prestadoras de Salud.

Por su parte la asistencia sanitaria, de acuerdo con su legislación nacional, el país en el que esté asegurado el trabajador reconoce cuando sea necesario, los períodos de seguro de ambos países siempre que no se superpongan, o para el pensionista, el país que le abone la pensión.

Normalmente la presta el país que la reconoce, pero también pueden recibirla en el otro país:

- Los trabajadores asegurados en un país y los familiares que los acompañen, que se desplacen temporalmente al país del cual son nacionales y que precisen en caso de emergencia médica la asistencia sanitaria.
- Los pensionistas que reciban pensión de un país y los familiares que los acompañen, que se desplacen temporalmente al país del cual son nacionales y que precisen en caso de emergencia médica la asistencia sanitaria.

Las prestaciones sanitarias se sirven en el país donde se encuentre el beneficiario, y según lo establecido en la legislación sanitaria y en los Servicios Públicos de Salud de ese país, durante el tiempo que autorice la Institución del país donde el trabajador esté afiliado o que abone la pensión.

En relación con las prestaciones económicas derivadas de contingencias tales como incapacidad temporal, maternidad, lactancia y riesgo durante el embarazo, las reconoce el país en el que esté asegurado el beneficiario, teniendo en cuenta, si es preciso, los períodos de seguro del otro país, siempre que no se superpongan.

Además, las prestaciones asociadas a la incapacidad permanente, jubilación y supervivencia serán examinadas por separado en la solicitud de prestación en la forma siguiente:

- Se comprobará si el interesado alcanza derecho a la prestación teniendo en cuenta únicamente los períodos de seguro propios, sin sumar los del otro país.
- Asimismo, se calculará la prestación sumando a los períodos de seguro propios los acreditados en el otro país (pensión teórica). En este supuesto, el importe de la prestación no será íntegro, sino según la proporción existente entre los períodos de seguro cumplidos en el país que la otorgue y la suma de los períodos de España y Perú (pensión prorrateada).

Existe una excepción para los supuestos en los cuales la duración total de los períodos de seguro acreditados en uno de los dos países sea inferior a un año y que por sí mismos no den derecho a pensión de ese país. Bajo este supuesto se asumirá por el otro país como propios, sin aplicar la cláusula "*prorrata temporis*".

- Se compararán las prestaciones calculadas según lo indicado en los apartados anteriores, y, cada país reconocerá y abonará la prestación que sea más favorable al interesado.

Para el reconocimiento y cálculo de la pensión se tendrá en cuenta:

- Cuando, en los supuestos de totalización de períodos, se acrediten períodos de seguro voluntario que se superpongan con períodos de seguro obligatorios, tanto la pensión teórica como el importe de la prestación económica se determinarán sin tener en cuenta los períodos de seguro voluntario.

No obstante, la cuantía que resulte se aumentará en la medida en que corresponda a los períodos de seguro voluntario que no hayan sido computados. Este aumento se calculará de acuerdo con lo dispuesto en la legislación del país con arreglo a la cual se hayan cumplido los períodos de seguro voluntario.

- La Institución que calcula la pensión considerará que el trabajador se encuentra sometido a su propia legislación, si está asegurado en el otro país o recibe una prestación de ese país basada en sus propios períodos de seguro. Para el reconocimiento de las pensiones de supervivencia se tendrá en cuenta si el fallecido se encontraba asegurado o era pensionista de acuerdo con la legislación del otro país.
- Si para el reconocimiento de una prestación se exige que algunos períodos de seguro se hayan cumplido inmediatamente antes del hecho causante de dicha prestación, este requisito se considera cumplido si el interesado los acredita en el período inmediatamente anterior al reconocimiento de la prestación del otro país.
- Si la legislación de uno de los países firmantes contiene cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión de la pensión para el caso de pensionistas que ejerzan una actividad laboral, éstas les serán aplicables, aunque dicha actividad laboral la efectúe en el otro país.
- Si para el reconocimiento de la pensión española ha sido preciso sumar períodos de seguro peruanos, el cálculo de esta pensión se efectuará según las bases de cotización reales acreditadas por el asegurado en España durante los años que preceden inmediatamente al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. La cuantía así obtenida, se incrementará según las revalorizaciones establecidas anualmente hasta la fecha del hecho causante para las prestaciones de la misma naturaleza.
- Para acceder a los beneficios de determinados regímenes especiales sólo se tendrán en cuenta los períodos del otro país que se hayan cumplido en igual profesión o empleo.
- En el supuesto de pensión de jubilación de la Seguridad Social española para la que se hayan totalizado períodos de seguro acreditados en Perú, dicha totalización se utilizará, igualmente, para determinar la edad a la que se puede acceder a la pensión.

E. SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES PERUANO

En el ordenamiento jurídico previsional peruano coexisten dos regímenes: i) un sistema público el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), regulado por el Decreto Ley 19990 y, un sistema privado, el Sistema Privado de Pensiones (SPP).

Los afiliados a una Administradora Privada de Fondos de Pensiones en Perú financiarán sus pensiones en dicho país con el saldo acumulado en su cuenta individual de capitalización. No obstante, si el saldo de su cuenta individual es insuficiente para financiar pensiones de una cuantía igual, al menos, a la de la pensión mínima garantizada por el Estado, se podrán totalizar los períodos de seguro españoles para poder acceder a dicha pensión mínima.

F. BENEFICIOS DE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO

Los beneficios de la aplicación de este convenio coinciden en establecer que el solicitante tendrá acceso a una jubilación más justa acumulando todos los períodos cotizados. Añadiendo, los beneficios de la ejecución de este convenio pueden resumirse de la siguiente manera:

1. *Certificación de aportes*: acreditación de períodos de cotización en cualquiera de los países que han suscrito el convenio.
2. *Acumulación de aportes*: los aportes del afiliado en ambos países firmantes pueden sumarse para obtener una pensión en cada país en proporción a los años cotizados.
3. *Cobrar la pensión en el país de residencia*: recibir el pago en su lugar de residencia y para ello cada país abonará sus prestaciones directamente.
4. *Facilidades administrativas*: a través de organismos de enlace de coordinación con las entidades competentes o gestoras quienes resolverán las solicitudes.

IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

El art. 4 del Convenio bilateral desarrolla el principio de igualdad de trato, factor elemental para el éxito de la aplicación de este Convenio tal como sigue: *Los nacionales de una Parte Contratante y los miembros de su familia estarán sometidos y se beneficiarán de la Seguridad Social en el territorio de la otra Parte en las mismas condiciones que los nacionales de la misma, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en este Convenio.* A mi juicio este principio resulta sumamente importante pues no solo coincide con la esencia de la Seguridad Social tal como la conocemos en otros países, además, su perfeccionamiento se encuentra motivado en un principio presente en todo nuestro ordenamiento.

Hacemos mención a un principio que protege la movilidad de los trabajadores y que toma como referencia el nivel de mayor amparo, no se emplea para crear limitaciones sino para garantizar que el nivel de protección entre ambos sujetos sea el mismo⁹.

V. REFLEXIÓN FINAL

Los Convenios bilaterales son los primeros instrumentos que surgen con el fin de coordinar las legislaciones sociales entre dos Estados, y representan en el plano

⁹ Vidal Amaral, A.; Bortagaray Flangini A.; Burgueño Álvarez M., *Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*, OISS, Madrid 2011, pág. 34.

histórico el núcleo originario del Derecho internacional de la Seguridad Social, revelándose en este punto como los medios que garantizan un mayor nivel de eficacia. España constituye un caso excepcional por la gran cantidad de Convenios bilaterales suscritos con terceros países en materia de Seguridad Social.

La utilidad del Convenio bilateral para la adecuada conservación de los derechos previsionales de los trabajadores y sus beneficiarios parte del principio de igualdad de trato medular para su correcto desarrollo. Este procedimiento favorece la protección de estos individuos, en el goce de asistencia sanitaria y otras prestaciones.

La idea primordial de la Seguridad Social en el día de hoy, a pesar de la evidente complejidad que ello conlleva, trata de encaminarse hacia su progresiva unificación, objetivo que no puede lograrse sino en base a una verdadera armonización de legislaciones que sustituya la tradicional coordinación normativa que vivimos actualmente, y ello mediante la elaboración de un Texto único de Seguridad Social de obligado cumplimiento para todos los Estados, sobre todo en aquellos aspectos básicos, tanto sustantivos como procesales-administrativos, con el lógico respeto de cada legislación.

Valoramos que, en ausencia de este Convenio, los trabajadores extranjeros pese a prestar sus servicios en las mismas condiciones que los nacionales, no tendrían acceso, ni permisos, para disfrutar de sus prestaciones sanitarias.

Envío: 23.12.2018. Aceptado: 03.12.2018.

**LAS PENSIONES EN EL MARCO DEL ACTUAL CONVENIO
BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITO ENTRE
ESPAÑA Y COLOMBIA**

THE PENSIONS IN THE FRAMEWORK OF THE CURRENT BILATERAL
SOCIAL SECURITY AGREEMENT SIGNED BETWEEN SPAIN AND COLOMBIA
IN 2005

JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

RESUMEN

El Convenio Bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y Colombia en 2005 tiene por finalidad proporcionar a los trabajadores españoles y colombianos, que hayan desarrollado una actividad profesional en el otro Estado, les sea reconocido el tiempo cotizado en ambos sistemas de Seguridad Social. De tal forma, que estos trabajadores podrán cobrar sus prestaciones en función a la parte proporcional cotizada en cada Estado y de conformidad a lo dispuesto en sus respectivas legislaciones nacionales.

PALABRAS CLAVE: Pensiones, Seguridad Social, Derechos Sociales, Convenio Bilateral de Seguridad Social, España, Colombia.

ABSTRACT

The Bilateral Agreement of Social Security subscribed between Spain and Colombia in 2005 has as purpose to provide the Spanish and Colombian workers, who have developed a professional activity in the other State, the time quoted in both Social Security systems. In this way, these workers may collect their pension benefits according to the proportional part quoted in each State and in accordance with the provisions of their respective national legislations.

KEYWORDS: Pensions, Social Security, Social Rights, Bilateral Social Security Agreement, Spain, Colombia.

SUMARIO

I. CUESTIONES PRELIMINARES

II. ANÁLISIS DEL CONVENIO BILATERAL

A. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. SUJETOS PROTEGIDOS POR EL CONVENIO BILATERAL

2. APLICACIÓN MATERIAL DEL CONVENIO BILATERAL

B. MARCO NORMATIVO APLICABLE

C. RÉGIMEN PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES

1. DISPOSICIONES COMUNES

2. APLICACIONES ESPECÍFICAS CONFORME A LAS LEGISLACIONES NACIONALES DE LAS PARTES CONTRATANTES

III. COEXISTENCIA DEL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITO ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA EN 2005 CON EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL DE 2007

A. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

B. ANÁLISIS COMPARATIVO: DIFERENCIAS MÁS SIGNIFICATIVAS ENTRE AMBOS CONVENIOS

IV. CONCLUSIONES

I. CUESTIONES PRELIMINARES

El Convenio Bilateral de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia (en adelante CBSSEC), firmado en Bogotá (Colombia) el 6 de septiembre de 2005 y entrando en vigor para ambas Partes el día 1 de marzo de 2008, tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores españoles y colombianos -así como a sus familiares beneficiarios y sobrevivientes-, que hayan llevado a cabo una actividad laboral o profesional en el territorio del otro Estado Parte -estando sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de España y/o Colombia-, les sea reconocido el tiempo cotizado en ambos países a la hora de determinar su derecho a la pensión y a la liquidación de las prestaciones correspondientes¹.

Este Acuerdo Bilateral fue ratificado y adoptado por ambas Partes² llevándose a cabo mediante los procedimientos siguientes:

-En España se procedió a la publicación del texto definitivo del Convenio en el Boletín Oficial del Estado núm. 54, de 3 de marzo de 2008.

-En Colombia, para proceder a su ratificación y adopción, se necesitó contar previamente con la aprobación de la Ley 1.112 de 27 de diciembre de 2006. Dicha Ley fue publicada con posterioridad en el Diario Oficial de la República núm. 46.494 de 27 de diciembre de 2006.

A efectos del presente Convenio tendrá la consideración de “trabajador³” aquella persona que habiendo desarrollado -o que esté desarrollando- una actividad laboral por cuenta ajena o propia, sometido a la legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema español de la Seguridad Social⁴, o a la legislación colombiana relativa a las prestaciones económicas reguladas en el Sistema General de Pensiones⁵.

¹ Según los datos que constan en el INE (España), DANE (Colombia), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales español y en el Ministerio de la Protección Social colombiano, el número de personas que podrían quedar sometidas por lo estipulado en este convenio, a 1 de marzo de 2008, era el siguiente: 246.542 colombianos con tarjeta de residencia en España, 7.902 españoles residentes en Colombia, 141.358 colombianos afiliados a la Seguridad Social española, 411 pensiones abonadas a residentes en Colombia y 161 pensiones asistenciales abonadas en Colombia. En 2017, los colombianos residentes en España representaban el 3,14% sobre el total de 4.424.409 extranjeros residentes en España. Siendo esta población el 17,84% del total de colombianos residentes fuera del país. Han sido alrededor de 6.000 solicitudes tramitadas durante el periodo 2008-2018; de las cuales 500 se le ha gestionado el reconocimiento de la pensión.

² Vid. art. 1.1 apartado a) CBSSEC.

³ Vid. art. 1.1 apartado f) CBSSEC.

⁴ Se hace referencia específica a la incapacidad permanente, muerte y supervivencia por enfermedad común o accidente no laboral y jubilación. Vid. art. 2.1 apartado a) CBSSEC.

⁵ Concretamente: la prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad; y en relación a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común. Vid. art. 2.1 apartado b) CBSSEC.

En dicho Convenio se acuerda que la “Legislación⁶” aplicable serán las Leyes, Reglamentos, Decretos y demás disposiciones sobre Seguridad Social que estén vigentes en los correspondientes territorios de las Partes Contratantes.

Respecto a los Órganos Administrativos de ambas Partes se entenderá lo siguiente:

-La “Autoridad Competente⁷” será, en relación a España, será el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y, respecto a Colombia, el Ministerio de la Protección social.

-Por “Instituciones Competentes⁸” se entenderá que son aquellas Instituciones u Organismos responsables, en cada parte, de la administración y aplicación de su legislación⁹.

-El “Organismo de Enlace¹⁰” es aquel Organismo de coordinación e información entre las Instituciones de ambas Partes Contratantes que intervengan en la aplicación del Convenio y en la información a los interesados sobre los derechos y las obligaciones derivados del mismo.

