

INDICE VOLUMEN 2 (2016)

Introducción Histórica

Francisco Jacob...pp.1-11

TÍTULO I Reglas generales y determinación de la legislación aplicable

CAPÍTULO 1 Disposiciones generales

Artículo 1

José María Miranda Boto... pp.12-20

Artículo 2

Elvira López Díaz

Rocío Martín Jiménez...pp.21-31

Artículo 3

Cristina Sánchez-Rodas Navarro... pp. 32-41

Artículo 4

Tahis Guerrero Pavón...pp. 42-53

Artículo 5

Guillermo Rodríguez Iniesta ...pp. 54-66

Artículo 6

Belén García Romero...pp. 67-72

Artículo 7

M. Carmen Aguilar Martín ...pp.73-84

Artículo 8

Fuencisla Rubio Velasco...pp.85-95

CAPÍTULO 2 Determinación de la legislación aplicable

Artículo 9

Ignacio Camós Victoria...pp.96-110

Artículo 10

Francisca Bernal Santamaría...pp. 111-125

Artículo 11

Eva Mas García...pp.126-132

Artículo 12

Mar Castellano...pp.133-142

TÍTULO II Disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones

CAPÍTULO 1 Prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia

Artículo 13

Belén del Mar López Insua...pp.143-156

Artículo 14

M^a Carlota Moreno Acuña...pp.157-165

Artículo 15

María Isabel Ribes Moreno...pp.166-179

CAPÍTULO 2 Coordinación de regímenes y legislaciones basados en el ahorro y la capitalización

Artículo 16

María Ascensión Morales Ramírez...pp.180-192

Artículo 17

Pedro Contador Abraham y Patricia Monjes Mc Hugh...pp.193-211

CAPÍTULO 3 Prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional

Artículo 18

M^a José Cervilla Garzón...pp.212-224

TÍTULO III Mecanismos de cooperación administrativa

Artículo 19

José Ignacio García Ninet
Jesús Barceló Fernández...pp.225-237

Artículo 20

Francisco Miguel Ortiz González-Conde.... pp.238-249

Artículo 21

Djamil Tony Kahale Carrillo...pp.250-256

Artículo 22

Javier Hierro Hierro...pp.257-265

CARTA DE LA SECRETARIA GENERAL eRIPS

DRA. D^a ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ

Como coordinadora del Volumen 2/2016 de la e-Revista Internacional de la Protección Social, dedicado de forma monográfica al comentario del articulado del Convenio Iberoamericano de la Seguridad Social, debo agradecer a todos los autores que han participado en el mismo su rigor, responsabilidad y profesionalidad.

Cada uno de los participantes ha contribuido con su sabiduría y experiencia a dotar de interés el contenido del mismo, máxime cuando contamos con el comentario de la génesis histórica de este Convenio por parte de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Este Volumen 2/2016 pretende que los profesionales y estudiosos de la Seguridad Social Internacional encuentren como referente de información y estudio esta obra que recoge comentarios del articulado del Convenio que permiten contrastar opiniones diversas y solventar posibles dudas sobre su aplicación e interpretación. Estos comentarios se presentan en un formato sencillo, abierto y gratuito a través de la e-Revista Internacional de la Protección Social.

La dirección de la revista está abordando proyectos como el de este monográfico con la finalidad de mantener viva y actualizada la normativa y la jurisprudencia sobre la protección social desde la vertiente internacional. Los autores que han colaborado son expertos en Seguridad Social y, en su mayor parte, se trata de investigadores y profesores del Derecho de la Seguridad Social que compaginan dichas actividades con el ejercicio de la abogacía. Profesionales de ambos lados del Atlántico nos hemos puesto de acuerdo para comentar un texto internacional de gran importancia en el ámbito de la Protección Social Iberoamericana.

Dada la extensión del articulado y la complejidad de la labor de evaluación, edición y publicación de los comentarios, nos hemos visto obligadas a dividir estos comentarios del articulado del Convenio en un formato de dos números, algo excepcional en esta revista. Sin embargo, lo hemos considerado necesario para dotar al conjunto de la obra de la homogeneidad necesaria en su difusión.

Esperamos que estos números sean del agrado de todos aquellos que buscan claridad y sencillez en el tratamiento y estudio de esta normativa compleja. Muchas gracias a todos, no sólo por su participación y colaboración, sino también por la comprensión mostrada con la difícil tarea de coordinar un monográfico de estas dimensiones.

LA GÉNESIS DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

FRANCISCO MANUEL JACOB SÁNCHEZ

Vicesecretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social

RESUMEN

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social constituye la culminación de una antigua aspiración en el seno de la Comunidad Iberoamericana.

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 siendo aprobado el texto definitivo en 2007 durante la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Santiago de Chile.

PALABRAS CLAVE: Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, Organización Iberoamericana de Seguridad Social, OISS, MERCOSUR.

ABSTRACT

The Multilateral Ibero-American Agreement on Social Security is the culmination of a long-standing aspiration within the Ibero-American Community. Since its inception, the Multilateral Agreement has been closely linked to the Ibero-American Social Security Organization (ISSO). It was precisely at the congress that the latter organized in 2004 where the idea of its drafting arose. It began to materialize from 2005 and the final text was approved in 2007 during the XVII Ibero-American Summit of Heads of State and Government held in Santiago de Chile.

KEYWORDS: Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security, Ibero-American Social Security Organization, ISSO, MERCOSUR.

SUMARIO

I. ANTECEDENTES

II. EL PROYECTO DE CMISS

III. EL PROCESO DE ELABORACIÓN

IV. EL ACUERDO DE APLICACIÓN DEL CMISS

V. LA ENTRADA EN VIGOR DEL CMISS

VI. CONCLUSIÓN

I. ANTECEDENTES

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS) constituye la culminación de una antigua aspiración en el seno de la Comunidad Iberoamericana, cuyo primer antecedente probablemente se encuentra en el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, suscrito en Quito (Ecuador) en 1978. No obstante, este Convenio es, en realidad, un acuerdo marco que requiere para su entrada en vigor entre dos países que éstos suscriban, además, un acuerdo de aplicación complementario. Este camino ha sido efectivamente seguido en algunos casos, especialmente por Uruguay que prácticamente ha suscrito todos sus convenios de seguridad social con otros países iberoamericanos a través de esta técnica (y también en algún supuesto más como en el del convenio entre Argentina y Colombia).

Sin embargo, lo cierto es que aquél Convenio de 1978 no llegó a cumplir plenamente sus expectativas y por ello y como quedó plasmado en la Declaración de Bahía, aprobada con ocasión del XIII Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, celebrado en el seno de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), en marzo de 2004, seguía viva esa aspiración de "... la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, especialmente a través de la Seguridad Social, garantizando la adquisición y conservación de derechos en los movimientos migratorios, a través de Convenios Multilaterales de Seguridad Social que, a partir de los actualmente existentes o en fase de negociación, pudieran permitir en un futuro llegar a la adopción de un único Convenio Iberoamericano de Seguridad Social". A su vez, el CMISS encuentra también sus antecedentes en otros convenios previamente existentes. Tanto de carácter bilateral, a través de los más de cincuenta convenios vigentes entre países de la Comunidad Iberoamericana. Como en el ámbito multilateral, en el que las expresiones más recientes, en sus respectivos espacios de vigencia, serían el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR, en aplicación desde 2008 y la Decisión 583, Instrumento Andino de Seguridad Social, aún pendiente de reglamentación, y consiguientemente sin vigencia por el momento. Así como en los Reglamentos Europeos 883/04 y 987/09 (en el momento de inicio de la andadura del CMISS los Reglamentos 1408/71 y 574/72), puesto que dos países de la Comunidad Iberoamericana, España y Portugal, forman también parte de la Unión Europea.

Pero a pesar de estos antecedentes, la cobertura que todos estos convenios bilaterales o multilaterales proporcionaban no llegaban a cubrir las necesidades de protección de un ámbito poblacional de más de 600 millones de personas que, además, integran la región del mundo en la que, según distintos Organismos Internacionales, más movimientos migratorios se producen, muchos de ellos entre países de esa misma región y para cuya completa cobertura serían necesarios más de 230 convenios bilaterales cruzados, de los que, en la realidad, no se dan más de un 25% que, además, se concentran esencialmente en cuatro de los 22 países de la Comunidad Iberoamericana, mientras que muchos otros no tenían vigente ningún convenio o un número mínimo de ellos, en muchos casos restringidos a ámbitos muy concretos como la atención sanitaria de urgencia y frecuentemente desconocidos y olvidados.