Se entiende por “periodo de seguro o de cotización¹¹” aquel periodo cotizado o reconocido con tal consideración por la legislación del Estado Parte al que ha estado sometido el interesado, así como cualquier otro periodo que tal legislación considere computable o equiparable.

En cuanto a las “prestaciones económicas¹²” son aquellas prestaciones en efectivo referentes a subsidios, auxilios o indemnizaciones previstas en las Legislaciones españolas y colombianas a las que nos hemos referido con anterioridad.

II. ANÁLISIS DEL CONVENIO BILATERAL

A. ÁMBITOS DE APLICACIÓN

1. SUJETOS PROTEGIDOS POR EL CONVENIO BILATERAL

Este Convenio despliega sus efectos sobre aquellos “trabajadores de cada Estado que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas

⁶ Vid. art. 1.1 apartado b) CBSSEC.

⁷ Vid. art. 1.1 apartado c) CBSSEC.

⁸ Vid. art. 1.1 apartado d) CBSSEC.

⁹ En España son: el Instituto Nacional de Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina y la Tesorería General de la Seguridad Social. En Colombia: el Instituto de Seguros Sociales y las Cajas, Fondos o Entidades de la Seguridad Social -públicas o privadas-.

¹⁰ Vid. art. 1.1 apartado e) CBSSEC.

¹¹ Vid. art. 1.1 apartado g) CBSSEC.

¹² Vid. art. 1.1 apartado h) CBSSEC.

Partes Contratantes, así como a sus familiares beneficiarios o sobrevivientes¹³”. En este caso, España y Colombia han optado por elegir un ámbito protector extensivo, sin limitarse exclusivamente a preservar los derechos sobre la pensión que le corresponda a la persona trabajadora, sino ampliando -a su vez- el ámbito de protección a sus familiares beneficiario o sobrevivientes.

Junto a la protección extensiva del trabajador y sus familiares, se introducen tres principios que garantizan y refuerzan los derechos y las obligaciones correspondientes a los sujetos beneficiarios conforme a lo establecido en este Acuerdo bilateral. En primer lugar, debemos destacar el “principio de igualdad de trato” que se establece para cualquiera de los nacionales de España o Colombia que pasen a quedar sometidos a la legislación de la otra Parte -español que queda sometido a la legislación de Colombia y viceversa- “(...) estos trabajadores tendrán en esta última los mismos derechos y obligaciones establecidos en la legislación de esta Parte para sus nacionales¹⁴”.

Otro principio al que se hace referencia es el relativo a la “conservación de los derechos adquiridos”. En el art. 5.1 CBSSEC se formula el mismo en los siguientes términos: “Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, las prestaciones comprendidas en el art. 2 CBSSEC no serán objeto de reducción, modificación, suspensión, extensión, supresión o retención por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de la otra Parte, y se le harán efectivas en el mismo¹⁵”.

Acompañando a estos dos principios, se formula un tercero que permite al beneficiario de la pensión que le corresponda en virtud de la aplicación de este Convenio, que lo pueda percibir en un tercer país en las mismas condiciones que correspondan a los nacionales de dicho país. Y así se dispone en el art. 5.2 CBSSEC estableciéndose que “Las prestaciones comprendas en el art. 2 del presente Convenio¹⁶, reconocidas a beneficiarios que residan en un tercer país, se harán efectivas en las mismas condiciones y con igual extensión que a los propios nacionales que residan en ese tercer país”.

2. APLICACIÓN MATERIAL DEL CONVENIO BILATERAL

Una primera aproximación al ámbito de aplicación material del presente Convenio nos desvela la existencia de una configuración múltiple que se ha desarrollado en base a diversos criterios. En primer lugar, y con carácter previo, España y Colombia han seleccionado un elenco de diferentes prestaciones que han sido extraídas de sus legislaciones nacionales dedicadas a la regulación de sus respectivos Sistemas de

¹³ *Vid.* art. 4 CBSSEC.

¹⁴ *Vid.* art. 4 CBSSEC.

¹⁵ Como ya se ha señalado con anterioridad, recuérdese que, en relación a las prestaciones, España hacía alusión a la incapacidad permanente, muerte y supervivencia por enfermedad común o accidente no laboral y jubilación (*vid.* art. 2.1, apartado a); mientras que, Colombia hace lo propio respecto a la prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad, en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común (*vid.* art. 2.1, apartado b). Junto a esta lista cerrada de prestaciones aportada por cada Estado, adviértase que también se acordaba por los Estados Parte añadir en el futuro aquella legislación, o parte de la misma, que complete o modifique la que se estableció inicialmente y que se recoge en el art. 2.2 de este Convenio.

¹⁶ Véase nota núm. 5.

Seguridad Social. De esta forma, el Estado español hace alusión a “la legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema Español de la Seguridad Social, en lo que se refiere a incapacidad permanente, muerte y supervivencia por enfermedad común o accidente no laboral y jubilación” -art. 2.1, apartado a) CBSSEC-. Por su parte, Colombia ha hecho lo propio contextualizando el ámbito de aplicación material respecto a “la legislación relativa a las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones -Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad-, en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común” -art. 2.1, apartado b) CBSSEC-.

Junto a esta lista cerrada de prestaciones aportada por cada Estado, se acompaña una segunda fórmula abierta que permite añadir en el futuro aquella legislación, o parte de la misma, que complete o modifique la que se estableció inicialmente y que se recoge en el art. 2.2 de este Convenio.

Se añade además un tercer criterio, contemplado en el art. 2.3, que sostiene que “El Convenio se aplicará a las disposiciones que en una Parte Contratante extiendan la legislación vigente¹⁷ prevista en el apartado 1 de este artículo, a *nuevos grupos de personas*, siempre que la Autoridad Competente¹⁸ de la otra Parte no se oponga a ello dentro de los tres meses siguientes a la recepción de la notificación de dichas disposiciones”. Creemos que la ubicación de este precepto no ha sido del todo afortunada ya que se han integrado en el mismo -dedicado a la aplicación material (objetiva)- elementos propios del ámbito de aplicación personal (subjetiva) como son “los nuevos grupos de personas” a los que se alude. Consecuentemente, y en aras de mantener una coherencia organizativa en el texto normativo, pensamos que este apartado -dedicado a la ampliación de nuevos grupos de personas- se debería haber incluido en el correspondiente al ámbito de aplicación personal.

B. MARCO NORMATIVO

Las Disposiciones relativas a la Legislación aplicable del presente Convenio¹⁹ se han organizado en base al establecimiento inicial de una norma general que a su vez, se ha acompañado de una nutrida relación de excepciones sobre dicha norma general. Además, se ha previsto por ambas Partes, y siempre que se cumplan con carácter previo unas determinadas condiciones, que se puedan modificar las excepciones mencionadas.

¹⁷ Entiéndase por legislación vigente: “las Leyes, Decretos, Reglamentos, y demás disposiciones relativas a Seguridad Social vigentes en el territorio de las Partes Contratantes”. *Vid.* art. 1, apartado b) CBSSEC.

¹⁸ *Vid.* art. 1, apartado c) CBSSEC. Según se desprende del Acuerdo establecido entre las Partes Contratantes: la Autoridad Competente respecto de España, será el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales -actualmente bajo la denominación de “Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social”- [Acceso: 25/11/2018] <http://www.mitramiss.gob.es/> ; y respecto de Colombia, el Ministerio de la Protección Social -cambiando su denominación por el actual: “Ministerio de Salud y Protección Social”- [Acceso: 25/11/2018] <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Paginas/mision-vision-principios.aspx>

¹⁹ Véase el Título II del CBSSEC.

En referencia a la norma general²⁰, los Estados Partes han elegido el principio de territorialidad como eje fundamental sobre el que se sustenta su formulación, expresándolo en los siguientes términos: “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 el art. 7”.

Ahora bien, tal como hemos anticipado, las Partes han querido establecer un número muy significativo de excepciones a esta regla general inicial y que pasamos a detallar agrupándolas según la relación o el estatuto jurídico que exista:

- Trabajadores que ejercen su actividad por cuenta ajena.

Ante las diferentes situaciones que se presentan dentro de esta actividad, las Partes Contratantes han previsto lo siguiente:

-Cuando los trabajadores por cuenta ajena presten sus servicios en una empresa que teniendo su sede en territorio español o colombiano y dichos trabajadores sean enviados por la dirección de la empresa, durante un tiempo determinado, a realizar trabajos al territorio del otro Estado en el que se encontraban realizando sus servicios, quedarán sometidos a la legislación del primer Estado, siempre que la duración prevista para el trabajo temporal encomendado, no rebase la duración de tres años, ni se encuentren sustituyendo a otros trabajadores cuyo plazo de desplazamiento haya finalizado²¹.

-No obstante lo anterior, si existieran circunstancias imprevisibles que provocaran un exceso en la duración del trabajo encomendado, rebasando el límite de los tres años, dichos trabajadores seguirían sometidos a la legislación del primer Estado por un nuevo periodo, no superior a otros tres años, bajo la condición indispensable de que preste su conformidad la Autoridad Competente²² del segundo Estado en cuyo territorio se está ejerciendo la actividad temporal²³.

-Adviértase que en cualquier caso, el plazo máximo establecido para que los trabajadores por cuenta ajena al servicio de una Empresa, cuya sede se encuentre en el territorio de una de las Partes y sean enviados al territorio de la otra parte para realizar trabajos de carácter temporal nunca podrá rebasar la duración de seis años (siempre que excediendo el primer plazo de tres años se conceda una autorización por la Autoridad Competente de la otra Parte para que pueda disponer de una prórroga de tres años adicionales).

²⁰ Vid. art. 6 CBSSEC.

²¹ Vid. art. 7.1, apartado a) CBSSEC.

²² En referencia a la Autoridad Competente véase el art. 1, apartado c) CBSSEC. Según se desprende del Acuerdo establecido entre las Partes Contratantes: la Autoridad Competente respecto de España, será el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales -actualmente bajo la denominación de “Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social”- [Acceso: 25/11/2018] <http://www.mitramiss.gob.es/>; y respecto de Colombia, el Ministerio de la Protección Social -cambiando su denominación por el actual: “Ministerio de Salud y Protección Social”- [Acceso: 25/11/2018] <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Paginas/mision-vision-principios.aspx>

²³ Vid. art. 7.1, apartado b) CBSSEC.

-Cuando los trabajadores por cuenta ajena prestan sus servicios a bordo de un buque o para empresas de transporte aéreo, se deberán observar las siguientes consideraciones:

a) La legislación a la que quedarán sometidos dichos trabajadores será la que corresponda a la bandera que enarbole el buque²⁴.

b) Cuando la remuneración que reciben estos trabajadores, por la actividad que desempeñan en el buque, proceda de una empresa -o empresario individual- cuyo domicilio se encuentre en el territorio de la otra Parte, deberá quedar sometido a la legislación de esta última parte, si dichos trabajadores también residen en este territorio. Teniendo en cuenta que en estos casos la empresa o persona que efectúe el pago de la retribución tendrá la consideración de empleador en relación a la aplicación de dicha legislación²⁵.

c) En el supuesto de que el buque pertenezca a una empresa pesquera mixta constituida en una Parte y esté abanderado en dicha parte; siendo nacionales y residentes en la otra Parte los trabajadores que prestan sus servicios en esta empresa, se considerará que dichos trabajadores pertenecen a la empresa participante del país del que son nacionales y en el que residen y, por tanto, quedarán sometidos a la legislación de este país, debiendo asumir esta empresa sus obligaciones como empleador²⁶.

d) Cuando se trate de actividades de carga, descarga y reparación de buques y servicios de vigilancia portuaria, los trabajadores que desempeñen dichas tareas estarán sujetos a la legislación del Estado Parte en el que se encuentre situado dicho puerto²⁷.

e) Los trabajadores que presten servicios itinerantes en empresas de transporte aéreo que desempeñen su actividad en el territorio de ambas Partes, quedarán sometidos a la legislación de la Parte en cuyo territorio tenga su sede principal la empresa²⁸.

- *Trabajadores que ejercen su actividad por cuenta propia.*

Un tratamiento similar, al observado con anterioridad para los trabajadores por cuenta ajena, se ha dispuesto para aquellos que realicen su actividad por cuenta propia. Concretamente se observa que en el supuesto de que estos trabajadores por cuenta propia, que desarrollan habitualmente su actividad en el territorio de un Estado Parte en el que estén asegurados, pasen a realizar algún trabajo al territorio del otro Estado Parte, tendrían la posibilidad de seguir sujetos a la legislación del primer Estado cuando la duración previsible de dicho trabajo no rebase los tres años²⁹.

²⁴ Vid. art. 7.1, apartado f) CBSSEC.

²⁵ Vid. art. 7.1, apartado f) segundo párrafo CBSSEC.

²⁶ Vid. art. 7.1, apartado f) tercer párrafo CBSSEC.

²⁷ Vid. art. 7.1, apartado g) CBSSEC.

²⁸ Vid. art. 7.1, apartado e) CBSSEC.

²⁹ Vid. art. 7.1, apartado c) CBSSEC.

No obstante lo anterior, existe la posibilidad de prorrogar dicho plazo, por un nuevo periodo no superior a otros tres años adicionales, en los que continuarían estos trabajadores sometidos a la legislación del primer Estado; ahora bien, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que concurren circunstancias imprevisibles que provoquen la ampliación del plazo inicial previsto de tres años; y que la Autoridad Competente de la segunda Parte u Organismo en quien delegue preste su conformidad sobre esta ampliación³⁰.

-Tratamiento específico del personal de las Misiones diplomáticas, Oficinas Consulares, Organismos Internacionales y Misiones de Cooperación.

a) El personal que pertenece a las Misiones diplomáticas, Oficinas Consulares y funcionarios de los Organismos Internacionales quedarán sometidos a la legislación que le sea aplicable³¹.

b) Aquellos funcionarios públicos, distintos a los mencionados anteriormente, que perteneciendo a uno de los Estados Parte, se hallen destinados en el territorio de la otra Parte, se regirán por la legislación de la Parte a la que pertenece la Administración de la que dependen³², con excepción de aquellos supuestos de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de Colombia en España “(...) bien sean nacionales españoles o colombianos, que tengan el carácter de local³³”.

c) Un tratamiento diferente, basado en un “derecho de opción de la legislación aplicable”, es el que se ha previsto para el personal administrativo y técnico, así como para los miembros del personal al servicio de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España y Colombia. En estos casos, dicho personal podrá elegir entre quedar sometido a la legislación del Estado acreditante o la del otro Estado, siempre que se cumplan las siguientes condiciones³⁴:

1ª) Cuando este personal sean nacionales españoles -que no tengan el carácter de funcionarios públicos- y presten sus servicios en Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España en Colombia³⁵.

2ª) Cuando este personal sean nacionales españoles o colombianos con el carácter de local y presten sus servicios en Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de Colombia en España³⁶.

³⁰ Vid. art. 7.1, apartado d) CBSSEC.

³¹ Vid. art. 7.1, apartado h) CBSSEC.

³² Vid. art. 7.1, apartado i) CBSSEC.

³³ Conforme a lo previsto en el art. 7.1, apartado j), inciso 2º CBSSEC.

³⁴ Vid. art. 7.1, apartado j) CBSSEC.

³⁵ Vid. art. 7.1, apartado j), inciso 1º CBSSEC.

³⁶ Vid. art. 7.1, apartado j, inciso 2º CBSSEC.

3ª) El derecho de opción deberá ejercerse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de comienzo de la actividad en el territorio del Estado que se preste la misma o a la fecha de vigencia del presente Convenio³⁷.

4ª) En el supuesto de no optar en el plazo de tres meses -previsto en la condición anterior- se entenderá que se ha optado por quedar sometido a la legislación de la Parte en donde se lleve a cabo la actividad³⁸.

Del examen del art. 7.1, apartado j) CBSSEC debemos subrayar que las condiciones acordadas por España y Colombia para otorgar el “derecho de opción de la legislación aplicable” al personal administrativo y técnico, así como para los miembros del personal al servicio de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares en sus respectivos territorios, no han sido las mismas, apreciándose en ambos casos diferencias significativas. Adviértase que para las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España en Colombia se han establecido condiciones más restrictivas -la nacionalidad exclusivamente española de este personal y que no sea funcionario público- que para el paralelo de Colombia en España -que se permiten ambas nacionalidades con la única condición del “carácter local”-.

d) El “derecho de opción de la legislación aplicable” -al que nos hemos referido en el apartado anterior-, también se extenderá al personal que integra el servicio privado y exclusivo de los miembros de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares cuando éstos sean nacionales del Estado acreditante³⁹.

e) Otro supuesto es el que está previsto para las misiones de cooperación. En estos casos las personas enviadas, por una Parte al territorio de la otra Parte, estarán sujetas a las normas del Estado que las envía, excepto que en los acuerdos de cooperación se haya establecido otra cosa⁴⁰.

Junto a este elenco de excepciones -en relación a la norma general contenida en el art. 6 CBSSEC- las Partes Contratantes han previsto la posibilidad de poder modificar las mismas en un momento posterior a su adopción, disponiendo a tal efecto que “las Autoridades Competentes de ambas Partes Contratantes podrán, previo cumplimiento de los requisitos internos, de común acuerdo, en interés de determinado trabajadores o categorías de trabajadores, modificar las excepciones previstas en los apartados anteriores⁴¹”.

C. RÉGIMEN APLICABLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES

Abordaremos en este apartado el estudio de las disposiciones comunes -establecidas por ambas Partes- para la determinación del derecho a la pensión y liquidación de las

³⁷ Vid. art. 7.1, apartado j), inciso 2º penúltimo párrafo CBSSEC.

³⁸ Vid. art. 7.1, apartado j), inciso 2º último párrafo CBSSEC.

³⁹ Vid. art. 7.1, apartado k) CBSSEC.

⁴⁰ Vid. art. 7.1, apartado l) CBSSEC.

⁴¹ Vid. art. 7.2 CBSSEC.

correspondientes prestaciones. Seguidamente, trataremos el análisis de las aplicaciones específicas de las legislaciones nacionales para la determinación de las siguientes prestaciones: Incapacidad permanente o invalidez, jubilación o vejez, muerte y supervivencia o sobrevivientes. Además, añadiremos -a estas prestaciones- el subsidio por defunción o auxilio funerario previsto en la legislación colombiana.

1. DISPOSICIONES COMUNES

- Determinación del derecho a la pensión y liquidación de las prestaciones.

Tendrán derecho a la pensión, y por ende, a las prestaciones que se establecen en el Capítulo 1 del Título III de este Convenio⁴², aquellos trabajadores que hayan estado -de forma sucesiva o alternativa- sujetos a la legislación de uno u otro Estado Parte⁴³. Para la determinación del derecho a la pensión y el cálculo de la prestación correspondiente, la Institución Competente de cada Estado Parte tendrá en cuenta lo siguiente:

a) Los periodos de cotización o de seguros acreditados en ese Estado Parte⁴⁴.

b) Asimismo, también se tendrá en cuenta totalizando con los propios los periodos de cotización o de seguro cumplidos bajo la legislación de la otra Parte⁴⁵.

c) Efectuada la totalización y alcanzado el derecho a la prestación, se calculará la cuantía según los criterios siguientes:

1º) *Pensión teórica*. Este criterio consiste en determinar la cuantía de la prestación, como si todos los periodos totalizados de cotización o de seguro se hubieran cumplido bajo la propia legislación⁴⁶.

2º) *Pensión prorrateada*. El cálculo de la prestación se llevará a cabo aplicando a la pensión teórica -calculada sobre su legislación- la misma proporción existente entre el periodo de cotización o seguro en el Estado al que pertenece la Institución que realiza el cálculo

⁴² Capítulo 1º titulado: “Prestaciones por incapacidad permanente o invalidez, jubilación o vejez y muerte y supervivencia o sobrevivientes” y que corresponde al Título III que está dedicado a regular dichas prestaciones.

⁴³ *Vid.* art. 9, primer párrafo CBSSEC. Además, se deberá tener en cuenta la posibilidad de acumular, por parte del asegurado, los distintos periodos de cotización. Sin embargo, dicha acumulación se producirá -de conformidad con lo acordado por los Estados Parte- cuando se cumplan unas determinadas condiciones que se expresan en los siguientes términos: “cuando la legislación de una Parte Contratante subordine la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones previstas en el art. 2 de este Convenio, al cumplimiento de determinados periodos de seguro o cotización, la Institución Competente -*vid.* nota siguiente- tendrá en cuenta a tal efecto, cuando sea necesario, los periodos de seguro o cotización cumplidos con arreglo a la legislación de la otra Parte Contratante según se establece en el art. 9, siempre que no se superpongan” (art. 8 CBSSEC).

⁴⁴ *Vid.* art. 9. 1 CBSSEC.

⁴⁵ *Vid.* art. 9. 2 CBSSEC.

⁴⁶ *Vid.* art. 9. 2, apartado a) CBSSEC.

de la pensión y la totalidad de los periodos cotizados o de seguro cumplidos en ambas partes⁴⁷.

d) *Reconocimiento de la pensión más favorable para el interesado*. Determinados los derechos a la pensión correspondiente -y calculadas las cuantías de las prestaciones- conforme a los criterios contenidos en los apartados anteriores, la Institución Competente de cada Estado Parte reconocerá y abonará la prestación que resulte más favorable al interesado, independientemente de la resolución adoptada por la Institución Competente del otro Estado Parte⁴⁸.

e) *Singularidades en el cómputo de periodos de cotización en determinadas actividades sometidas a un Régimen Especial*. Cuando la legislación de un Estado Parte condiciona el derecho o la concesión de determinados beneficios al cumplimiento de periodos de seguro en una profesión o empleo determinado -o profesión sometida a un Régimen Especial-; en este caso, los periodos cumplidos bajo la legislación de la otra Parte sólo se tendrán en cuenta, para la concesión de tales beneficios, si se acreditasen bajo un régimen de igual naturaleza, si éste no existiera, bastaría con la misma profesión o empleo⁴⁹. No obstante, si habiendo tenido en cuenta los periodos cumplidos, el interesado no cumpliera con los requisitos necesarios para beneficiarse de la prestación que resultare del Régimen Especial, dichos periodos se tendrán en cuenta para la concesión de prestaciones del Régimen General o de otro Especial que el beneficiario pudiera justificar su derecho⁵⁰.

-Determinación de la incapacidad.

En relación a la incapacidad, serán las Instituciones Competentes⁵¹ de cada una de los Estados Parte las encargadas de determinar el grado de incapacidad -o disminución de la capacidad de trabajo del asegurado-. Para poder llevar a cabo la realización de dicha tarea, se tendrán en cuenta los informes médicos y los datos administrativos emitidos por las Instituciones del otro Estado Parte⁵²; lo que no impedirá que cada Institución pueda elegir y designar a un médico que practique un reconocimiento adicional y posterior al asegurado.

2. APLICACIONES ESPECÍFICAS CONFORME A LAS LEGISLACIONES NACIONALES DE LAS PARTES CONTRATANTES

a) Aplicación de la legislación española.

⁴⁷ Vid. art. 9. 2, apartado b) CBSSEC.

⁴⁸ Vid. art. 9. 3 CBSSEC.

⁴⁹ Vid. art. 10, primer párrafo CBSSEC.

⁵⁰ Vid. art. 10, segundo párrafo CBSSEC.

⁵¹ De conformidad con este Convenio, se entiende que las “Instituciones Competentes” son aquellas Instituciones u Organismos responsables -en cada Estado Parte- de la administración y aplicación de su legislación. Véase en este sentido el art. 1, apartado d) en relación con el art. 11 CBSSEC.

⁵² Vid. art. 11 CBSSEC.

En primer lugar, y en referencia concreta al *reconocimiento de la pensión y a la correspondiente concesión de la prestación*, el Estado español ha establecido las siguientes condiciones específicas:

-Si la concesión de las prestaciones depende de que los trabajadores hayan estado sometidos a la legislación española en el momento de producirse el hecho causante de la prestación, este requisito se considerará igualmente cumplido, si en dicho momento estos trabajadores estuvieran asegurados o recibieran una prestación colombiana, de igual o diferente naturaleza, causada por los mismos trabajadores⁵³.

-En el supuesto de que las normas españolas exijan -para el reconocimiento de la prestación- que se hayan cumplido periodos de cotización en un tiempo determinado inmediatamente anterior al hecho causante de la prestación, “(...) esta condición se considerará cumplida si el interesado los acredita en el periodo inmediatamente anterior al reconocimiento de la prestación en Colombia”.

-Otra circunstancia, prevista por la legislación española, es la que se contempla para las cláusulas de reducción, de supresión o de suspensión. Estas cláusulas serán aplicables a los pensionistas que desarrollaran una actividad laboral, aunque ésta se lleve a cabo en el territorio de Colombia.

En segundo lugar, también se ha establecido un régimen específico para la *determinación de la base reguladora o ingreso base de liquidación de las prestaciones*. Para la determinación de esta base, se establece que la Institución Competente tendrá en cuenta las bases de cotización reales acreditadas por el asegurado en España durante el periodo inmediatamente anterior correspondiente al pago de la última cotización efectuado a la Seguridad Social en España⁵⁴. En referencia a la determinación de la cuantía de la prestación, existe una cláusula de mejora, prevista en este Convenio, mediante la cual se podrá aumentar dicha cuantía con “el importe de las mejoras y revalorizaciones establecidas para cada año posterior y hasta el hecho causante para las prestaciones de la misma naturaleza⁵⁵”.

⁵³ Este mismo principio se aplicará al reconocimiento de las pensiones de supervivencia; en dicho procedimiento se establece que, si fuera necesario, se tendrá en cuenta la situación de alta o de afiliado cotizante -o de pensionista- del sujeto causante en Colombia.

⁵⁴ En relación a lo dispuesto en el art. 13, primer párrafo CBSSEC, debe advertirse que en España el concepto legal de base de cotización está regulado en el art. 147 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 (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015). De conformidad con lo establecido en este precepto, la base de cotización estaría constituida por la remuneración total que percibe el trabajador por la realización de su trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación -tanto en metálico como en especie-. También se añade que en la base de cotización se integrarán las prorratas correspondientes a las pagas extra y las retribuciones relativas a las vacaciones no disfrutadas -en el caso de los trabajadores por cuenta ajena-. Sin embargo, conviene precisar que no todo lo que percibe el trabajador -por la realización de su actividad laboral- forma parte de la base de cotización. Dichos conceptos son los siguientes: gastos de locomoción del trabajador, horas extraordinarias, gastos de capacitación, estudios de actualización o reciclaje, indemnización por fallecimiento, traslados, suspensiones, despidos, gastos de manutención y estancias.

⁵⁵ Vid. art. 13 *in fine* CBSSEC.

En tercer lugar, para la admisión al seguro voluntario se hace referencia a la forma de llevar a cabo *la totalización de periodos de seguro*. Se dispone que los periodos de cotización, que han sido cubiertos por los trabajadores bajo la legislación colombiana, se totalizarán, si fuera necesario, con los periodos de seguro cubiertos al amparo de la legislación española, ahora bien, con la condición de no exista una superposición de ambos periodos⁵⁶.

b) Aplicación de la legislación colombiana⁵⁷.

De igual forma a la llevada a cabo por España, el Estado colombiano ha introducido una serie de peculiaridades respecto a la aplicación de su legislación nacional.

En primer lugar, y en relación al *régimen de ahorro individual con solidaridad*, se ha dispuesto lo siguiente:

-Las prestaciones que correspondan a los afiliados a una Administradora de Fondo de Pensiones en Colombia se financiarán con la cantidad resultante de sumar al saldo de su cuenta de ahorro individual la cuantía que corresponda aportar la Administradora de Fondo de Pensiones en Colombia.

-Por lo que respecta a la garantía de pensión mínima, en aquellos supuestos en que el afiliado a una Administradora de Fondo de Pensiones requiera la totalización de periodos, serán aplicables las disposiciones comunes que contiene sobre esta materia el art. 9 CBSSEC.

En segundo lugar, se establecen las condiciones para determinar *la base reguladora o el ingreso base de la liquidación de las prestaciones*, según los siguientes criterios:

⁵⁶ Vid. art. 14 CBSSEC.

⁵⁷ Advértase que el Sistema de Seguridad Social Colombiano está dirigido por el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Trabajo. Su reglamentación se encuentra recogida en la Ley de Seguridad Social Colombiana -Ley 100/1993 de 23 de diciembre-. Dicha Ley fue expedida por el Congreso de Colombia y se divide en cuatro secciones que se refieren a los componentes principales del Sistema. El primer libro trata el Sistema General de Pensiones; el segundo libro está dedicado a la regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud; el tercer libro aborda el Sistema General de Riesgos Laborales -denominación introducida por la Ley 1562 de 2012-; y en último lugar, el cuarto libro que afronta los Servicios Sociales Complementarios. Como singularidad del sistema jurídico colombiano, y su diferencia con el ordenamiento jurídico español, hay que señalar que las leyes en Colombia pueden proceder del Congreso, o del Consejo Nacional Electoral, o de la Presidencia de la República. Y por otra parte, destacamos como diferencia específica respecto al Sistema de Seguridad Social que, la propia Ley 100/1993 reguladora del Sistema General de Seguridad Social en Colombia, incluye además, en el mismo texto normativo el “Sistema General de Riesgos Laborales”, concentrando a la vez la protección y la prevención. Nótese sobre este particular que en España, la regulación de la Prevención de Riesgos Laborales se realiza mediante la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y otras normas concordantes, pero en instrumentos jurídicos externos a la regulación del Régimen de Seguridad Social. Para mayor abundamiento sobre el Sistema de Seguridad Social colombiano y su régimen de pensiones puede consultarse en Piedrahita Vargas, C.; “Envejecimiento poblacional y pensiones: el caso Colombia” en: VV.AA.; Health at work, ageing and environmental effects on future social security and labour law systems. Cambirdge Scholars Publishing. Reino Unido. 2018; pp.265-277.