II. EL PROYECTO DE CMISS

Así pues, ésta necesidad y los antecedentes citados son lo que llevan a que el proyecto de abordar un Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social sea planteado por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y acogido por XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (las Cumbres Iberoamericanas se vienen celebrando desde 1991, con carácter anual hasta 2014 y con periodicidad bianual a partir de ese año), celebrada en Salamanca (España), los días 14 y 15 de octubre de 2005 que, en su Declaración Final, en el apartado 17, adoptó la decisión de “iniciar el proceso de elaboración de un Convenio Iberoamericano de Seguridad Social con el objetivo de garantizar los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes y sus familias” y en el apartado 7 de dicha Declaración Final encarga a la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) la preparación de un Encuentro Iberoamericano sobre Migraciones que, en coordinación con la OISS, “apoye el proceso de preparación y suscripción de un Convenio Iberoamericano de Seguridad Social”. Esta declaración supone el apoyo formal de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno a los resultados obtenidos previamente en la V Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social (con anterioridad a las respectivas Cumbres Iberoamericanas se convocan distintas conferencias ministeriales de carácter sectorial), celebrada los días 8 y 9 de septiembre de ese mismo año en Segovia (España), en cuyo Documento Final se acordó: “Iniciar el proceso de elaboración de un Convenio Multilateral de Seguridad Social de la Comunidad Iberoamericana...”, en base a la consideración de que el proceso de mundialización y los diferentes movimientos de integración regional en curso conllevan, entre sus efectos, una mayor movilidad de las personas entre los diferentes Estados que debe ir acompañada de políticas sociales y económicas adecuadas, entre las que se encuentran la adopción de medidas de “... coordinación normativa en materia de protección social que, sin alterar los respectivos sistemas nacionales, permitan garantizar la igualdad de trato y los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores que se desplacen y de las personas de ellos dependientes”.

Este mismo documento de la Conferencia de Segovia recoge ya una serie de parámetros y principios básicos que condicionan el contenido del proyecto: en primer término, el respeto las legislaciones nacionales que regulan los sistemas nacionales de Seguridad Social; también: “la igualdad de trato” a los nacionales de los países de la Comunidad Iberoamericana incluidos en el campo de aplicación personal del Convenio; la inclusión en su campo personal de aplicación tanto de los trabajadores que desarrollen una actividad dependiente o por cuenta ajena, como de los que la realicen de forma no dependiente o por cuenta propia, de forma legal, así como de sus familiares y sobrevivientes; la inclusión en el ámbito de aplicación material del Convenio de las prestaciones por vejez, invalidez, supervivencia y otras prestaciones económicas que pudieran derivarse de situaciones similares en función de las legislaciones nacionales respectivas, sin perjuicio de la posibilidad de ampliarlo a otras prestaciones; la determinación de la legislación aplicable, estableciendo como regla general la legislación nacional del país en el que se realiza la actividad laboral, sin perjuicio de las excepciones o de las reglas especiales que se determinen; la no derogación de los convenios bilaterales o multilaterales vigentes con anterioridad, aplicándose en caso de concurrencia las disposiciones más favorables; la garantía de los derechos en curso de

adquisición a través de la totalización, si fuera necesaria, de los periodos de seguro, empleo o residencia (según el caso) cumplidos bajo la legislación de los diferentes Estados, sin perjuicio del cálculo de las prestaciones en proporción al tiempo efectivo de seguro, empleo o residencia en cada uno de los Estados (“prorrata temporis”); la garantía de los derechos adquiridos sin que éstos queden sometidos a reducción, suspensión, supresión o modificación por el hecho de haberse generado al amparo del Convenio, incluyendo su exportación; o la colaboración administrativa y técnica entre las instituciones de los diferentes Estados que facilite la tramitación y el reconocimiento.

Todos estos principios, habituales en los instrumentos de coordinación de legislaciones de seguridad social y señalados por la Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social, habían sido previamente debatidos y negociados durante varios meses a través de contactos e intercambio de documentos con los servicios técnicos de los distintos Estados, fruto de los cuales fueron, por ejemplo, la inclusión de los trabajadores por cuenta propia en el ámbito de aplicación del Convenio o la exclusión de las prestaciones sanitarias del mismo, por su tradicional dificultad de aplicación en este tipo de instrumentos.

No obstante, a pesar de quedar fijadas ya desde ese primer momento estas líneas generales, quedaba aún mucho camino por recorrer hasta lograr un texto consensuado y aceptado por los distintos Estados implicados en el proyecto y sus respectivos sistemas de seguridad social. En una zona con niveles de cobertura poblacional en protección social muy diferentes y en la que coexisten, en el ámbito de las prestaciones económicas, sistemas de reparto de corte clásico, con sistemas de capitalización individual, puros o mixtos y en el que conviven instituciones gestoras públicas con otras de carácter privado (Administradoras de Fondos de Pensiones, Administradoras de Riesgos Laborales, etc...).

Y Estados entre los que, por otra parte, no existe un vínculo político o jurídico que dote de unidad a la denominada Comunidad Iberoamericana, ni mecanismos de adopción de decisiones comunes con valor vinculante, más allá de las propias Declaraciones de las Cumbres y sus Conferencias Sectoriales, por lo que cualquier tipo de norma surgida de las actuaciones de estas instancias debe someterse al proceso de aprobación y ratificación propio de los tratados internacionales en cada uno de los países que conforman esa Comunidad.

III. EL PROCESO DE ELABORACIÓN

Así pues, desde esta perspectiva y a partir de los principios recogidos por la Conferencia de Ministros, fue necesario elaborar un primer documento que planteara diferentes cuestiones que, en base a tales principios, requerían una mayor precisión en sus planteamientos antes de proceder a elaborar un primer borrador de texto articulado del proyecto.

La primera de estas cuestiones fue la extensión del campo de aplicación personal del Convenio y, por consiguiente, del principio de “igualdad de trato”, ya que aunque la Conferencia de Ministros sólo se refería los “nacionales” de los Estados Parte, cabía

incluir otros supuestos como los nacionales de terceros países, refugiados o apátridas. Como es sabido, la decisión final, así recogida en el texto del Convenio fue la más generosa posible: “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” (art. 2 del CMISS).

Otro tema a tratar fue el campo material de aplicación, sobre el que el documento de la Conferencia tampoco precisaba si se recogería una enumeración exhaustiva de las prestaciones a las que sería aplicable o si se debería proceder por la vía de la exclusión de aquéllas para las que no tendría aplicación. El criterio adoptado fue, en cierto modo mixto, al contemplar globalmente las prestaciones económicas contributivas de invalidez, vejez, supervivencia y las derivadas de accidentes de trabajo enfermedad profesional (sin entrar a enumerarlas) y excluir, también globalmente, las prestaciones médicas, los regímenes especiales o prestaciones exceptuados por los Estados Parte en los Anexos I y II, los regímenes no contributivos, la asistencia social y los establecidos a favor las víctimas de guerra. Y permitiendo la ampliación de este campo aplicación para dos o más Estados Parte cuando alcancen acuerdos al respecto que deberán ser inscritos en el Anexo III.

Del mismo modo era necesario precisar los términos de la vigencia de otros convenios, bilaterales o multilaterales a los que se refirió la Conferencia de Ministros y que, conforme a sus disposiciones, no deberían quedar derogados por el CMISS (éste fue y aún sigue siendo uno de los aspectos más debatidos en la negociación). A ello se refiere el artículo 8 del Convenio al establecer que en caso de concurrencia se aplicarán las “disposiciones” más favorables al beneficiario, así como que cada Estado Parte deberá proceder a informar los convenios bilaterales o multilaterales vigentes que quedarán registrados en el Anexo IV del CMISS.

Otra cuestión a debatir fue la determinación de la legislación de seguridad social aplicable y las excepciones a la norma general de aplicación de la legislación del lugar de trabajo, especialmente en el caso de traslado del trabajador por la empresa al territorio de otro Estado Parte y los plazos durante los que podría mantenerse la sujeción a la legislación del país de origen. Finalmente esta posibilidad quedó limitada a determinados colectivos de trabajadores cualificados y durante plazos relativamente cortos.