-La Institución Competente determinará el ingreso base de liquidación para el cálculo de las prestaciones -que se reconozcan en relación a lo establecido en el art. 9.2 CBSSEC para el régimen común- tomando para ello el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales el afiliado haya cotizado en Colombia durante los diez años anteriores al reconocimiento o, en su caso, el promedio de todo el tiempo estimado si éste fuera inferior.

-En aquellos supuestos que se hayan cubierto periodos de seguro en España, la Institución Competente colombiana fijará el periodo de diez años -necesario para el cálculo de la base correspondiente- a partir de la fecha de la última cotización realizada en Colombia.

-En ambos casos y de conformidad con lo establecido en la legislación colombiana, la cuantía resultante de la prestación se ajustará hasta la fecha en que deba devengarse la prestación.

En tercer lugar, sobre el *cumplimiento del tiempo requerido* se ha dispuesto, por parte de Colombia, lo siguiente:

-A los efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, la Parte colombiana únicamente podrá aplicar lo establecido en este Convenio, respecto a la totalización de periodos respecto al derecho y cálculo de la prestación, cuando una vez añadidos los tiempos acreditados en España se cumplan los condicionamientos legales que dan acceso a la correspondiente prestación.

-Alcanzada la edad requerida por el trabajador para la jubilación y una vez que se hayan certificado los tiempos aportados o servidos por el mismo -en cada una de las Partes- el Estado colombiano -por mediación del organismo competente- podrá reconocer y pagar independientemente la prorrata que corresponda al interesado conforme a lo dispuesto en este Convenio.

En cuarto lugar, y en relación a la *Unidad de prestación*, se han establecido las siguientes consideraciones:

-Primera. Se entiende, por la Parte colombiana, que la prestación que reciba el trabajador estará compuesta por la suma de prestaciones de cada una de las Partes contratantes -como resultado de la aplicación de este Convenio-. Y se subraya por esta Parte que cada prorrata -individualmente considerada- no adquiere por sí misma el carácter de pensión.

-Segunda. Si el trabajador habiendo cotizado los periodos exigidos -y una vez reconocidos los tiempos por ambas Partes- no supere, con la suma resultante de las prestaciones, el salario mínimo legal colombiano, tendrá derecho a percibir dicho salario mínimo como garantía de la pensión mínima.

-Tercera. Cuando la Parte colombiana -como resultado de la aplicación de este Convenio- debiera comenzar a efectuar el pago antes que la Parte española, la Institución Competente española certificará las siguientes circunstancias: si el trabajador

ha cotizado en España y el periodo cotizado al Sistema de Seguridad Social español⁵⁸. También, y a los efectos de determinar el derecho de pensión prorrateada y la garantía de pensión mínima -a la que hemos hecho referencia con anterioridad-, el organismo competente colombiano deberá aplicar, de conformidad con lo señalado en el art. 17.3 CBSSEC: “(...) la totalidad de los periodos cumplidos en ambas Partes. En ningún caso la concesión de una pensión prorrateada colombiana, por aplicación del presente Convenio, podrá obligar a las Instituciones colombianas a reconocer una cuantía de pensión superior a la prorrateada que resulta del cálculo anterior. La garantía de pensión mínima podrá ser recalculada cuando la Institución española reconozca una pensión, aplicándose consecuentemente, el apartado 2 del presente artículo.”

Subsidio por defunción o auxilio funerario.

Para que pueda ser reconocido el derecho al mismo se establece lo siguiente:

-La concesión del subsidio por defunción o auxilio funerario se llevará a cabo por la Institución Competente de la Parte Contratante cuya legislación sea aplicable al trabajador en el momento del fallecimiento.

-Se contempla la posible totalización de los periodos de cotización, cumplidos bajo la legislación del otro estado Parte, para el reconocimiento y cálculo de la prestación.

-Cuando el pensionista fallecido hubiera causado el derecho al subsidio en ambas Partes, éste será reconocido por la Institución Competente de la Parte en cuyo territorio residiera el pensionista en el momento del fallecimiento.

-Si el fallecimiento se hubiera producido en el territorio de un tercer país, el reconocimiento del derecho se llevará a cabo por la Institución Competente de la Parte en cuyo territorio residió en último lugar.

III. COEXISTENCIA DEL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITO ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA EN 2005 CON EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL DE 2007

A. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio Multilateral Iberoamericano tiene como “destinatarios naturales (...) los trabajadores y profesionales activos que se desplazan de un país a otro por motivos de trabajo y, adicionalmente, las personas que dependen de ellos económicamente, esto es, los familiares más directos. Desde este punto de vista, puede decirse que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, es una norma de contenido y de cariz esencialmente profesional⁵⁹”.

⁵⁸ La expedición de dicho certificado será la presunción de que el trabajador está incluido, para la Parte española, en el ámbito de aplicación personal de este Convenio.

⁵⁹ Vid. González Ortega, S.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y la cobertura de la Discapacidad”. Op. cit., p. 462.

La situación de España, Colombia y países de su entorno respecto a la firma, ratificación, depósito, acuerdo y aplicación efectiva del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (en adelante CMISS) -representada en la tabla nº 1- es la siguiente⁶⁰:

Tabla 1. Situación de Colombia, países de su entorno y España respecto al CMISS

País	Firma	Depósito	Acuerdo	Población
	Ratificación		Aplicación Efectiva	
Argentina	10/11/2007	31/05/2016	31/05/2016	42.980.026
	06/06/2010		01/08/2016	
Bolivia	10/11/2007	02/02/2011	18/04/2011	10.027.254
	08/11/2010		01/05/2011	
Brasil	10/11/2007	11/12/2009	19/05/2001	201.000.000
	30/10/2009		19/05/2001	
Chile	10/11/2007	30/11/2009	01/09/2001	16.572.475
	18/11/2009		01/09/2001	
Colombia	26/11/2008			
Costa Rica	10/11/2007			
Ecuador	07/04/2008	04/11/2009	20/06/2011	14.067.000
	31/08/2009		20/06/2011	
El Salvador	10/11/2007	04/09/2008	17/11/2012	6.251.495
	29/05/2008		17/11/2012	
España	10/11/2007	12/02/2010	13/10/2010	46.507.760
	05/02/2010		01/05/2011	
Paraguay	10/11/2007	09/02/2011	28/10/2011	6.672.631
	15/12/2010		28/10/2011	
Perú	10/11/2007	30/01/2014	20/10/2016	31.915.789
	12/09/2013		20/10/2016	
Portugal	10/11/2007	22/12/2010	19/03/2013	10.561.614
	27/10/2010		21/07/2014	
República Dominicana	04/10/2011			
Uruguay	10/11/2007	26/07/2011	26/07/2011	3.286.314
	24/05/2011		01/10/2011	
Venezuela	10/11/2007			
	16/02/2009			

⁶⁰ Véase sobre este tema en: Ruiz Santamaría, JL.; “La diversidad funcional en Colombia: Protección de las personas con discapacidad en el sistema de seguridad social colombiano”. E-Revista Internacional de la Protección Social nº 2 Vol. 2/ 2017; pp. 82-85.

[Acceso: 15/11/2018] <https://institucional.us.es/revistapsocial/index.php/erips/article/view/143>

[FUENTE: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en la Oficina de Información Diplomática]

Sánchez-Rodas refiriéndose a la génesis de este Convenio sostiene que: “Desde sus orígenes, el Convenio Multilateral ha estado íntimamente ligado a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Precisamente fue en el congreso que ésta última organizó en el año 2004 donde surgió la idea de su elaboración que comienza a materializarse a partir de 2005 con ocasión de la V Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de Seguridad Social”. Esta Conferencia que se celebró en Segovia, tenía como finalidad, “contar con un instrumento único de coordinación de las legislaciones nacionales en materia de pensiones que, con plena seguridad jurídica, garantice los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos⁶¹”.

Por su parte González Ortega⁶² sostiene que: “(...) de forma sintética, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es una herramienta de coordinación supranacional en materia de protección social que, sin afectar a los respectivos sistemas nacionales, se inscribe en el repertorio de los que, con ámbitos espaciales diferentes, tienen como objetivo proteger los derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes y de las personas que dependen de ellos”.

También Jiménez Fernández⁶³ ha manifestado que “el Convenio Multilateral Iberoamericano es una experiencia pionera porque, plantea lograr un acuerdo en materia de Seguridad Social en un ámbito en el que no existe una previa asociación política que facilite el sustrato jurídico que podría darle apoyo”.

Respecto a la falta de una definición jurídica sobre el término “Coordinación”, y ante la necesidad de realizar una aproximación a dicho concepto, Sánchez-Rodas -y otro sector de la Doctrina- afirman que podríamos inferir sus notas características de la

⁶¹ Añade esta autora, refiriéndose al Proyecto del Convenio Multilateral, que “se aprobaría dos años más tarde, con motivo de la VI Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social celebrada en Chile en 2007 siendo aprobado el texto definitivo ese mismo año durante la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Santiago de Chile”. *Vid.* 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* nº 1 Vol. 1/2016, p 4. [Acceso: 23/02/2018]
<https://institucional.us.es/revistapsocial/index.php/erips/article/view/2>

También sobre este mismo asunto, puede consultarse en: Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VV.AA.; *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral*. Laborum. Murcia. 2008; pp. 182-183. [Acceso: 23/02/2018]
<https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/34282/derecho%20del%20trabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁶² González Ortega, S.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y la cobertura de la Discapacidad”, en: VV.AA.; *Protección social: Seguridad Social y Discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*. Cinca. Madrid, 2014, p. 449.

⁶³ Jiménez Fernández, A.; “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VV.AA.; “El Futuro de la Protección Social”. Laborum. Murcia. 2010, p.375.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dichas notas, serían las siguientes:

-Coordinación no implica unificación ni armonización de Sistemas de Seguridad Social.

-Tampoco conlleva la derogación, reforma o modificación de los sistemas nacionales de Seguridad Social coordinados que subsisten con todas sus peculiaridades.

-No veda las competencias soberanas de los Estados para legislar en el ámbito de la Seguridad Social.

-La coordinación no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para facilitar, en última instancia, la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Iberoamericana (por lo que al Convenio Multilateral se refiere).

-La 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.

-Mediante la técnica de la coordinación el Convenio Multilateral, garantiza a los sujetos incluidos dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación un trato igual al dispensado a los trabajadores nacionales⁶⁴. Sin embargo, otros autores como Miranda Boto⁶⁵, prefieren utilizar “articulación” como término alternativo a coordinación.

Como se ha puesto de manifiesto al comenzar este epígrafe, Colombia firmó el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, el 26 de noviembre de 2008, sin embargo hasta la fecha no ha ratificado el mismo, por lo que no se podrá hacer efectiva la aplicación del mismo. Por su parte, España lo ratificó el 12 de febrero de 2010 y se publicó junto a su Acuerdo de aplicación el 8 de enero de 2011, entrando en vigor el 1 de mayo de 2011⁶⁶.

B. ANÁLISIS COMPARATIVO: DIFERENCIAS MÁS SIGNIFICATIVAS ENTRE AMBOS CONVENIOS

Analizado el Convenio Bilateral de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia de 2005, abordaremos el estudio comparado y relacional con el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 2007 del que

⁶⁴ Vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social. Op. cit., pp. 5-6. También en: Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit., p.184.

⁶⁵ Vid. Miranda Boto, J.; “El Estado Previo: Algunos Problemas Terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria” en VV.AA.; El Reglamento Comunitario. Nuevas Cuestiones. Viejos Problemas. Laborum. Murcia. 2008; pp. 26-28.

⁶⁶ Vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social. Op. cit., p. 4. También puede consultarse en: Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit., p.183.

destacaremos aquellos aspectos más singulares y de mayor interés derivados de la coexistencia de ambos instrumentos jurídicos internacionales.

Respecto a la *entrada en vigor* acentuamos las diferentes fórmulas utilizadas por *ambos Acuerdos* y que reproducimos y reproducimos a continuación:

-El Convenio Multilateral entrará en vigor mediante la fórmula integrada en su art. 31.1 disponiendo a tal efecto que “El Convenio entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que se haya depositado el séptimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”, apostillando que “No obstante, éste producirá efectos entre dichos Estados una vez que el Acuerdo de Aplicación sea suscrito por los mismos⁶⁷”.

-Sin embargo, el proceso seguido para el Convenio Bilateral -tal como anticipamos en el primer epígrafe- fue muy distinto, llevándose a cabo de la siguiente forma:

a) En España se procedió a la publicación del texto definitivo del Convenio en el Boletín Oficial del Estado núm. 54, de 3 de marzo de 2008.

b) En Colombia, para proceder a su ratificación y adopción, se necesitó contar previamente con la aprobación de la Ley 1.112 de 27 de diciembre de 2006. Dicha Ley fue publicada con posterioridad en el Diario Oficial de la República núm. 46.494 de 27 de diciembre de 2006. A esto debemos añadir el pronunciamiento del que fue objeto por la Corte Constitucional colombiana confirmando la constitucionalidad del Acuerdo mediante la correspondiente Sentencia C-858/07, de 17 de octubre de 2007 (Expediente LAT-302)⁶⁸.

Una primera aproximación al CMISS nos desvela que, de conformidad con lo dispuesto en su art. 3.5, se dispensa una protección jurídica de “mínimos” que, a su vez, podrá ampliarse o mejorarse mediante el establecimiento de los correspondientes Convenios bilaterales⁶⁹.

Ambos instrumentos jurídicos encuentran su nexo en el art. 8, párrafo 2º CMISS en el que se establece que en los casos que existan convenios bilaterales o multilaterales entre los Estados Parte “se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario”.

En relación a su *ámbito subjetivo de aplicación*, encontramos su principal diferencia es que el CMISS es de aplicación a las “personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno de varios Estados Parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes”, por lo tanto despliega un ámbito más amplio que el CBSSEC que únicamente contempla a trabajadores que hayan estado sometidos a las legislaciones españolas y colombianas.

⁶⁷ Vid. art. 31.1 in fine CMISS.

⁶⁸ Puede consultarse en el siguiente enlace:

[Acceso: 23/10/2018] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-858-07.htm>

⁶⁹ “Dos o más Estados Parte del presente Convenio podrán ampliar el ámbito objetivo del mismo, extendiéndolo a prestaciones o regímenes excluidos en principio. Los acuerdos bilaterales o multilaterales mediante los que se proceda a esa extensión y los efectos de la misma se inscribirán en el Anexo III”.

Por lo que respecta al ámbito material -legislación aplicable-, ambos convenios coinciden a la hora de enunciar la norma general: el trabajador estará sometido exclusivamente a la legislación de Seguridad Social del Estado Parte en cuyo territorio desempeñe su actividad laboral o profesional⁷⁰. Sin embargo, se detectan notables diferencias a la hora de establecer las excepciones o reglas especiales que sintetizamos a continuación:

-Trabajadores por cuenta ajena. Las diferencias que se aprecian en ambos Acuerdos se extraen de la comparación del art. 10, apartado a) CMISS y el art. 7.1 apartados a) y b) CBSSEC extrayéndose las siguientes observaciones:

a) Se instituye una “regla especial” en el Convenio Multilateral frente a la “excepción” del Convenio Bilateral.

b) Dicha excepción/regla especial se establece en relación a determinados trabajadores dependientes a los que no se les aplicará la legislación del Estado en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral, sino la del Estado al que han sido trasladados temporalmente. Sin embargo, cada Convenio ha regulado estos supuestos de forma diferente, disponiendo a tal efecto las siguientes peculiaridades:

1ª) El Convenio Multilateral aborda la regla especial de forma más restrictiva que el Convenio Bilateral -que contempla simplemente una excepción sin entrar en más detalle- y especifica estas tareas calificándolas como “tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares”.

2ª) Los plazos previstos -sobre la duración de la temporalidad- en ambos Acuerdos son diferentes: mientras el Convenio Multilateral fija un plazo “no superior a doce meses, prorrogables por otro plazo similar”, el Convenio Bilateral lo hace por “tres años, prorrogables por otros tres cuando se presenten circunstancias imprevisibles”. Ahora bien, debemos subrayar que junto a la marcada diferencia cuantitativa -distintos plazos previstos- se aprecia otra divergencia de tipo cualitativo en la medida de que el Convenio Multilateral dispone un plazo de duración del traslado “efectivo” frente al “previsible e incierto” del Convenio Bilateral.

-Trabajadores por cuenta propia. Además de observar las mismas previsiones que hemos indicado con anterioridad para los trabajadores por cuenta ajena, hay que resaltar específicamente la siguiente diferencia que extraemos de análisis comparado del art. 10, apartado b) CMISS en relación al art. 7.1 apartados c) y d): mientras que en el Convenio Multilateral está previsto que los “Estados Parte, en forma bilateral, podrán ampliar la lista de actividades sujetas a la presente regla especial, debiendo comunicarlo al Comité Técnico Administrativo”, haciendo referencia únicamente a los “trabajadores por cuenta propia”, y por tanto -de forma distinta a como se trata en el Convenio Bilateral- excluyendo de esta previsión a los “trabajadores por cuenta ajena”.

-Trabajadores de empresas pesqueras mixtas. Otra diferencia apreciable que surge del contraste del art. 10 apartado e) CMISS y el art. 7.1 apartado f) en su párrafo 2º CBSSC.

⁷⁰ Véase el art. 6 CBSSEC y su correlativo art. 4 CMISS si bien en este último precepto se añade un principio de igualdad de trato con los nacionales del Estado que se lleve a cabo dicha actividad laboral o profesional.

En este supuesto se trata de una regla especial que se dispensa de forma distinta en cada Acuerdo. El Convenio Multilateral utiliza -en referencia a los trabajadores de estas empresas pesqueras mixtas- el concepto de “residencia⁷¹”; sin embargo, el Convenio Bilateral ha optado por la “nacionalidad⁷²”.

También existe una regulación diferente en ambos Convenios sobre la *revisión de las prestaciones* relativas a hechos causantes previos a la entrada en vigor de estos Acuerdos. En este sentido, el art. 32.2, párrafo 2º CBSSEC establece que se accederá al derecho a las prestaciones relativas a hechos causantes previos a la entrada en vigor del Convenio Bilateral siempre que la solicitud de revisión se presente en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del mismo. Sin embargo, en el Convenio Multilateral no se ha contemplado un plazo concreto disponiéndose en el art. 25.1, párrafo 2º CMISS que tratándose de las prestaciones que hayan sido denegadas o reconocidas por uno o varios Estados Parte antes de la entrada en vigor del Convenio, podrán ser revisadas al amparo del mismo, a petición del interesado.

Otra cuestión que conviene afrontar es la regulación que se hace sobre el *seguro voluntario* a la hora de realizar el cálculo de sus periodos de cotización. El Convenio Multilateral afronta esta materia de forma general en el art. 12 CMISS disponiendo lo siguiente: “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”. El análisis comparativo con el Convenio Bilateral nos muestra una regulación distinta sobre esta materia, pues junto a la norma general hay otra regulación específica para la aplicación de la Legislación Española. Así, en el art 14 CBSSEC, dedicado a la totalización de periodos de seguro para la admisión al seguro voluntario, se establece que: “Para la admisión al seguro voluntario o continuación facultativa del seguro, los periodos de cotización cubiertos por el trabajador en virtud de la legislación colombiana, se totalizarán, si fuera necesario, con los periodos de seguro cubiertos en virtud de la legislación española, siempre que no se superpongan”. Junto a este precepto de regulación específica introducido por España -y que no tiene su homólogo por parte de Colombia- existe otra regulación general coincidente en ambos Convenios. Se trata del art. 20 CBSSEC y el art. 15 CMISS, ambos dedicados a regular los supuestos de totalización de periodos de seguro o cotización y disponiéndose a tal efecto que

⁷¹ Véase el art. 10, apartado e): “Los trabajadores con *residencia* en un Estado Parte que presten servicios en una empresa pesquera mixta constituida en otro Estado Parte y en un buque abanderado en ese Estado Parte, se considerarán pertenecientes a la empresa participante del país en el que residen y, por tanto, quedarán sujetos a su legislación de Seguridad Social, debiendo, la citada empresa, asumir sus obligaciones como empleador”. (Destacamos en cursiva la expresión: *residencia*).

⁷² Véase en relación con la nota anterior el contenido del art. 7.1, apartado f) párrafo 2º: “Los trabajadores *nacionales* de una Parte y con residencia en la misma que presten servicios en una empresa pesquera mixta constituida en la otra Parte y en un buque abanderado en esa Parte, se considerarán pertenecientes a la empresa participante del país del que son nacionales y en el que residen y, por tanto quedarán sujetos a la legislación de este país, debiendo, la citada empresa, asumir sus obligaciones como empleador” (Destacamos en cursiva la expresión: *nacionales*).

cumplidos por ambas partes dichos periodos de seguro o cotización para el reconocimiento del derecho a las prestaciones se aplicarán las siguientes reglas:

-Coincidiendo un periodo de seguro voluntario -o equivalente- con un periodo de seguro obligatorio se tendrá en cuenta el periodo de seguro obligatorio.

-Si la coincidencia se produce entre un periodo de seguro voluntario -o afiliación voluntaria- acreditado en una Parte, y un periodo de seguro equivalente, acreditado en la otra Parte, se tendrá en cuenta el periodo de seguro voluntario -o afiliación voluntaria-.

-Cuando en una Parte exista la imposibilidad de concretar la época en que determinados periodos de seguro hayan sido cumplidos, se presumirá que dichos periodos no se superponen con los periodos de seguro cumplidos en la otra Parte.

-Se excluye la superposición de cotizaciones salvo lo previsto en el art. 15.3 CMISS para los periodos no computados que permite que la cuantía efectivamente debida pueda ser incrementada por la Institución Competente.

En la que se hayan cumplido los periodos de seguro voluntario en el importe que corresponda a dichos periodos de seguro voluntario que no hayan sido computados, de acuerdo con la legislación interna del Estado Parte.

Para finalizar este estudio, afrontaremos la problemática que se suscita en aquellas situaciones en las que el resultado de la aplicación de ambos Convenios lleve aparejada una *contradicción* que implique una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica para los sujetos afectados. Para la resolución de estos supuestos deberemos atender a lo dispuesto en el art. 8, párrafo 2º CMISS: “En los casos en que sí existan Convenios Bilaterales o Multilaterales se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario”. Por lo tanto, las Partes han optado por resolver las posibles discordancias mediante la aplicación de aquellas disposiciones que, según el criterio de los Estados implicados, ofrezcan una situación más ventajosa a los sujetos beneficiarios de ambos Convenios.

IV. CONCLUSIONES

El Convenio Bilateral de Seguridad Social entre España y Colombia tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores españoles y colombianos -así como a sus familiares beneficiarios y sobrevivientes-, que hayan llevado a cabo una actividad laboral o profesional en el territorio del otro Estado Parte -estando sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de España y/o Colombia-, les sea reconocido el tiempo cotizado en ambos países a la hora de determinar su derecho a la pensión y a la liquidación de las prestaciones correspondientes.

La relación de las prestaciones incluidas en el Convenio son las que a continuación se detallan:

-En referencia a España, las siguientes prestaciones contributivas del Sistema español de Seguridad Social: incapacidad permanente, muerte y supervivencia en los casos de enfermedad común o accidente no laboral y jubilación.

-Respecto a Colombia, será la normativa de las prestaciones económicas establecida en el Sistema General de Pensiones -Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad- en relación a la vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común.

Existe una amplia y detallada regulación en el Convenio sobre la determinación del derecho a la pensión y a la correspondiente prestación, destacándose de las mismas las siguientes consideraciones:

-Los interesados que cumplan con los requisitos señalados en las legislaciones de España y Colombia para tener derecho a la pensión contributiva, podrán percibir ésta de cada uno de los Estados Parte.

-Para la adquisición del derecho a la pensión y a las prestaciones de carácter contributivo -previstas en el Convenio- los trabajadores podrán adicionar los periodos de seguro acreditados en ambas Partes -de conformidad con sus respectivas legislaciones-, siempre que dichos periodos no se superpongan.

-A cada Institución competente de las Partes contratantes abonar a los sujetos beneficiarios sus propias prestaciones. Sin embargo, se establece en el Acuerdo que se podrá descontar del importe correspondiente a los pagos iniciales de la pensión que se le reconozca, aquella cantidad que se haya producido por el abono de las prestaciones de igual naturaleza y que supere el total de la debida por la Seguridad Social del otro Estado.

-Aquellas personas que tengan reconocido su derecho a la pensión podrán percibir las prestaciones que les correspondiera -de carácter contributivo y previstas en el Convenio- con independencia de que los mismos residan en el territorio de uno u otro Estado.

-La acreditación de los periodos cotizados de seguro bajo la legislación de Seguridad Social de España y/o Colombia, anteriores a la entrada en vigor del Convenio, también se podrán computar a la hora de determinar el derecho a la prestación que corresponda de conformidad con este Convenio. Si existiera una superposición de estos periodos de seguro -anteriores a la entrada en vigor del Convenio- cada uno de los Estados Parte tendrá en cuenta los periodos acreditados bajo su legislación a la hora de determinar el derecho y la cuantía de la prestación.

-Existe la posibilidad de llevar a cabo la revisión del derecho a prestaciones por contingencias que hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor del presente Convenio, si bien, en ningún caso se podrá efectuar el abono de aquellas prestaciones anteriores a dicha fecha.

Por otra parte, teniendo en cuenta la coexistencia de este Convenio Bilateral de 2005 con el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 2007 -ya que España y Colombia han suscrito ambos Acuerdos-, es necesario abordar el análisis comparativo de sus contenidos con el fin de perfilar el alcance y las diferencias más significativas de estos instrumentos jurídicos internacionales. En este sentido, aunque

ambos Convenios se centran en un mismo objeto: determinados derechos y prestaciones de Seguridad Social; sin embargo, tienen un alcance diferente y lo afrontan de forma distinta, resolviendo las posibles discordancias mediante la aplicación de las disposiciones que, según el criterio de los Estados implicados, otorguen mejores condiciones a los sujetos beneficiarios de ambos Convenios. Su diferencia fundamental radica en que el Convenio Multilateral se perfila como un Acuerdo de mínimos frente al Convenio Bilateral que opera como un instrumento de mejora y ampliación del anterior. También se aprecian otros contrastes significativos como por ejemplo: su entrada en vigor, ámbito de aplicación subjetivo, legislación aplicable, totalización de periodos, prestaciones, seguro voluntario, etc.

Recibido:24.11.2018. Aceptado: 11.12.2018.

DISCRIMINAZIONI NELL'ACCESSO AL LAVORO DEI MINORI NON ACCOMPAGNATI IN ITALIA¹

DISCRIMINACIONES EN EL ACCESO AL EMPLEO DE LOS MENORES NO
ACOMPAÑADOS EN ITALIA

CAVALERI VINCENZA

Dottoranda dell'istituto di Migrazioni
Università di Granada

¹ Questa comunicazione è stata presentata al IV Seminario Dottorale di Investigazione tenutosi il 2, 3 e 4 luglio 2018 nell'ambito del Programma di Dottorato in Studi Migratori dell'Università di Granada.

RIASSUNTO

I minori non accompagnati che arrivano in Italia in condizione di clandestinità con l'intento di trovare un lavoro per migliorare la loro posizione economica, non godono del "*diritto al lavoro*" come gli altri minori presenti in Italia malgrado abbiano i requisiti; ciò succede anche se il diritto alla parità di trattamento è un diritto fondamentale della persona riconosciuto dai Principi Internazionali e anche dalla Costituzione italiana.

In riguardo si è creata una giurisprudenza volta a superare il carattere discriminatorio delle norme, ma essa non è sufficiente ad attivare interventi di protezione sociale o a prevenire situazioni di rischio e possibili pratiche di sfruttamento, pertanto la grande sfida del legislatore italiano è quella di affrontare tale discriminazione tra minori cittadini e minori stranieri.

PAROLE CHIAVI: Minore straniero non accompagnato; Principi Internazionali della non discriminazione e del superiore interesse del minore; Integrazione sociale

ABSTRACT

Unaccompanied minors coming to Italy, clandestinely, with the intent to find a job in order to improve their economic position, do not enjoy the "right to work" in the same way as the other minors in Italy. This is in spite of the fact that they meet the requirements; it happens although the right to equal treatment is a fundamental human right, accepted by International Principles and recognized in the Italian Constitution.