O la admisión, o no, de mecanismos de aseguramiento facultativo en el país de origen (que algunos Estados admiten) y su conciliación con el aseguramiento obligatorio en el país de trabajo. Así como el tratamiento de los periodos asimilados a los de cotización efectiva (el CMISS utiliza el término “periodos de seguro, de cotización o de empleo”, de nuevo por las peculiaridades de los distintos países).

La consideración específica de los sistemas de pensiones de capitalización individual, muy extendidos en los países latinoamericanos, igualmente mereció un tratamiento individualizado, para resaltar la plena aplicación del Convenio también en estos supuestos y contemplar sus peculiaridades.

Al igual que la forma de cálculo de las prestaciones causadas al amparo del Convenio y la aplicación de la totalización de períodos cotizados, así como si esta totalización debería hacerse en todo caso o sólo cuando el interesado no reuniera los requisitos necesarios para alcanzar el derecho a pensión considerando sólo los períodos acreditados en un Estado Parte.

Y, por último (aunque sin ánimo de exhaustividad) la constitución, o no, de órganos de apoyo, finalmente plasmada en la creación del “Comité Técnico Administrativo” y las cuestiones relativas a la firma, ratificación, entrada en vigor, etc... que no por ser de orden formal revisten menor importancia para la efectiva aplicación del Convenio

Todas estas cuestiones y sus distintas opciones fueron recogidas por la OISS en un documento denominado “Anteproyecto de Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Aspectos previos” que fue presentado ante representantes de 16 países iberoamericanos ya en febrero de 2006 y remitido a las autoridades de los 22 países de la Comunidad Iberoamericana entre marzo y julio de ese mismo año para, finalmente y en base al mismo y las observaciones recibidas, elaborar un primer borrador de texto articulado, nuevamente circulado y sometido a la I Reunión Técnica sobre el Convenio que tuvo lugar, en Montevideo (Uruguay), los días 10 y 11 de octubre de 2006, en la que se acordó proseguir con el proceso de consultas, sin perjuicio de declarar que el borrador “recoge fielmente los lineamientos y principios establecidos por el Documento Final de la V Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de Seguridad Social”.

De acuerdo con ello, un segundo borrador de texto articulado del CMISS fue elaborado por la OISS y sometido a consulta en octubre de 2006 y, en base a las sugerencias y observaciones recibidas, un tercer borrador fue nuevamente circulado en marzo de 2007 y presentado a la II Reunión Técnica sobre el Convenio que tuvo lugar en Santiago de Chile los días 19 y 20 de abril de 2007.

En dicha Reunión quedaron cerrados buena parte de los artículos del Proyecto de Convenio, sin perjuicio de introducir modificaciones en otros, así como la inclusión de un nuevo título de “Clausulas Finales” que debería incorporarse al articulado y que dieron lugar a un nuevo borrador -el cuarto ya- que fue objeto de análisis en la III Reunión Técnica, celebrada en Sao Paulo (Brasil), los días 5 y 6 de junio de 2007, en la que, tras introducir algunas modificaciones más, se adoptó el acuerdo de “elevar el Proyecto de Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social a la VI Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de la Seguridad Social, para su consideración y, en su caso, aprobación y presentación ante la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno”.

Esa VI Conferencia ministerial se celebró en Iquique (Chile), los días 5 y 6 de julio de 2007 y en ella los Ministros y/o Máximos Responsables de la Seguridad Social de 17 países iberoamericanos aprobaron, además de la declaración final de la Conferencia (denominada en esta ocasión “Declaración de Iquique”), una “Resolución sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, en la que se acuerda, en sus distintos apartados: “I. Aprobar el texto del Proyecto de Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social que se acompaña como anexo, en idiomas español

y portugués y que queda depositado en la Secretaría General Iberoamericana”; “II. Elevar el presente Acuerdo a la consideración de la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno que tendrá lugar entre los días 8 y 10 de noviembre en Santiago de Chile”; “III. Someter a sus respectivos Gobiernos el texto aprobado, para su consideración y, en su caso, firma y ratificación conforme a las normas internas de cada país y su depósito en la Secretaría General Iberoamericana a través de la Organización Iberoamericana de seguridad Social (OISS), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 del mismo”.

Quedó así cerrado el texto del CMISS en dicha reunión y en un tiempo inferior a dos años desde que, en la anterior V Conferencia, se adoptase la decisión de abordar este proyecto, plazo singularmente corto en comparación con otros instrumentos de coordinación de legislaciones de seguridad social.

Y, efectivamente, éste fue el texto que, elevado a la XVII Cumbre Iberoamericana de Santiago de Chile, reunida los días 8 a 10 de noviembre de 2007. fue adoptado por ésta en los siguientes términos: “...en cumplimiento de los acuerdos de las XV XVI Cumbres Iberoamericanas, los países miembros adoptan en 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. Así mismo acuerdan instruir a sus representantes técnicos para que inicien a la brevedad la negociación del Acuerdo de Aplicación”.

Además, y por empeño personal de la Presidenta de Chile, en ese mismo acto 12 países procedieron a la firma del Convenio: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela (posteriormente se incorporarían Colombia y Ecuador en 2008 y República Dominicana en 2011).

Quedó así completada en esa fecha, 10 de noviembre de 2007, la primera fase para la aplicación del CMISS y, a la vez y de forma inmediata, se dio inicio a la segunda fase: la negociación de su Acuerdo de Aplicación, conforme al mandato de la Cumbre.

IV. EL ACUERDO DE APLICACIÓN DEL CMISS

El procedimiento seguido para esta negociación fue el mismo que anteriormente se había aplicado para el propio Convenio. Es decir, la preparación de sucesivos borradores por parte de la OISS -cinco en esta ocasión-, remitidos a autoridades y técnicos de todos los países para sus observaciones y sugerencias y la celebración, en este caso, de dos reuniones técnicas para avanzar y precisar los términos del Acuerdo.

Estas reuniones técnicas tuvieron lugar los días 18 y 19 de septiembre de 2008, en Fortaleza (Brasil) y los días 5 y 6 de marzo de 2009 en Santiago de Chile. En esta última quedó cerrado el texto, a nivel técnico y se acordó “Elevar, a través de la SEGIB y la OISS el Proyecto de Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social en idiomas español y portugués a una próxima VII Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de Seguridad Social para su consideración y, en su caso aprobación”.

Finalmente, los días 10 y 11 de septiembre de 2009 la citada VII Conferencia acordó “Aprobar el texto del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, previsto en el artículo 26 del mismo, que se recoge como Anexo I, en idiomas español y portugués a un solo efecto y que quedará depositado en la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB), a través de la Secretaría General de la OISS, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del Acuerdo”. Así como “Elevar a sus respectivos Gobiernos el texto aprobado para su consideración y, en su caso y una vez ratificado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, su firma y depósito en la Secretaría General Iberoamericana a través de la Secretaría General de la OISS”. Y “elevar el presente Acuerdo a la consideración de la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno que tendrá lugar en Estoril (Portugal) los días 30 noviembre y 1 de diciembre de 2009”. Cumbre que, a su vez, en el punto 22 de su Programa de Acción adoptó la decisión de “Dar seguimiento al proceso de ratificación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, suscrito en la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de estado y de Gobierno, a fin de permitir su entrada en vigor y la firma del respectivo Acuerdo de Aplicación...”. Quedando así cerrados los textos tanto del CMISS como de su Acuerdo de Aplicación y abierto el camino para su efectiva entrada en vigor.

V. LA ENTRADA EN VIGOR DEL CMISS

El propio Convenio, en su artículo 31 y su Acuerdo de Aplicación, en el artículo 33, establecen el procedimiento de entrada en vigor de ambos instrumentos. Procedimiento que, a su vez y dada la carencia de entidad jurídica de la Comunidad Iberoamericana, queda sujeto a los procesos internos de cada uno de los países.

En síntesis este procedimiento es el siguiente: firma del Convenio por el representante del Gobierno de cada Estado; ratificación parlamentaria del Convenio; depósito del instrumento de ratificación ante la Secretaría General Iberoamericana a través de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social; firma del Acuerdo de Aplicación (generalmente por los Gobiernos, aunque en algún caso ha requerido una nueva ratificación parlamentaria); depósito del Acuerdo en la SEGIB a través de la OISS; y cumplimentación de los Anexos del Convenio y del Acuerdo de Aplicación.

Cumplidos estos trámites, el Convenio entraría 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” (art.31.1), lo que tuvo lugar el día 1º de mayo de 2011, primer día del tercer mes siguiente a la fecha de depósito del instrumento de ratificación por Bolivia (el séptimo), el 2 de febrero de 2011, tras haberlo hecho así con anterioridad El Salvador (4/9/2008), Chile (30/11/2009), Ecuador (4/11/2009), Brasil (11/12/2009), España (12/02/2010) y Portugal (22/12/2010).

A lo largo de ese mismo año 2011 y a medida que los respectivos países fueron suscribiendo el Acuerdo de Aplicación del Convenio, éste adquirió plena vigencia en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, España, Paraguay y Uruguay. En 2012 lo hizo en El Salvador, en 2014 en Portugal y en 2016 en Argentina y Perú. En otros tres países firmantes, Colombia, Costa Rica y República Dominicana el CMISS se encuentra aún pendiente de ratificación parlamentaria y en distintos estados de tramitación. Mientras

que Venezuela ya le ha ratificado pero no ha llegado a depositar el instrumento de ratificación.

Por último, en 2012 quedó también constituido el Comité Técnico Administrativo previsto en el Convenio y su Acuerdo de Aplicación, órgano esencial para el buen funcionamiento en la práctica de un instrumento que, deliberadamente, no se planteó como un texto amplio y detallado (al modo de los Reglamentos Europeos) sino más reducido y en cierto modo ambiguo, atribuyendo a este Comité, entre otras funciones, la de posibilitar la “aplicación uniforme” del Convenio. El Comité, presidido por el país correspondiente siguiendo un orden rotatorio alfabético anual, se ha reunido hasta la fecha en ocho ocasiones (tres en Uruguay, una en Bolivia, dos en Brasil, una en Chile y una en Ecuador), ha adoptado 20 “Decisiones”, aprobado 10 formularios de uso denominados “IBERO 1-10”, creado en su seno tres comisiones, elaborado un manual de procedimiento y puesto en marcha un sistema de transmisión electrónica de datos que se espera esté operativo en 2017.

VI. CONCLUSIÓN

A lo largo del relato anterior se ha descrito, con cierto detalle, el proceso de gestación del Convenio Multilateral Iberoamericano desde sus antecedentes inmediatos hasta el momento actual en el que es una realidad en aplicación plena en 11 países iberoamericanos y a cuyo amparo se han tramitado ya más de 15.000 expedientes de pensiones en favor de ciudadanos migrantes o sus familias.

Como cabía esperar de la variedad de situaciones políticas, económicas y sociales y de la disparidad de los sistemas protectores existentes en los países implicados en el proyecto, no ha sido un camino fácil de recorrer. Existían dificultades de muy distinto tipo: idiomáticas (aunque las lenguas oficiales sean sólo dos, el español y el portugués, la variedad de acepciones y denominaciones es múltiple y en ambos idiomas); terminológicas; de fondo, dada la distinta naturaleza de los sistemas y las múltiples peculiaridades nacionales; de dispersión geográfica (22 países en dos continentes); de volatilidad institucional; y también, en ocasiones, de receptibilidad del proyecto por parte de algunos países o de sus autoridades en algunos momentos.

Pero, aun así, esta idea, nacida con tintes un tanto utópicos, fue acogida con interés y entusiasmo, por un nutrido grupo de personas y autoridades representativas de varios países, con cuyo apoyo y esfuerzo se logró lo que es hoy una realidad plena, con una amplia proyección de futuro que, cada vez de forma más tangible, contribuirá a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos que residan y trabajen en distintos países de la Comunidad Iberoamericana.

Porque la exclusión de los sistemas de seguridad social de los trabajadores migrantes o desplazados, derivada de la territorialidad de las leyes sociales, genera sin duda indefensión y desprotección para estas personas y sus familias, fomenta la informalidad y dificulta la movilidad internacional y, en su caso, el retorno a los países de origen. Y frente a estas cuestiones, instrumentos como el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social constituyen el principal medio para superarlas.

ARTÍCULO 1

“Definiciones

1. A los efectos de la aplicación del presente Convenio, los términos y expresiones que se enumeran en este artículo tendrán el siguiente significado:

- a) «Actividad por cuenta ajena o dependiente», toda actividad o situación asimilada que sea considerada como tal por la legislación de Seguridad Social del Estado Parte en el que se ejerza o se cause la situación asimilada.*
 - b) «Actividad por cuenta propia o no dependiente», toda actividad o situación asimilada que sea considerada como tal por la legislación de Seguridad Social del Estado Parte en el que se ejerza tal actividad o se cause la situación asimilada.*
 - c) «Autoridad Competente» para cada Estado Parte, la autoridad que, a tal efecto, designen los correspondientes Estados Parte y que como tal sea consignada en el Acuerdo de Aplicación.*
 - d) «Comité Técnico Administrativo» el órgano señalado en el Título IV.*
 - e) «Familiar beneficiario o derechohabiente», la persona definida o admitida como tal por la legislación en virtud de la cual se otorguen las prestaciones.*
 - f) «Funcionario», la persona definida o considerada como tal por el Estado del que dependa la Administración o el Organismo que la ocupe.*
 - g) «Institución Competente», el Organismo o la Institución responsable de la aplicación de las legislaciones mencionadas en el artículo 3. Se relacionarán en el Acuerdo de Aplicación.*
 - h) «Legislación», las leyes, reglamentos y demás disposiciones de Seguridad Social vigentes en el territorio de cada uno de los Estados Parte.*
 - i) «Nacional», la persona definida como tal por la legislación aplicable en cada Estado Parte.*
 - j) «Organismo de Enlace», el Organismo de coordinación e información entre las Instituciones Competentes de los Estados Parte que intervenga en la aplicación del Convenio y en la información a los interesados sobre derechos y obligaciones derivados del mismo. Se relacionarán en el Acuerdo de Aplicación.*
 - k) «Pensión», prestación económica de larga duración prevista por las legislaciones mencionadas en el artículo 3 de este Convenio.*
 - l) «Períodos de seguro, de cotización, o de empleo», todo período definido como tal por la legislación bajo la cual ha sido cubierto o se considera como cubierto, así como todos los períodos asimilados, siempre que sean reconocidos como equivalentes a los períodos de seguro por dicha legislación.*
 - m) «Prestaciones económicas», prestación pecuniaria, pensión, renta, subsidio o indemnización, previstas por las legislaciones mencionadas en el artículo 3 de este Convenio, incluido todo complemento, suplemento o revalorización.*
 - n) «Residencia», el lugar en que una persona reside habitualmente.*
- 2. Los demás términos o expresiones utilizadas en el Convenio tienen el significado que les atribuya la legislación aplicable”.*

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

El presente trabajo recoge un análisis del artículo 1 del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. En él se recogen las definiciones de los términos técnicos que se emplean en el articulado, que incluyen los distintos tipos de actividad, las personas afectadas y los sujetos administrativos implicados.

PALABRAS CLAVE: Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, definiciones, actividad, pensión, organismos, residencia.

ABSTRACT

This paper contains an analysis of Article I of the Iberoamerican Agreement on Social Security. In this article we can find the definitions of the technical terms used in the Convention, including the different types of activity, the people within its scope and the relevant administrative bodies.

KEYWORDS: Iberoamerican Agreement on Social Security, definitions, activity, pension, administrative bodies, residence.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ACTIVIDAD POR CUENTA AJENA O DEPENDIENTE

III. ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA O NO DEPENDIENTE

IV. AUTORIDAD COMPETENTE

V. COMITÉ TÉCNICO ADMINISTRATIVO

VI. FAMILIAR BENEFICIARIO O DERECHOHABIENTE

VII. FUNCIONARIO

VIII. INSTITUCIÓN COMPETENTE

IX. LEGISLACIÓN

X. NACIONAL

XI. ORGANISMO DE ENLACE

XII. PENSIÓN

XIII. PERÍODOS DE SEGURO, DE COTIZACIÓN, O DE EMPLEO

XIV. PRESTACIONES ECONÓMICAS

XV. RESIDENCIA

XVI. CLÁUSULA DE CIERRE

I. INTRODUCCIÓN

Es una técnica asentada en el campo de la Seguridad Social internacional iniciar un acuerdo de este ámbito con la preparación de un cuerpo de definiciones, generalmente incluida en los primeros artículos. Esta práctica, que cuenta con antecedentes tan remotos como el artículo 1 del Convenio de 7 de noviembre de 1949 sobre seguridad social en el marco de la Unión Europea Occidental, simplifica considerablemente el manejo de estos textos. Piénsese que, en muchos casos, cuentan con distintas versiones lingüísticas, que de esta manera ven facilitado su manejo al contar con una terminología armonizada.