In this regard, a jurisprudence was created, aimed precisely at overcoming the discriminatory nature of the rules, but it appears clearly inadequate to activate social protection measures or to prevent risk situations and possible exploitation practices. Consequently, the great challenge of the Italian legislator is to tackle such discrimination between minors who are citizens and foreign minors.

KEY WORDS: Unaccompanied minor foreign; International principles of non-discrimination and the best interests of the child; social integration.

SOMMARIO

I. INTRODUZIONE

II. I PRINCIPI DI NON DISCRIMINAZIONE E DEL SUPERIORE INTERESSI

A. PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

B. PRINCIPIO DEL SUPERIORE INTERESSE

C. LA NORMATIVA INTERNA RILEVANTE

III. LA VIOLAZIONE DEI PRINCIPI

A. NEGAZIONE ALL' ACCESSO AL LAVORO

B. IL REQUISITO DELLA CITTADINANZA PER ACCEDERE ALCUNE TIPOLOGIE DI LAVORO

IV. IL SUPERIORE INTERESSE E L'INTEGRAZIONE SOCIALE E LAVORATIVA

V. UGUAGLIANZA FORMALE E SOSTANZIALE

VI. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

I. INTRODUZIONE

Nonostante i principi di non discriminazione e del superiore interesse sono condivisi dal legislatore italiano², nei confronti degli stranieri, soprattutto quelli cosiddetti irregolari o di coloro che entrano illegalmente nel territorio dello Stato, spesso vengono introdotte politiche con caratteri discriminatori o comunque volte a limitare la loro libertà. Queste scelte, giustificate principalmente da esigenze di sicurezza e da ragioni economiche dello Stato, hanno l'effetto di compromettere il pieno godimento dei diritti da parte di tutti gli stranieri, ma soprattutto dei minori stranieri non accompagnati, soggetti particolarmente vulnerabili³.

In questo lavoro tratteremo di alcune “discriminazioni istituzionali” in materia di lavoro dei minori non accompagnati, conseguenza di una interpretazione restrittiva della Legge sull'Immigrazione⁴.

Costateremo che nei loro confronti l'osservanza del principio di non discriminazione non è sempre di facile applicazione e a volte, in mancanza di specifiche misure legislative, si richiede l'intervento delle autorità giudiziarie per attuare la parità di trattamento.

Le riflessioni che seguono partono dalla individuazione delle *fonti normative* che affermano il *Principio di non Discriminazione e del Superiore Interesse*, seguiranno alcune ipotesi di discriminazione istituzionali che discendono dall'applicazione del Testo Unico sull'Immigrazione e che riguardano l'ambito lavorativo dei minori extracomunitari non accompagnati; infine faremo un accenno sul sistema delle “Doti nel modello Percorsi” un programma di attività, strumento pratico che favorisce la crescita personale attraverso una formazione lavorativa: questi progetti promossi dal Governo italiano, nascono per compensare le lacune della legge che nega il diritto al lavoro ai minori non accompagnati e che conseguentemente lede anche il loro superiore interesse di integrarsi nel tessuto sociale. Considerato che gli obblighi derivanti dai Trattati Internazionali, nei confronti dei minori non accompagnati, riguardano tutti i poteri statali (esecutivo, legislativo e giudiziario), discende l'obbligatorietà in capo a ciascun Stato di adottare leggi e misure conformi alle disposizioni convenzionali, che garantiscano il pieno godimento dei diritti da parte dei minori⁵ non accompagnati, sanciti appunto dalle diverse Convenzioni, senza alcuna discriminazione.

² Il Principio di non Discriminazione è richiamato dalla Costituzione e dall'Ordinamento Giuridico italiano.

³ Capone A.; “Minori stranieri non accompagnati”, recuperato il 20 aprile 2018 in: <https://www.giustizia-amministrativa.it/.../6e147221-414b-d2e1-f64c-00ad6205203d>

Lo straniero è inevitabilmente in una situazione di debolezza che gli deriva dal non avere tutti i diritti e le tutele ricollegabili al concetto di cittadinanza; quando poi si parla di minori, egli è ancora più debole. Tale debolezza discende non soltanto dalla vulnerabilità propria della minore età, ma anche dalla situazione di difficoltà da cui i minori fuggono e quella in cui vengono a trovarsi. Questi elementi sono rischiosi perché sono capaci di generare marginalità sociale e rischi di inclusione in circuiti di illegalità.

⁴ Testo Unico d.lgs 286\98 disciplina l'ingresso e la regolarizzazione degli stranieri.

⁵ Con il termine “i minori” facciamo riferimento a tutti i soggetti di sesso maschile o femminile che non hanno raggiunto i diciotto anni.

Attraverso un lavoro semplice e rigoroso nella presentazione degli argomenti, l'obiettivo di questo lavoro è quello di sollevare attenzione sulla necessità di protezione da situazioni di pregiudizio che esistono, nonostante la normativa italiana assicuri un alto livello di protezione al minore straniero non accompagnato fin dal momento del suo arrivo in Italia e nonostante, sotto il profilo della tutela giuridica, ne sancisce la piena parità rispetto ai minori cittadini italiani.

II. I PRINCIPI DI NON DISCRIMINAZIONE E DEL SUPERIORE INTERESSE

Da un punto di vista normativo, i minori non accompagnati sono titolari di tutte le norme previste dal diritto internazionale dei diritti umani. In particolare, tutte le decisioni che riguardano i minori devono basarsi sul rispetto dei diritti del fanciullo così come affermato nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1989⁶, fonte di maggiore rilievo.

La Convenzione del 1989 riconosce a tutti i minori senza alcun tipo di discriminazioni, i principali diritti sociali ed economici e il diritto alla protezione da possibili abusi, maltrattamenti o sfruttamento. In diverse occasioni l'Organo Assembleare ha sottolineato l'importanza di garantire, soprattutto ai minori non accompagnati, il godimento dei suoi diritti immediatamente, cioè fin dal suo ingresso nel territorio dello Stato che lo accoglie. In questo paragrafo appare opportuno preliminarmente individuare le principali fonti normative, sovranazionali e nazionali, che vengono in rilievo in merito ai Principi di non discriminazione e del superiore interesse del minore, principi che sono descritti e ritenuti essenziali per la tutela dei diritti fondamentali dei minori non accompagnati.

A. PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

Per tutelare i principali diritti dei minori non accompagnati, occorre far riferimento alle norme di diritto internazionale che in tema di trattamento degli stranieri, comprese quelle più specifiche sui minori migranti, hanno subito negli anni notevoli cambiamenti dovuti, in gran parte, al forte impatto che ha esercitato la tutela dei diritti umani sulla disciplina.

Questo comporta l'espansione delle norme sui diritti umani, con la conseguente sostituzione graduale delle norme relative agli stranieri, che tendono a rimanere residuali.⁷ Per questo è importante, ai fini del nostro studio, partire dai principi internazionali di "non discriminazione e del superiore interesse del minore", e dalla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989.

Quest'ultimo è il trattato che stabilisce il maggior numero di norme relativamente ai minori stranieri, pur non essendo un testo specifico: i diritti in esso contenuti vengono estesi a tutti gli individui al di sotto dei 18 anni senza discriminazione alcuna.

Teoricamente, secondo la suddetta Convenzione, tutti gli aspetti della vita dei minori, stranieri o no, vanno tutelati. Ciò significa che qualsiasi grado di protezione qualsiasi

⁶ *Convention on the Rights of the Child*, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, Internet: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.asp>.

⁷ Foccarelli C.; *Lezioni di Diritto Internazionale*. (cit. pag 326). Padova Italia Cedam 2008.

servizio o diritto è concesso ai minori cittadini di un determinato Stato, ai sensi del principio di non discriminazione sancito dalla Convenzione di New York, questi vengono automaticamente concessi a tutti i minori presenti sul territorio dello Stato e quindi anche ai minori stranieri.

Poiché il principio del riconoscimento dei diritti è un principio astratto, lo Stato è obbligato ad ottemperare quanto ratificato nella convenzione.

Ricordiamo anche i due commenti adottati dal Comitato dell'ONU, come guida a beneficio degli stati impegnati per dare una corretta attuazione ai diritti proclamati sui diritti del fanciullo; risultano rilevanti il Commento⁸ Generale n. 6, su "Il trattamento dei bambini separati dalle proprie famiglie e non accompagnati, fuori dal loro paese d'origine" (2005) e il Commento⁹ Generale n. 14 su "Il diritto dei minori a veder garantito il loro migliore interesse" (2013). Il Commento Generale n. 6 richiama l'attenzione degli Stati sulla situazione particolarmente vulnerabile dei bambini non accompagnati o separati dalle loro famiglie, fornendo loro suggerimenti sulla protezione, la cura e il trattamento adeguato dei bambini non accompagnati o separati, sulla base di quanto sancito dalla Convenzione del 1989 e con particolare riferimento ai "principi di non discriminazione e interesse superiore del bambino".

L'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale è uno degli obiettivi della Convenzione Internazionale, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 1965 entrata in vigore il primo aprile 1969 e ratificata in 176 paesi, fra cui l'Italia, con l'articolo 1 la Convenzione definisce la discriminazione razziale: "*ogni distinzione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica*".

Il principio di non discriminazione è sancito anche nell'art. 1 della Carta delle Nazioni Unite e nella Convenzione Internazionale sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza.

Nell'Unione Europa, i diritti sul fanciullo proclamati a livello internazionale dalla Convenzione di New York, trova formale riconoscimento con la Carta di Nizza, che all'art. 24 ribadisce l'essenzialità del principio del superiore interesse del minore quale principale criterio di valutazione con riguardo a tutte le decisioni che riguardano il minore in qualunque contesto, al fine di garantire una sostanziale uguaglianza di trattamento rispetto a tutti.

Inoltre, un altro documento di grande importanza è la *Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, un documento che precisa i diritti di cui cittadini e residenti dell'unione sono beneficiari. L'importanza di questo documento è stato rafforzato dal Trattato di Lisbona,

⁸ Comitato sui diritti dell'infanzia, CRC/GC/2005/6 trentanovesima sessione.

⁹ Comitato sui diritti dell'infanzia, CRC/C/GC/14.

con esso la Carta ha cessato di essere una dichiarazioni di principi ed ha assunto valore giuridico vincolante.¹⁰

L'Italia, con il riconoscimento del principio dell'uguaglianza tra le persone e la tutela delle diversità, previsto dall'Art. 3 della Costituzione, ha costruito le basi fondamentali per una normativa nazionale rivolta al rispetto del godimento dei diritti inviolabili e di tutti quei diritti che un paese democratico garantisce come il divieto di discriminazione razziale¹¹.

Il riconoscimento del principio di uguaglianza, permette di contrastare tutte le forme di discriminazione e conseguentemente garantisce a tutte le persone presenti nel territorio nazionale di godere dei diritti umani contribuendo favorevolmente i processi di integrazione di tutti gli stranieri. Lo scopo del divieto di discriminazione è quello di garantire e permettere a tutti gli individui di accedere in modo paritario alle opportunità offerte dalla società o quando meno quello di non negare solo ad alcune categorie di individui i diritti irrinunciabili della persona umana che principalmente deve godere dello stesso trattamento.

B. PRINCIPIO DEL SUPERIORE INTERESSE

L'articolo 28 del decreto legislativo, n. 286/98 ("Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero") codifica il principio del "superiore interesse del minore", già in precedenza sancito dalle fonti sovranazionali, a partire dall'articolo 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 25 luglio 1991, n. 176. Tale principio è stato, da ultimo, ribadito all'articolo 18 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, con riferimento all'applicazione al minore straniero delle misure di accoglienza. Il primo corollario di tale principio, per quanto attiene ai minori stranieri, è quello dell'inespellibilità del minore e dell'integrazione sociale.

Il principio dell'interesse superiore del bambino deve essere considerato, come uno strumento interpretativo, infatti, qualora una disposizione di legge dia adito a più di una

¹⁰Gradilone, S.; "L'attenzione in merito alla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali nell'Unione". 2017. Europea. Recuperato in data 1 giugno 2018: https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:3793

[ehttps://www.balkanicaucaso.org/aree/Europa/Unione-europea-una-questione-di-diritti-177090](https://www.balkanicaucaso.org/aree/Europa/Unione-europea-una-questione-di-diritti-177090). "La Carta garantisce in linea di massima quei diritti basilari che sono già tutelati dai principi costituzionali comuni agli stati membri e dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), vale a dire quelli attinenti alle sfere della dignità, della libertà, dell'uguaglianza, della solidarietà, della cittadinanza, della giustizia; essa però ha l'indubbio merito di imporre esplicitamente alle istituzioni europee il rispetto dei diritti delle persone nell'adozione dei propri atti. In pratica, ciò significa che - se i cittadini e i residenti dell'Unione ritengono che la Carta sia stata violata da un atto delle istituzioni europee- essi possono, a determinate condizioni, rivolgersi alla Corte di giustizia dell'UE, richiedendo l'annullamento dell'atto in questione. Inoltre, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, i vincoli cui l'Unione deve sottostare in tema di diritti umani si sono moltiplicati, perché oggi l'UE è tenuta ad aderire alla CEDU. Quindi le istituzioni europee, nell'adozione dei propri atti, hanno l'obbligo di rispettare sia la Carta dei diritti fondamentali sia la Convenzione europea per i diritti dell'uomo".

¹¹ La Sentenza n. 306/2008 "la violazione dell'art. 3 Cost. implica spesso il divieto di discriminazione, riferito anche al diritto internazionale consuetudinario (ex art. 10, com1 cost.), in quanto le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute "rientrano fra quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona, indipendentemente, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri.....soggiornanti nel territorio dello Stato".

interpretazione, deve preferirsi quella che, ai sensi della Convenzione sui diritti del fanciullo e dei due Protocolli opzionali, garantisca il miglior interesse del minore. L'interesse del minore, qualunque sia la sua nazionalità, è un parametro spesso invocato dalla Corte di Strasburgo contro quei provvedimenti la cui ragione sono rispondenti all'interesse dello stato al controllo o sicurezza del proprio territorio. La Corte in questi casi chiede che le decisioni siano comparativamente valutate alla luce dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, al fine di evitare che la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale si possa tradurre nella violazione dei diritti fondamentali¹².

Si condivide quanto affermato da Elisabetta Lamarque¹³ in merito alla peculiarità del principio in Italia che qui riportiamo :

“...La versione italiana originaria del principio del superiore interesse del minore, consiste nella difficile ma necessaria sintesi, nella ricerca del punto di equilibrio, tra le due opposte esigenze di rigidità e di flessibilità delle regole. Entrambe devono essere sempre tenute presenti, soppesate e infine poste in ragionevole bilanciamento tra loro e, di conseguenza, resta vietato ogni irragionevole e ingiustificato squilibrio nell'una o nell'altra direzione. Nel corso degli anni nella giurisprudenza comune e costituzionale il principio torna ad affacciarsi nel suo significato iniziale in occasione delle vicende eticamente più difficili o giuridicamente più controverse”.