En el caso del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social (en lo sucesivo, CISS), el problema lingüístico es mucho menor, ya que sus lenguas oficiales son únicamente el castellano y el portugués¹. Prima en este caso el criterio técnico de ofrecer a los aplicadores del Convenio una guía clara de interpretación², como ya hacían los numerosos convenios bilaterales que España tenía firmados con los Estados parte del CISS.

En líneas generales, las definiciones del CISS no se apartan de la práctica extendida de la definición por remisión. Esto es, se deja a cada Estado la tarea de identificar, conforme a su legislación, qué situación puede ser subsumida en la categoría correspondiente. En el caso de los Reglamentos de la Unión Europea en esta materia, el Tribunal de Justicia, a través de una prolongada jurisprudencia, ha ido elaborando patrones que los Estados miembros deben respetar en todo caso. En el caso del CISS, la ausencia de un órgano similar debilita esta función de armonización, si bien la Comisión de Arbitraje regulada en el artículo 28 podría desempeñar, en el futuro, un papel similar³.

Junto al CISS, es necesario tener en cuenta su Acuerdo de aplicación, que desempeña funciones similares a las del Reglamento 987/2009 frente al Reglamento 883/2004.

¹Sánchez-Rodas Navarro, C.;“El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 26/ 2011, p.202:“por eso hay que considerar acertada la calificación dada al Convenio Multilateral de “Iberoamericano”, término que es considerado por los autores más apropiado que el de “latinoamericano” (que suele emplearse como sinónimo) olvidando que esta última expresión inventada por José María Torres Caicedo con motivo de la expedición del Emperador Maximiliano a México tiene un claro objetivo de “desprecio y rechazo a lo culturalmente español”.

²Ribes Moreno, M.I.;“La Actividad del Personal que presta Servicios a bordo de Buques y sus Problemas frente al Encuadramiento en un régimen de Seguridad Social”. E-Revista Internacional de la Protección Social nº 1/2016, p.33:“ha superado las dificultades de redacción que se siguen manifestando en las normas europeas”.

³Menos optimista, 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 1/2016, p.5:“otra importante divergencia radica en que mientras a nivel de la Unión Europea existe un órgano jurisdiccional (el Tribunal Europeo de la UE) que es el máximo intérprete del Derecho de la UE y cuyos fallos han de ser acatados por los Estados miembros, no existe un tribunal supranacional que conozca en última instancia de las controversias judiciales que se produzcan con ocasión de la aplicación del Convenio Multilateral. Por lo que respecta a este último instrumento, serán los tribunales nacionales los únicos competentes para su aplicación”.

II. ACTIVIDAD POR CUENTA AJENA O DEPENDIENTE

El CISS define este tipo de trabajo como “toda actividad o situación asimilada que sea considerada como tal por la legislación de Seguridad Social del Estado Parte en el que se ejerza o se cause la situación asimilada”.

La correspondencia inicial con el Derecho español sería, por lo tanto, el artículo 7.1.a de la Ley General de Seguridad Social: “trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral”.

III. ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA O NO DEPENDIENTE

Paralelamente a la anterior, el trabajo autónomo se caracteriza como “toda actividad o situación asimilada que sea considerada como tal por la legislación de Seguridad Social del Estado Parte en el que se ejerza tal actividad o se cause la situación asimilada”.

El precepto relevante en el caso de España sería el artículo 7.1.b de la Ley General de Seguridad Social, los “trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta ley y en su normativa de desarrollo”.

IV. AUTORIDAD COMPETENTE

La caracteriza el CISS de la siguiente manera: “para cada Estado Parte, la autoridad que, a tal efecto, designen los correspondientes Estados Parte y que como tal sea consignada en el Acuerdo de Aplicación”.

La remisión al Acuerdo de Aplicación lleva a su artículo 2, que a su vez remite a su Anexo I. En el caso de España, la mención del CISS es al Ministerio de Trabajo e Inmigración que, obviamente, se corresponde con la actual denominación de Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Salvo Ecuador, todos los Estados parte designan un Ministerio para esta condición.

A esta Autoridad le corresponde notificar a la Secretaría General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social las modificaciones que se introduzcan en relación con los Organismos de Enlace e Instituciones Competentes.

V. COMITÉ TÉCNICO ADMINISTRATIVO

La remisión es sencilla, puesto que se refiere al “órgano señalado en el Título IV”.

Sin perjuicio del análisis más extenso que se llevará a cabo en otra parte de este Comentario, es menester señalar que se trata de un órgano formado por un representante de cada país, con su correspondiente suplente, formando parte de él en representación

de España la Directora General del INSS y el Subdirector General de Prestaciones del INSS, respectivamente. En determinadas ocasiones, pueden comparecer otras personas en su lugar.

Su función más importante, de acuerdo con el artículo 24.b del CISS es “resolver las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas del presente Convenio o del Acuerdo de Aplicación del mismo”. Para el desarrollo de estas y otras funciones se rige por unos Estatutos aprobados de común acuerdo por sus miembros⁴.

Hay que destacar la existencia dentro del Comité de una Comisión Jurídica, que prepara con sus trabajos la interpretación uniforme del CISS, que es establecida por el Comité en pleno⁵.

La documentación que se genera en el seno del Comité puede ser consultada en <http://www.oiss.org/-Comite-Tecnico-Administrativo-.html>

VI. FAMILIAR BENEFICIARIO O DERECHOHABIENTE

De nuevo emplea el CISS una definición por remisión: “la persona definida o admitida como tal por la legislación en virtud de la cual se otorguen las prestaciones”.

Se plantean en este caso dos problemas derivados de la disparidad de las legislaciones nacionales, como es la situación de los matrimonios entre personas de mismo sexo, válidos en unos Estados, pero que pueden no dar lugar a derechos de Seguridad Social en otros, y también el régimen de las parejas de hecho.

VII. FUNCIONARIO

“La persona definida o considerada como tal por el Estado del que dependa la Administración o el Organismo que la ocupe”.

Esta definición ofrece la duda, ya detectada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a propósito del Reglamento 1408/71, de la inclusión de otro tipo de empleados públicos, como podría ser el personal en régimen laboral y el personal estatutario. La mención en el artículo 10. h) del CISS a “los funcionarios públicos de un Estado Parte, distintos a los que se refiere el apartado anterior y el personal asimilado” permite proponer la respuesta de una interpretación amplia como respuesta a dicha duda.

Nótese, curiosamente, que el CISS no se aplica a los regímenes especiales de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia, expresamente excluidos por España como indica el Anexo I.

⁴http://www.oiss.org/IMG/pdf/ESTATUTOS_COMITE_TECNICO-_REGISTRADO_SEGIB.pdf

⁵Por ejemplo, en su Segunda Reunión, esta Comisión resolvió sugerir al Comité Técnico que interpretase la expresión “periodo máximo requerido” del art.13.3 del Convenio como el tiempo máximo de seguro, cotización o empleo requerido por la legislación de cada país para la concesión de una prestación, a partir de la cual la suma de tiempo no produce ningún incremento en el importe de la prestación (http://www.oiss.org/IMG/pdf/ACTA_II_REUNION_COMISION_JURIDICA.pdf).

VIII. INSTITUCIÓN COMPETENTE

Esta definición y su tratamiento son paralelos al ya indicado para la caracterización de la Autoridad Competente: “el Organismo o la Institución responsable de la aplicación de las legislaciones mencionadas en el artículo 3. Se relacionarán en el Acuerdo de Aplicación”.

El Anexo II del Acuerdo es el que enumera dichas Instituciones. El elenco, en este caso, es más detallado, puesto que refleja las atribuciones de las Entidades gestoras y los Servicios comunes de la Seguridad Social en España. Así, le corresponderán a las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social la gestión de todas las prestaciones y para todos los regímenes, excepto el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. En este caso, será competente el Instituto Social de la Marina. Por último, le corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social la competencia sobre las disposiciones sobre la Legislación Aplicable.