Ma è anche vero che l'interesse superiore del minore va esaminato in modo concreto e non astratto, in relazione cioè alle esigenze del singolo che possono variare in base alle situazione specifica in cui questo si trova.¹⁴

C. LA NORMATIVA INTERNA RILEVANTE

Per quanto riguarda l'Ordinamento italiano, l'analisi del contesto normativo non può che muovere dalle disposizioni della Carta Costituzionale che pur non prevedendo una disciplina specifica per i minori, introduce il principio del favor minoris che costituirà la base di un complesso sistema di promozione dei diritti per i minori a prescindere dalla sua nazionalità. Il sistema di garanzie costituzionali in favore dei minori oltre alle disposizioni inserite tra i principi fondamentali della Repubblica Art. 2 e 3¹⁵ Cost. si completa con numerose altre norme la cui lettura coordinata di tali disposizioni ha permesso alla dottrina di individuare un vero e proprio statuto dei diritti costituzionali del minore che favorisce la promozione dei loro diritti.

¹² Anzaldi A., Guarner T.; *Viaggio nel mondo dei minori stranieri accompagnati: un'analisi giuridico-fattuale*, Roma, Italia. ed. Fondazione Basso 2014.

¹³ Lamarque E.; *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Italia ed. Franco Angeli, 2016.

¹⁴ Martini G.; “I migranti e i loro diritti il rimpatrio assistito dei minori dei minori albanesi non accompagnati. Aspetti giuridici e socialogici”; *La Rivista* 2007. G. *L'altro Diritto_ Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, consultato il 10 maggio 2018 in: www.adir.unifi.it/rivista/2007/martini/cap1.htm

¹⁵ Art. 2 riconosce e garantisce a tutti i minori i diritti inviolabili dell'uomo; art 3 impegna la repubblica a rimuovere gli ostacoli per la realizzazione della sua persona e la parità di trattamento.

Tutte le altre norme emesse nel territorio italiano devono così rispettare i principi Costituzionali e Sovranazionali, principi che comunque coincidono.

Le norme italiane che valuteremo in relazione ai principi internazionali, sono principalmente contenute nel Testo Unico sull'immigrazione, dal quale sembra attuare maggiori violazioni dei principi di non discriminazione e del superiore interesse del minore, e nella recente legge 7 aprile 2017, n. 47 che invece mira a rafforzare la tutela dei minori non accompagnati.

III. LA VIOLAZIONE DEI PRINCIPI

Qui tratteremo delle discriminazioni cosiddette "istituzionali" cioè delle discriminazioni che provengono dalle Istituzioni Pubbliche, come gli organi legislativi o uffici pubblici, cioè discriminazioni che si attuano attraverso l'applicazione o la interpretazione delle norme; Individueremo alcune ipotesi di violazioni del principio della non discriminazione nell'ambito lavorativo dei minori non accompagnati; in particolare ci soffermiamo sul diritto di accedere al lavoro da parte dei minori non accompagnati titolari del permesso di soggiorno per minore età e su diritto di accedere ad alcune tipologie di lavori.

A. NEGAZIONE ALL'ACCESSO AL LAVORO

La prima discriminazione che analizziamo riguarda il divieto di accesso al lavoro dei minori non accompagnati, tale discriminazione deriva proprio dalla applicazione delle norme contenute nel Testo Unico 286/ 1998, che distingue all' interno della categoria dei minori extracomunitari il minore straniero accompagnato dal "non accompagnato", a ciascuno concede un diverso tipo di "Permesso di Soggiorno" e, conseguentemente, una condizione giuridica diversa.

Ai "minori stranieri non accompagnati"¹⁶, in conformità alle art. 28 del Regolamento di Attuazione del Testo Unico viene concesso immediatamente dopo la loro identificazione, un permesso di soggiorno "per minore età".

La legge¹⁷ che ha introdotto tale tipologia di permesso, non avendo specificato se il minore titolare potesse svolgere attività lavorativa, ha spinto il Ministero dell'Interno ad intervenire per colmare questa lacuna legislativa con la circolare n. 300 del 2000; con essa ha chiarito non solo che questo titolo non permette di lavorare, ma anche, che non può essere convertito in altro tipo di permesso una volta raggiunta la maggiore età, se non ha portato a termine un percorso di integrazione¹⁸.

¹⁶ I minori stranieri non accompagnati in Italia sono indicati generalmente con l'acronimo MSNA; l'ultima definizione è data dalla legge 47/2017: *È minore straniero migrante non accompagnato quel soggetto minorenne non avente cittadinanza italiana o dell'Unione Europea, il quale si trova, per una qualsiasi causa, nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti, per lui legalmente responsabili, in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano.*

¹⁷ Introdotto con il Regolamento di Attuazione del Testo Unico IMM. (DPR 394/99) con l'art.28.

¹⁸ Questo percorso per grandi linee richiede "la permanenza, di almeno tre anni, nel territorio dello Stato e di due anni di integrazione sociale attraverso la formazione lavoro".

Quindi il minore non accompagnato, in quanto titolare del *permesso di soggiorno per minore età*, non può contrarre lavoro anche se ha compiuto 16 anni e ha assolto gli obblighi scolastici, requisiti richiesti dalla normativa italiana per poter lavorare tutti suoi coetanei presenti in Italia¹⁹.

In alcuni casi, sulla differenza di trattamento tra minori è intervenuta la magistratura²⁰ dichiarandone l'illegittimità; qualche Tribunale ha ritenuto che il mancato riconoscimento del diritto di svolgere attività lavorative per i minori titolari di permesso per minore età, è da considerarsi illegittimo, in quanto, comporta una discriminazione di questi minori e una violazione del principio del "superiore interesse del minore", per ciò viola la Costituzione e la Convenzione sui diritti del fanciullo²¹.

Il minore titolare di un permesso "per minore età", diventando maggiorenne inoltre ha il problema di acquisire i requisiti richiesti dalla legge per la conversione²² del permesso di soggiorno allo scopo di non essere espulso e di regolarizzare la propria posizione nel territorio italiano raggiungendo i 18 anni; questo rappresenterebbe un ulteriore punto di discriminazione che impedisce la piena integrazione nel tessuto sociale a differenza degli altri minori extracomunitari che raggiungendo la maggiore età, acquistano automaticamente il diritto a un permesso di soggiorno e quindi una posizione di regolarità²³.

È evidente che la disparità di trattamento giuridico dei minori, oltre a rappresentare una discriminazione manifesta tra i minori presenti è anche una violazione del superiore interesse del minore perché è anche causa di ulteriori conseguenze, infatti, negare la possibilità di lavorare al giovane straniero significa ostacolare il suo percorso di integrazione nella società e di accoglienza, renderlo dipendente dai servizi socio-assistenziali e quindi renderlo, anche, più vulnerabile, in quanto potenziale vittima del lavoro nero o attività illegali.

¹⁹ Si attua una discriminazione attraverso un diverso trattamento dei MSNA rispetto ai minori cittadini italiani, ai minori appartenenti alla Comunità Europea ai minori extracomunitari accompagnati da un familiare o altro adulto e ad ai minori non accompagnati richiedente asilo.

²⁰ Per tutte la Sentenza della Corte Costituzionale n. 198/2003 ha affermato il principio di parità di trattamento fra tutti i minori stranieri, anche non accompagnati, a prescindere dal tipo di tutela loro accordata

²¹ Tribunale di Torino sentenza 323/10.

²² Molte Questure non rilasciano alcun permesso al compimento dei 18 anni poiché l'art 32, co1 richiede come unico requisito l'affidamento ai sensi dell'art. 2 della legge 184/83, in questi casi è possibile presentare ricorso al TAR o ai tribunali ordinari. Trib. Torino, Ordinanza n. 31, 21-11-2001 sentenze del TAR Piemonte (n. 952/2002) e Toscana (n. 880/2002) - precisando che non c'è nessuna ragione di distinguere tra l'affidamento disposto dal Tribunale dei minori e quello disposto dal Giudice tutelare. Quindi il minore comunque affidato aveva diritto alla maggiore età alla conversione del permesso di soggiorno, salva la valutazione sulla condotta complessiva dello stesso operata dalle questure, che dovevano verificare se aveva partecipato attivamente al processo di integrazione sociale mediante l'adesione ai progetti di studio o di formazione professionale in cui era stato inserito.

²³ TAR del Lazio sent. 32718/10.

B. IL REQUISITO DELLA CITTADINANZA PER ACCEDERE ALCUNE TIPOLOGIE DI LAVORO

La questione che stiamo per affrontare è uno dei problemi più dibattuto nell'ultimo decennio, quello dell'accesso al pubblico impiego da parte degli stranieri, questo è un altro di quei casi in cui è la legge a porre un discrimine di dubbia legittimità tra stranieri e cittadini.

Il problema parte dall'approccio tradizionale del rapporto di pubblico impiego che impone una particolare "compenetrazione" tra lavoratore e finalità pubbliche perseguite dalla Pubblica Amministrazione e secondo il quale solo il vincolo di cittadinanza è in grado di garantire: in termini semplici solo il cittadino, dunque, può essere un pubblico dipendente. Per comprendere bene occorre analizzare i livelli normativi coinvolti, che in questo caso sono diversi.

In primo luogo dobbiamo prendere in considerazione l'art. 10 della Costituzione, essa sancisce che "la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle Norme e dei Trattati Internazionali". L'art 10 della Costituzione nel richiamare le Norme e i Trattati Internazionali affida il compito di determinare i requisiti di validità sostanziale delle leggi interne. Così nella materia che stiamo trattando, sono rese legittime alcune discriminazioni nell'ambito lavorativo degli stranieri rispetto ai cittadini italiani. Infatti la normativa internazionale prevede la possibilità di restrizioni con riguardo ad alcune categorie di lavori, ritenute delicate per l'accesso agli stranieri. Ci riferiamo in particolare all'ultima parte dell'art. 14²⁴ della Convenzione OIL n.143 del 1975 (sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della pari opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti), che sembrerebbe ammettere deroghe al principio di parità di trattamento. Questa possibilità di deroga è confermata dalla direttiva UE n. 2003/109 la quale ha previsto per i soggiornanti extracomunitari di lungo periodo, lo stesso trattamento dei cittadini statali, per quanto riguarda l'esercizio di una attività lavorativa subordinata o autonoma, purché esso non implichi, neanche in maniera occasionale, la partecipazione ai pubblici poteri²⁵ ai sensi dell'art.11 com.1 lett.a.; quindi il requisito della *cittadinanza* non è necessario per accedere a quelle attività in cui l'espletamento non comporta esercizio di Funzioni Pubbliche o ricollegabili ad Interessi Nazionali.

Così l'art. 2, comma 3, TU IMM., conformemente alle disposizioni sovranazionali, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti parità di trattamento e

²⁴ Ogni Stato membro può: a) subordinare la libera scelta dell'occupazione, pur garantendo il diritto alla mobilità geografica, alla condizione che il lavoratore migrante abbia la residenza legale nel paese, ai fini del lavoro, durante un periodo prescritto, non superiore a due anni o, se la legislazione esige un contratto di una durata inferiore ai due anni, che il primo contratto di lavoro sia scaduto; b) dopo opportuna consultazione delle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e lavoratori, regolamentare le condizioni per il riconoscimento delle qualifiche professionali, ivi compresi i certificati e diplomi, acquisite all'estero; c) respingere l'accesso a limitate categorie di occupazione e di funzioni, qualora tale restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato.

²⁵ Che si presume perseguito e meglio tutelato dal cittadino, così il Consiglio di Stato sez. VI sent. N. 43 del 4 febbraio 1985.

piena eguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani ma al comma 2 ammette delle deroghe laddove ricorre un interesse determinante dello Stato, contempla altresì all'art. 26 la clausola della reciprocità e all'art 27 comma 3, la possibilità di prevedere il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività. si tratta di previsioni in conformità delle disposizioni internazionali, ma molto problematiche che si muovono sul filo della discriminazione.

Questa interpretazione della norma ha provocato numerose pratiche discriminatorie attuate sia nel settore privato che in quello pubblico ed hanno toccato diversi aspetti che riguardano il rapporto di lavoro in diversi punti: discriminazione che riguardano l'accesso al lavoro, la condizione di lavoro, la retribuzione e anche la carriera, pienamente in contrasto con il principio di non discriminazione sancito dalle norme internazionali.²⁶

L'Autorità Giudiziaria adita ha cercato di ridimensionare gli effetti discriminatori; così nella giurisprudenza si registrano decisioni di segno differente che in taluni casi, accogliendo una diversa interpretazione delle norme, hanno affermato il carattere discriminatorio delle esclusioni degli stranieri dei bandi per il personale nelle strutture pubbliche adducendo la seguente motivazione: *“la tesi che sopravvaluta sia la nozione di cittadinanza, sia quella di pubblica amministrazione, confligge con il principio paritario fissato dalla convenzione OIL 143/75 che vincola gli Stati membri a un trattamento uniforme di tutti i lavoratori, autoctoni o migranti, consentendo solo le limitazioni imposte dalla tutela dell'interesse nazionale, interesse che evidentemente non sussiste in caso di dipendente pubblico che non eserciti pubblici poteri: applicando questi principi, la stragrande maggioranza dei giudici ha ritenuto discriminatoria l'esclusione degli extracomunitari dai concorsi pubblici”*²⁷.

La recente legge europea 2013 (L. 97/13) che ha aperto il pubblico impiego ai soli “lungo soggiornanti” (che possono ora accedere alla PA, alle medesime condizioni dei comunitari), lascia aperta la questione degli stranieri titolari di un “normale” permesso di soggiorno per lavoro. In qualche più rara occasione i giudici hanno affrontato in termini analoghi anche la questione dell'accesso alle libere professioni.

IV. IL SUPERIORE INTERESSE E L'INTEGRAZIONE SOCIALE E LAVORATIVA

L' art. 3 comma 1 della convenzione dei diritti di New York sui diritti del fanciullo del 1989 sancisce: *in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere preminente.*

L'art. 3 suddetto è considerato principio cardine dell'ordinamento giuridico italiano, criterio di riferimento per superare eventuali difficoltà interpretative delle singole norme.

²⁶ Anzaldi A.; Guarner T. ; *Viaggio nel mondo dei minori stranieri accompagnati: un'analisi giuridico-fattuale*. Roma, Italia. ed. Fondazione Basso, 2014.