IX. LEGISLACIÓN

De nuevo en la línea de otros textos internacionales, se entiende por legislación “las leyes, reglamentos y demás disposiciones de Seguridad Social vigentes en el territorio de cada uno de los Estados Parte”.

No existe en el marco del CISS una mención similar a la existente en el Reglamento 883/2004 a determinadas disposiciones convencionales que recogen obligaciones de seguro derivadas de leyes o reglamentos, como es el caso de Francia.

X. NACIONAL

Se trata de “la persona definida como tal por la legislación aplicable en cada Estado Parte”.

Las reglas sobre la obtención de la nacionalidad española se contienen en el Título Primero del Libro Primero del Código Civil. Hay que señalar las situaciones de doble nacionalidad, que permiten mantener la española junto con la de los países iberoamericanos, lo que podría conducir a la aplicación del CISS a nacionales de algunos Estados americanos que no son partes del Convenio. Así mismo, debe recordarse la Ley 12/2015, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España.

Por último, el CISS no contiene mención alguna a apátridas y refugiados.

XI. ORGANISMO DE ENLACE

Por tercera vez se repite la técnica a propósito de los sujetos administrativos encargados de la puesta en práctica del CISS: “el Organismo de coordinación e información entre las Instituciones Competentes de los Estados Parte que intervenga en la aplicación del Convenio y en la información a los interesados sobre derechos y obligaciones derivados del mismo. Se relacionarán en el Acuerdo de Aplicación”.

En este caso, es el Anexo III el que incluye tal relación. En el caso de España, los organismos de enlace son el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina, dentro de sus respectivas esferas de competencias.

Sus funciones, en el marco del CISS, son facilitar la aplicación del Convenio y del Acuerdo, informar las propuestas de formularios de enlace y su modificación a efectos de la aplicación del Convenio y adoptar las medidas necesarias para lograr su máxima agilización y simplificación administrativas, de acuerdo con el artículo 2 del Acuerdo de Aplicación.

XII. PENSIÓN

De acuerdo con este artículo, se trata exclusivamente de una “prestación económica de larga duración prevista por las legislaciones mencionadas en el artículo 3 de este Convenio”.

Dicho artículo hace referencia a las contingencias de invalidez, vejez, supervivencia y accidente de trabajo o enfermedad profesional, pero únicamente en tanto que rentas de sustitución⁶.

XIII. PERÍODOS DE SEGURO, DE COTIZACIÓN, O DE EMPLEO

Una vez más, se realiza una definición por remisión, ya que se definen como “todo período definido como tal por la legislación bajo la cual ha sido cubierto o se considera como cubierto, así como todos los períodos asimilados, siempre que sean reconocidos como equivalentes a los períodos de seguro por dicha legislación”.

Esta definición pone de manifiesto las diferencias de organización en los distintos regímenes nacionales de Seguridad Social, a la hora de valorar y evaluar el transcurso del tiempo.

XIV. PRESTACIONES ECONÓMICAS

Esta noción es más amplia que la anteriormente indicada de pensión, puesto que se refiere a toda “prestación pecuniaria, pensión, renta, subsidio o indemnización, previstas por las legislaciones mencionadas en el artículo 3 de este Convenio, incluido todo complemento, suplemento o revalorización”.

XV. RESIDENCIA

“El lugar en que una persona reside habitualmente”.

Esta definición es idéntica a la contenida en el artículo 1.j del Reglamento 883/2004. En el Reglamento de aplicación de éste, el 987/2009, se recogen diversos elementos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de valorar dónde tiene una persona su residencia

⁶Sánchez-Rodas Navarro, C.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit.; p.215: “otra diferencia importante entre el Convenio Multilateral y el Reglamento 883/2004 es que el primero se circunscribe a las prestaciones económicas, quedando excluidas las prestaciones en especie”.

(artículo 14), que podrían ser extrapolados fácilmente al CISS, como criterios para dirimir situaciones controvertidas⁷.

En todo caso, el artículo 24 del Acuerdo de aplicación impone un deber de comunicación de los cambios de residencia de los beneficiarios. Esto pone de manifiesto la importancia de la manifestación de la voluntad a la hora de establecer este criterio de conexión, que parece prioritaria frente a elementos como los señalados, que sólo se emplean en caso de controversia, ya sea positiva o negativa, entre dos Estados.

XVI. CLÁUSULA DE CIERRE

El segundo apartado del artículo 1 contiene una última remisión, de carácter general, plenamente en línea con la técnica empleada para la elaboración de las anteriores definiciones: “los demás términos o expresiones utilizadas en el Convenio tienen el significado que les atribuya la legislación aplicable”.

⁷Sánchez-Rodas Navarro, C.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit.; p.206: “aún podríamos aventurarnos a afirmar que hay preceptos del Convenio Multilateral que claramente toman como referente al Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, conclusión que se alcanza tras la lectura de ambos textos legales”.

ARTICULO 2

“Campo de aplicación personal

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”.

ELVIRA LÓPEZ DÍAZ

Profesora Adjunta de Derecho Civil.
Universidad CEU San Pablo

ROCÍO MARTÍN JIMÉNEZ

Profesora Adjunta Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad CEU San Pablo

RESUMEN

Debido al fenómeno de globalización reciente al que estamos sometidos y a los diversos procesos de cooperación e integración que se suceden entre los distintos países, se ha producido una constante y creciente movilidad de trabajadores/as a nivel internacional, siendo necesario garantizar los derechos a la Seguridad Social de todas aquellas personas migrantes.

Millones de ciudadanos pueden configurar su historia laboral a través de cotizaciones realizadas en diferentes países y al migrar no solo corren el riesgo de perder la cobertura a la que tenían derecho en su país, sino que también suelen encontrar en los sistemas de Seguridad Social de los países de acogida situaciones restrictivas, tanto en la afiliación como en la cobertura, colocándose en una situación de vulnerabilidad muy acusada respecto a sus derechos sociales y los de sus familias lo que supone que la “seguridad social” sea un derecho del que pueden verse privados los trabajadores/as por desplazarse y trabajar en un lugar distinto de su país de origen. Esta circunstancia puede impedir que se consoliden derechos en cada sistema nacional de protección y que resulta necesario evitar.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, beneficiarios, trabajadores, cotizaciones, prestaciones, derechos protegidos, movilidad laboral.

ABSTRACT

Due to the recent phenomenon of globalization and the different processes of cooperation and integration that are taking place between countries, there has been a constant and increasing international labor mobility, being necessary to guarantee social security rights for all these migrants.

Millions of citizens can set their employment history through contributions made in different countries. However, when they migrate, not only they face the risk of losing the coverage to which they were entitled in their country of origin but also they often find in the social security systems of host countries restrictive situations both in affiliation and coverage, being placed in a situation of significant vulnerability of their social rights and those of their families. As a consequence, "social security" is a right of which workers can be deprived when they relocate to work in a place other than their country of origin; a situation that may prevent workers to consolidate rights in each country's social security systems, being necessary to avoid it.

KEYWORDS: Social security, beneficiaries, workers, contributions, social benefits, protected rights, labor mobility.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

III. PERSONAS INCLUIDAS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 10 de noviembre de 2007, creado por la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS)¹, nace de la necesidad de brindar protección a los derechos individuales de millones de trabajadores migrantes y sus familias, en un aspecto tan sensible como es la garantía de la seguridad económica en la vejez, la incapacidad o muerte.

Este Convenio permite la acumulación de los períodos cotizados en distintos Estados para la obtención de las prestaciones y faculta la posibilidad de percibir las en un país distinto de aquel en el que se generaron, estableciendo como principio básico la igualdad de trato de todas las personas, cualquiera que sea su nacionalidad.

Esto hace que resulte un medio imprescindible para tener en cuenta todas las cotizaciones realizadas y totalizar los años de trabajo de cada trabajador/trabajadora con independencia del lugar de su residencia, evitando así la pérdida de derechos contributivos en materia de pensiones y siendo, por tanto su objetivo principal preservar los derechos adquiridos o en proceso de adquisición independientemente de la nacionalidad y del país de residencia del interesado.

Dicho Convenio se configura como la base normativa del que será uno de los instrumentos jurídicos vinculantes más importantes de los establecidos hasta el momento por la Comunidad Iberoamericana ya que se constituye como una norma de carácter internacional, acordada por varios Estados para la coordinación de sus legislaciones nacionales y viene a establecer unas reglas comunes para proteger los derechos de Seguridad Social de los ciudadanos nacionales de los Estados involucrados y otras personas que se desplazan por los mismos.²

Por lo que respecta al estudio que nos ocupa sobre su ámbito de “aplicación personal” (art.2) hemos de resaltar que brinda protección a los trabajadores y sus familiares, beneficiarios y derechohabientes que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados parte. Hasta el momento, están sujetos a la normativa del Convenio los siguientes Estados: España, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Ecuador, Paraguay, Perú, Portugal y Uruguay. En España y Bolivia el Convenio tiene efectividad desde el 1 de mayo de 2011, en Brasil desde el 19 de mayo de 2011, en Ecuador desde el 20 de junio de 2011, en Chile desde el 1 de septiembre de 2011, en Uruguay desde el 1 de octubre de 2011, en Paraguay desde el 28 de octubre de 2011, en El Salvador desde el 17 de noviembre de 2012, en Portugal desde el 21 de julio de 2014, en Argentina desde el 1 de agosto de 2016 y el último en sumarse al mismo ha sido Perú el 10 de noviembre de 2016.

¹Según la definen sus órganos estatutarios la OISS es un organismo internacional, de carácter técnico y especializado, que tiene por finalidad promover el bienestar económico de los países iberoamericanos y de todos aquellos que se vinculan por el idioma español y portugués mediante la coordinación, intercambio y aprovechamiento de sus experiencias mutuas en seguridad Social.

²AISS (2011). “La Seguridad Social y los Migrantes: Desafíos Políticos y sus Respuestas. Perspectivas de Política Social”. Ginebra. AISS nº 17.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

El estudio objeto de esta reflexión es el artículo 2 del Convenio que establece: “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”.

Por campo de aplicación vamos a establecer y determinar el conjunto de personas que quedan comprendidas dentro del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y van a ser sujetos de derechos y obligaciones. Son los que, en el Derecho Español por ejemplo, llamaríamos "sujetos protegidos".

El Convenio se aplica a las personas (de cualquier nacionalidad) que estén o hayan estado sujetas en algún momento a la legislación de Seguridad Social de dos o más Estados Parte del mismo, así como a sus familiares, beneficiarios y derechohabientes.

Los Estados Parte son los Estados Iberoamericanos que han ratificado el Convenio y su Acuerdo de Aplicación, por lo que ambas disposiciones resultan de aplicación para los mismos.

Los beneficiarios del Convenio serán las personas con una relación de trabajo (dependientes) y los independientes, así como sus familiares, cualquiera que sea su nacionalidad y sean o hayan estado sujetos a la legislación de Seguridad Social de alguno de los países en donde se aplique dicho Convenio. Intentando evitar, por una parte el que los trabajadores/as al cotizar para sistemas de seguridad social de diferentes países, de forma eventual, puedan no completar los requisitos para obtener en el futuro una pensión de jubilación y proteger, por otra parte, las situaciones de vulnerabilidad en las que se encuentran respecto a sus derechos sociales y los de sus familias³.

En cuanto a la pensión de jubilación, en nuestro sistema podrán ser beneficiarios los trabajadores que cesen total o parcialmente en su actividad laboral y reúnan determinados requisitos.

Se habla de jubilación total cuando cumpliendo los requisitos generales para el acceso a la pensión de jubilación, el trabajador cese totalmente en su actividad laboral y de jubilación parcial cuando se posibilita la compatibilidad entre el percibo de una jubilación del sistema de la Seguridad Social y un puesto de trabajo a tiempo parcial. También es posible una jubilación anticipada, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad. Y por lo que se refiere a la cuantía de la pensión de jubilación vendrá determinada por el importe de la base reguladora y el porcentaje aplicable a ésta según el número de años cotizados en las cantidades exigidas por las normativas reguladoras propias de cada país comprendido en el Convenio⁴.

³Cabeza Pereiro, J.; “La Protección de la Seguridad Social de las Personas Extranjeras”. Actualidad Laboral nº 3/2008.

⁴Martín Jiménez, R.; *Manual de Derecho Privado Empresarial*. Dykinson. Madrid. 2014; p. 517.

III. PERSONAS INCLUIDAS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

A. El artículo 2 se refiere, por un lado, a “las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados Parte”.

B. Y, por otro lado, se va a aplicar “a sus familiares beneficiarios y derechohabientes”.

A. Si prestamos atención al primer inciso del artículo 2 observamos que el término que utiliza para determinar el campo de aplicación es “personas” y no “trabajadores”, hecho que se consideró como un avance, ya que el Convenio en este artículo no hace referencia al status profesional, o laboral de los sujetos protegidos por el mismo, sin embargo, se deben hacer las siguientes consideraciones:

1) Si tomamos como ejemplo la legislación española, la Ley General de Seguridad Social de España, en su art. 7 establece que: “estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.

b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta ley y en su normativa de desarrollo.

c) Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.

d) Estudiantes.

e) Funcionarios públicos, civiles y militares.

Este artículo nos pone de manifiesto la laboralidad o profesionalidad de la actividad laboral que delimita el campo de aplicación de la Seguridad Social en la normativa española. y aunque parezca que en el Convenio haya una supresión de esta idea, a lo largo de la lectura del mismo se afirma, por ejemplo en el Preámbulo: “el trabajo es uno de los factores esenciales en el fortalecimiento de la cohesión social...” o “la urgencia de contar con un instrumento de coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones que garantice los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias... con el objetivo de que puedan disfrutar de los beneficios generados con su trabajo en los países receptores”.

Asimismo, una interpretación consecuente del articulado del Convenio y la lectura de su ámbito de aplicación material, nos limita a las prestaciones contributivas de Seguridad Social. Como norma general el acceso al nivel contributivo de Seguridad Social, está condicionado a la realización de una actividad por cuenta ajena o en algunas ocasiones por cuenta propia; sólo estos sujetos podrán solicitar las prestaciones del Convenio Multilateral.

Si a lo expuesto anteriormente le añadimos, el estudio del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral que no emplea el término persona sino trabajador, hay que concluir que la aplicación del Convenio Multilateral va a estar condicionada al hecho de ostentar o haberlo ostentado la condición de trabajador por cuenta ajena, por cuenta propia o funcionario (o como luego veremos familiar o derechohabiente de los anteriores).

2) Otro aspecto interesante a tratar en el estudio del art.2, es el tema de la nacionalidad ya que nada dice el artículo con respecto a este tema.

Ante el silencio de la norma se debe de considerar que el ámbito de aplicación del Convenio se extiende, no solo a los nacionales de los Estados Parte, sino que también se aplicará a los extranjeros nacionales de Terceros Estados, refugiados, y apátridas, que estén o hayan estado sometidos a la legislación de Seguridad Social de uno o alguno/s de los Estados Parte.

El sometimiento a la Seguridad Social exige un requisito previo y es que los trabajadores sean “regulares o “legales”⁵, puesto que es necesario, para ser sujeto protegido por los regímenes contributivos de Seguridad Social de los Estados Parte a los que se aplica el Convenio Multilateral.

Por lo tanto y como conclusión, la supuesta cláusula de nacionalidad no entraen juego para la aplicación del Convenio pero sí, que los sujetos protegidos tengan la condición de migrantes en situación regular o legal.

B.-Además, siguiendo el artículo 2 del Convenio hemos de incluir dentro del ámbito de aplicación de la norma a los familiares, beneficiarios y derechohabientes. El propio

⁵La Legislación de extranjería en España es la siguiente :

1. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
2. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009
3. Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros
4. Orden PRE/1283/2007, de 10 de mayo, por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de la carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder al territorio nacional por motivos de carácter turístico o privado
5. Orden PRE/1803/2011, de 30 de junio, por la que se establece el importe de las tasas por tramitación de autorizaciones administrativas, solicitudes de visados en frontera y documentos de identidad en materia de inmigración y extranjería
6. Orden ESS/1423/2012, de 29 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en el área de integración de los inmigrantes, solicitantes y beneficiarios de protección internacional, apátrida y protección temporal.

convenio considera a éstos “como la persona definida o admitida como tal por la legislación en virtud de la cual se otorguen las prestaciones”

Los familiares beneficiarios y derechohabientes, no podrán invocar sus disposiciones como derechos propios, sino como derechos derivados en condición de personas vinculadas por lazos afectivos o de parentesco con el sujeto causante. Por lo tanto, a los requisitos que se le exigen al sujeto causante, le hemos de añadir los referidos a cada uno de los sujetos beneficiarios, distintos según los casos, para poder acceder a la prestación. A continuación, pasamos a estudiar los familiares de los sujetos protegidos.