²⁷ (si veda ad es. Trib. Milano 4.4.2011, 21.4.2011, 12.8.2011, Trib. Trieste 4.7.2013 in www.asgi.it).

L'Italia con la legge 7 aprile 2017 n. 47 (conosciuta come legge Zampa) ha adottato una disciplina organica in grado di rafforzare la tutela dei minori non accompagnati. La riforma dell'ordinamento nazionale è stata accolta con grande entusiasmo da parte degli esperti e soggetti coinvolti nella cura e nella tutela dei minori migranti. Essa interessa tutto il percorso del minore non accompagnato, dall'ingresso sul territorio fino alla sua inclusione nella società oppure il suo rientro nel paese di origine, mettendo al centro il superiore interesse del minore, si qualifica infatti una delle più avanzate e protettive.

La nuova legge è un provvedimento che ha il pregio di affermare i principi internazionali più importanti e si impernia sulle esigenze di tutela dei minori non accompagnati tra tutte le disposizioni contenute nella legge ricordiamo quella che estende pienamente l'accesso ai servizi del sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati ai minori non accompagnati.

Tuttavia in essa manca il rafforzamento delle politiche del inserimento socio lavorativo dei minori stranieri non accompagnati, tutte le contraddizioni e le discriminazioni che discendono dalla diversa condizione giuridica, determinata dal permesso di soggiorno per minore età, sono rimaste pressoché irrisolte.

La Commissione Parlamentare nella Relazione Annuale 2017 ha messo in evidenza che per la risoluzione delle problematiche che implicano violazioni del superiore interesse dei minori non accompagnati, le Istituzioni potrebbero lavorare verso una parificazione completa di posizioni tra i minori stranieri non accompagnati e i minori richiedenti asilo beneficiari di protezione internazionale; la commissione ha dato anche una soluzione pratica, ritenendo che si possa ottenere un passo in questa direzione, attraverso la predisposizione di una specifica sezione all'interno del "Piano Nazionale Integrazione" introdotto dal decreto legislativo n. 18 / 2014.

Nelle more che ciò avvenga, una ragazzina o un ragazzo straniero emigrato per motivi di lavoro, che arriva in Italia in clandestinità e senza adulti di riferimento e, conseguentemente, con un permesso di soggiorno per minore età che gli nega l'esercizio delle attività di lavoro, deve essere messo nelle condizioni di poter progettare un futuro ed essere orientato nella formazione che può essere assolta anche nel sistema scolastico, nel sistema della formazione professionale o nell'apprendistato. Ma ciò che è molto importante è motivarlo anche economicamente perché altrimenti si corre il rischio che si allontani anche volontariamente dalle strutture protette in cerca di occasioni di lavoro: ricordiamo sono soggetti vulnerabili e quindi potenziali vittime a sottomettersi in cambio di promesse di condizioni di vita migliore o di opportunità di lavoro che magari non sono mantenute e che si trasformano in sfruttamento economico o criminale. Accompagnare il minore verso una collocazione lavorativa sicura ed adeguata alle sue risorse personali è quindi un elemento decisivo della politica di protezione di questa fascia di immigrati a maggior ragione se sono vicini alla maggiore età perché sono più esposti ai rischi.

Il superiore interesse del minore dunque ispira anche la strategia di integrazione, che comprende l'istruzione, la formazione professionale e altre forme di sostegno educativo (valorizzazione della lingua d'origine, riconoscimento delle competenze e dei titoli di studio conseguiti).

Lo Stato in ossequio al principio del superiore interesse del minore e anche per rimediare alla discriminazione introdotta con il permesso di soggiorno, si impegna ad inserire questi ragazzi in percorsi di formazione lavorativa, per dare loro la possibilità di inserirsi nel mondo del lavoro appena raggiunti i 18 anni.

Per questo la nostra attenzione si trasferisce sulle caratteristiche principali dei progetti di integrazione rivolti ai minori extracomunitari, vicini alla maggiore età; con questi progetti si cerca di consentire, in breve tempo, un inserimento dei giovani in percorsi sia scolastici che professionali in grado di accompagnarli all'autonomia. Ovviamente, il dato formale del superamento della maggiore età non comporta il venir meno delle esigenze di integrazione, per cui è in atto lo sforzo di estendere anche agli anni successivi al diciottesimo, i progetti di integrazioni. A tal proposito una esperienza positiva si è avuta con il "Progetto Doti" un progetto avviato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, mediante una convenzione stilata nel dicembre 2010 fra la Direzione Generale per le Politiche per l'Orientamento e la Formazione e la Direzione Generale dell'Immigrazione del Ministero concernente la pubblicazione di avvisi per "dote" da assegnare direttamente al ragazzo prossimo al raggiungimento della maggiore età. "La Dote" costituisce il contributo economico volto a finanziare il Piano di Intervento Personalizzato del ragazzo, sia per il perfezionamento delle sue competenze (dote di qualificazione), sia per la realizzazione di percorsi individualizzati di inserimento lavorativo (dote di occupazione).

Nel sistema delle doti nel modello Percorsi un aspetto fondamentale da tenere in considerazione riguarda l'età di arrivo in Italia del minore. La possibilità di integrazione socio-lavorativa, infatti, varia enormemente in base agli anni a disposizione prima del compimento della maggiore età. Questo implica la necessità di un intervento mirato che tenga conto delle diverse fasce di età. Il minore ultra sedicenne ha il problema immediato della conversione del permesso di soggiorno; per questo motivo le comunità interessate presentano "progetti per la dote" per i beneficiari giunti in Italia da poco. Se questo di per sé è un elemento positivo, nel tempo che il comune impiega per trovare un alloggio al minore, provare ad inserirlo in una scuola, avviare la pratica amministrativa, nominare un tutore, il potenziale destinatario ha spesso già compiuto 18 anni, con la conseguenza che l'investimento sul minore da formare si trasforma in un finanziamento per un soggetto che, comunque, è destinato a finire nell'accoglienza per adulti, almeno nell'ambito dei canali ufficiali. Sarebbe pertanto auspicabile avviare un ragionamento che distingua le problematiche formative dei minori non accompagnati dei paesi terzi, per fasce di età.

V. UGUAGLIANZA FORMALE E SOSTANZIALE

Il fenomeno dei flussi migratori ha assunto negli ultimi anni dimensioni decisamente più significative di quanto non fosse avvenuto nel decennio precedente, con una rilevante presenza di minori non accompagnati; ciò ha determinato la necessità di definire regole, competenze e finalità dell'approccio pubblico ed ha indotto il Legislatore italiano a considerare tale problematico aspetto, del più ampio fenomeno migratorio, in chiave non più emergenziale ma strutturale, prevedendo, quindi, interventi normativi specifici.

Infatti, con la finalità di dettare una disciplina unitaria organica e di affermare i principi internazionali più importanti, è entrata in vigore la legge 7 aprile 2017, n. 47²⁸; con essa, il Legislatore ha introdotto una serie di modifiche alla normativa vigente in materia, nell'ottica di delineare un sistema di governance con pianificazione ed armonizzazione di tutti gli interventi più idonei per la tutela del minore non accompagnato dei paesi terzi e la garanzia del suo diritto alla protezione, alla rappresentanza, all'accoglienza ed all'integrazione.

I minori che arrivano in condizione di clandestinità, quasi sempre, hanno il preciso intento di trovare un lavoro per migliorare la posizione economica, spesso, non solo per sé stessi ma anche per le famiglie che rimangono nel paese di origine; tuttavia, anche con la nuova norma, il "diritto di lavorare" dei minori non accompagnati, se titolari di un "permesso di soggiorno per minore età", non è tutelato come lo è per gli altri minori presenti in Italia, la negazione del diritto, come abbiamo già visto, attua una disparità di trattamento.

La discriminazione rappresenta ancora il grosso limite da affrontare da parte del legislatore per garantire una integrazione socio - lavorativa del minore; pertanto, in Italia spesso è la magistratura che applica l'uguaglianza formale tra cittadino e straniero, così in materia di lavoro si è formata una giurisprudenza che ha adottato delle strategie argomentative per superare il carattere discriminatorio dei menzionati limiti. Tra le strategie argomentative oltre a quelle che abbiamo individuate nei paragrafi precedenti, ricordiamo, quella che in dottrina prioritaria, concepisce *la cittadinanza* non più come un *mero veicolo di appartenenza*, bensì quale utile strumento di partecipazione. Questa interpretazione fa superare il *limite della cittadinanza richiesta dalle norme per determinate tipologie di lavori*, fino ad includere anche gli stranieri extracomunitari tra i " *oggetti che, tramite il proprio lavoro anche alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, contribuiscono al progresso materiale o spirituale della società*"²⁹ articolo 4 della Costituzione.

Ma che succede una volta che il Giudice abbia accertato la sussistenza di una "discriminazione istituzionale"? Premesso che il diritto alla parità di trattamento è sempre un diritto fondamentale della persona, rientra nei poteri del giudice ordinario il ripristino della parità affermando il diritto nel caso specifico posto alla sua cognizione, ma non ha il potere ovviamente di eliminare la norma o l'atto amministrativo che nell'attuazione ha provocato la disparità di trattamento.

Le considerazioni effettuate ci portano alla consapevolezza del fatto che la politica dedicata all'inserimento sociale e lavorativo, nonché scolastico-formativo, gioca un ruolo fondamentale e della massima importanza, non solo per l'attivazione di interventi di protezione sociale ma anche per prevenire situazioni di rischio e dunque possibili pratiche di sfruttamento.

²⁸ Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

²⁹ Giorgis A., Grosso E.; *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale* Milano, Italia, ed. Franco Angeli 2017.

Dunque fare l'interesse superiore del minore non accompagnato è “non discriminarlo ed integrarlo”; i minori inseriti in dei percorsi che contemplano attività tali da garantire non solo i consueti diritti³⁰ rivolti ai minori (diritto allo studio, comprensivo della scuola dell'obbligo, diritto alle cure, alla salute, al tempo libero, alla soggezione a condizioni di lavoro, ove ammesso compatibili con la minore età), ma anche quelli volti ad assicurare, al minore, di svolgere attività tali da consentire una permanenza regolare all'interno del territorio dello Stato e di offrire loro l'opportunità di una prosecuzione regolare del soggiorno.

VI. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dalle normative internazionali ratificate e rese esecutive dall'Italia, emerge il riconoscimento, a tutti i minori, di importanti diritti come il diritto alla protezione, alla salute, alla formazione professionale, all'unità familiare, alla protezione contro lo sfruttamento ed alla partecipazione ed integrazione sociale. Gli organismi internazionali, per sostenere il rispetto di tali diritti, ha posto, fondamentalmente, due principi importantissimi a cui devono ispirarsi tutte le decisioni, a qualsiasi livello, riguardanti i minori, ci riferiamo al *principio del superiore interesse del minore e del diritto a non essere discriminato*. Sembrano principi semplici di facile applicazione da parte di un Paese democratico come l'Italia che riconosce fin dalla nascita della propria Costituzione tali diritti; ciò tuttavia non è così scontato, tanto è vero, in relazione al “diritto di accedere al lavoro” dei minori non accompagnati, che si riscontrano nell'ordinamento italiano alcuni discriminazioni istituzionali che ostacolano il suo effettivo riconoscimento, attuando invece delle vere discriminazioni tra minori.

Le due discriminazioni trattate sono le seguenti:

-La prima situazione di discriminazione individuata nel divieto di accedere al lavoro dei minori non accompagnati; ciò perché il testo unico dell'immigrazione 286/1998 fa una distinzione tra minore straniero accompagnato e non l'accompagnato. Ad ognuno gli concede un tipo differente in permesso di residenza ed una condizione giuridica differente. Ai minorenni non accompagnati, soggetti del nostro studio, è concesso loro, immediatamente dopo la sua identificazione un permesso di residenza per età minore. Questo tipo in permesso non permette al minore non accompagnato, la possibilità di lavorare, e neanche può trasformarsi in un altro tipo in permesso una volta che raggiunge la maggioranza di età se non ha completato un progetto di integrazione. In definitiva, il minore non accompagnato, non può concludere un contratto di lavoro, anche se possiede i requisiti richiesti dalla legge ai minorenni che si trovano nel territorio italiano, che vogliono lavorare: la norma richiede il compimento dei 16 anni oltre l'adempimento dell'obbligo scolastico.

Su questa differenza di trattamento si sono pronunciati in alcune occasioni i tribunali italiani hanno realizzato l'uguaglianza sostanziale dichiarando la illegittimità della interpretazione della norma, nei casi trattati, perché l'applicazione di essa implicava una

³⁰ La legge impone di provvedere al mantenimento, all'educazione e all'istruzione del minore (art. 5, L. 184/1983; artt. 357 e 371 del Codice civile).

discriminazione ed una violazione dell'interesse superiore del minorenne, violava la Costituzione e la Convenzione sui diritti dal bambino.

-La seconda situazione analizzata è l'accesso all'impiego pubblico da parte degli stranieri extracomunitari; questa interpretazione colpisce anche i minorenni non accompagnati soprattutto nelle loro scelte di formazione che sono orientate verso le tipologie di lavoro per loro aperti all'accesso.

Secondo la legge, "Solo il cittadino può essere un impiegato pubblico." I Tribunali cercano di risolvere questa discriminazione e spesso hanno affermato la natura discriminatoria delle esclusioni degli stranieri ad essere personale delle Amministrazioni Pubbliche, violando i principi dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro che obbliga gli Stati Membri ad un trattamento uniforme di tutti i lavoratori, nativi o emigranti.

Le conclusioni sono le seguenti:

- Il legislatore italiano deve affrontare queste discriminazioni perché è l'unica forma di garantire un'integrazione socio-lavorativa del minorenne. Il minore che non gli è permesso di lavorare spesso svia dai percorsi virtuosi e si avvicina al lavoro nero oppure al lavoro illegale.
- I Tribunali italiani cercano di risolvere questo problema di discriminazione e cercano di applicare l'uguaglianza formale tra cittadino e straniero. Malgrado cerchino di eliminare queste discriminazioni istituzionali, non possono eliminare le norme che causano la disparità di trattamento.
- Una politica rivolta all'inclusione sociale e lavorativa, legata alla formazione professionale, è il principale strumento per prevenire situazioni di rischio e possibili pratiche di sfruttamento.
- Difendere l'interesse del minorenne non accompagnato significa non discriminarlo ed integrarlo e per ciò, il legislatore dovrebbe eliminare la distinzione di categorie di minori andando così, oltre le forme di protezione dei minori non accompagnati ha fatto con la recente legge n.47/2017 seppur necessari per riconoscere loro vulnerabilità e quindi la necessità di maggiore protezione.