Si partimos del ejemplo español, en España, la protección de la familia mediante prestaciones de muerte y supervivencia ha estado condicionada por las coyunturas sociales y económicas vigentes; situaciones que se estructuraban sobre un cabeza de familia del que dependían todos los miembros de la familia: cónyuge, descendientes, ascendientes y otros familiares

En la actualidad y como consecuencia de la evolución de la sociedad y con la intención de mejorar la protección de la Seguridad Social, este tipo de prestaciones son objeto de un nuevo debate conceptual; no podemos obviar la existencia de un nuevo concepto de familia que supera el ámbito de las relaciones matrimoniales. Pero, sobre todo, la nueva realidad jurídico-económica y social de la incorporación creciente de las mujeres al mercado de trabajo, es lo que entraña que en las familias ya no haya una única fuente de ingresos, y el cónyuge superviviente ya no siempre sea dependiente del sujeto causante desde una perspectiva económica.

Además, e igualmente de acuerdo con las nuevas estructuras sociales, en temas como la protección de los huérfanos, se ha producido una ampliación progresiva de la edad de los beneficiarios de las prestaciones de orfandad, en la medida en que, de nuevo por una cuestión de coyuntura socioeconómica y cultural, los hijos dependen económicamente de sus progenitores, y conviven con ellos hasta una edad más avanzada, todo ello como consecuencia en ocasiones del alargamiento de los estudios obligatorios, y por otro lado, y más importante, el retraso en la incorporación al mercado de trabajo.

Por otra parte, la protección ofrecida por las pensiones de viudedad en múltiples situaciones, especialmente cuando existen cargas familiares, es insuficiente, lo que ha generado una reforma esencial de este tipo de pensión, de manera que, en algunos casos, se ha asistencializado y protege contra situaciones de necesidad ya no presuntas, sino reales, que por supuesto han de ser probadas.

Situación de los familiares de los sujetos protegidos, con arreglo a la legislación española:

Son beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia los familiares del trabajador fallecido. Concretamente:

a) Al auxilio por defunción para hacer frente a los gastos del sepelio tiene derecho aquella persona que haya soportado dichos gastos, presumiéndose salvo prueba en contrario que tal persona ha sido en primer lugar el cónyuge superviviente, y en segundo lugar los hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente.

b) A la pensión de viudedad, que serán beneficiarias aquellas personas que han tenido vínculo matrimonial o han sido pareja de hecho del fallecido y no han vuelto a contraer matrimonio. Estos casos incluyen:

Matrimonio.

Separados, divorciados, y personas cuyo matrimonio fue declarado nulo.

Pareja de hecho en el momento del fallecimiento⁶.

Será además necesario acreditar determinados requisitos en los siguientes supuestos:

1.- En caso de matrimonio cuando el fallecimiento es causa de una enfermedad común anterior al vínculo matrimonial.

2.- En casos de separación, divorcio, nulidad y parejas de hecho

c) A la pensión de orfandad tienen derecho cada uno de los hijos del trabajador fallecido, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, siempre que al momento del fallecimiento sean menores de 21 años o mayores que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.⁷ La pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios.

⁶A los efectos de los requisitos que exige la Ley, leer los arts. 216, 220, y 221 LGSS (2015)

⁷Art. 224 LGSS: En los casos de orfandad absoluta (inexistencia de progenitores o adoptantes) y de huérfanos con una discapacidad igual o superior al 33%:

Cuando el huérfano no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente del SMI que se fije en cada momento, también en cómputo anual, la edad se amplía hasta los 25 años (aplicable desde 02-08-2011).

Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente curso académico.

En los casos de orfandad simple (cuando sobreviva uno de los progenitores o adoptantes):

Si el huérfano no trabaja o sus ingresos son inferiores al SMI, el límite de los 25 años será aplicable a partir de 01-01-2014. Hasta dicha fecha, el límite será: durante el año 2011, 22 años; durante el año 2012, 23 años y, durante 2013, de 24 años.

Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente curso académico.

Nuestra legislación establece otras prestaciones en favor de familiares en el artículo 226, donde se reconoce derecho a pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, en quienes se den, en los términos que se establezcan reglamentariamente, las siguientes circunstancias:

- a) Haber convivido con el causante y a su cargo.
- b) Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos.
- c) Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante.
- d) Carecer de medios propios de vida.

Por lo que respecta a las pensiones en favor de familiares de acuerdo con la LGSS se establece el siguiente orden de preferencia:

- 1.º Nietos y hermanos del causante, menores de dieciocho años o mayores incapacitados.
- 2.º Padre y madre del causante.
- 3.º Abuelos y abuelas del causante.
- 4.º Hijos y hermanos del titular de una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente mayores de cuarenta y cinco años y que reúnan los demás requisitos establecidos.

Como prestación heredada, junto a las pensiones a favor de familiares se mantiene el subsidio en favor de familiares:

Las hijas/os mayores de 25 años y las hermanas/os mayores de 22 años, solteros, viudos, separados judicialmente o divorciados, que sin acreditar las condiciones para ser pensionistas reúnan los requisitos exigidos:

- a) Haber convivido con el causante y a sus expensas con 2 años de antelación al fallecimiento de aquél o desde la muerte del familiar con el que convivieran, si ésta hubiera ocurrido dentro de dicho período.
- b) No tener derecho a pensión pública.
- c) Carecer de medios de subsistencia, por tener ingresos económicos iguales o inferiores al salario mínimo interprofesional, y de familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos.

En aplicación de lo establecido en los artículos 142 y 143 del Código Civil, están obligados a “prestarse alimentos”, los cónyuges, ascendientes y descendientes; los hermanos sólo se deben los “auxilios necesarios para la vida”, por lo que quedan excluidos de la obligación de prestar alimentos.

También hay que tener en cuenta las diferencias existentes en la aplicación de los sistemas de protección social en función del género que aún en la actualidad produce desigualdades en un modelo de protección social insuficiente para las mujeres.

Teniendo en cuenta que la trayectoria laboral de las mujeres es más discontinua, con menos opciones a promociones laborales, con carreras interrumpidas por la crianza de los hijos y periodos más cortos de cotización sobre salarios menores a los de los hombres, resulta necesaria una protección social integral con la debida atención a la equidad de género. Igualmente, las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar y de reparto de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres como un elemento más de la Seguridad Social.

IV. CONCLUSIONES

Los movimientos de migración afectan prácticamente a todos los países iberoamericanos en ambos sentidos, en el de inmigración y en el de emigración, extendiéndose este espacio iberoamericano a Portugal y España; ocupando esta última un lugar de relevancia, en la medida en que se ha convertido en los últimos años en el principal destino de la emigración latinoamericana hacia Europa.

Además, la pertenencia de España y Portugal a la Unión Europea refuerza la coordinación en materia de Seguridad Social entre Iberoamérica y la UE, lo que facilitará a los trabajadores iberoamericanos el reconocimiento de los periodos cotizados en otros estados miembros de la Unión.

A través de este Convenio Multilateral de Seguridad Social se va a garantizar a muchos millones de personas migrantes el derecho a la Seguridad Social.

ARTÍCULO 3

“Campo de aplicación material

1. *El presente Convenio se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con:*

a) las prestaciones económicas de invalidez;

b) las prestaciones económicas de vejez;

c) las prestaciones económicas de supervivencia; y,

d) las prestaciones económicas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.

Las prestaciones médicas previstas en las legislaciones de los Estados Parte quedan excluidas del presente Convenio, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del presente artículo.

2. *El presente Convenio se aplicará a los regímenes contributivos de seguridad social, generales y especiales. No obstante, estos últimos podrán ser exceptuados siempre que se incluyan en el Anexo I.*

3. *El presente Convenio no será de aplicación a las prestaciones económicas reseñadas en el Anexo II, que bajo ninguna circunstancia podrá incluir alguna de las ramas de seguridad social señaladas en el apartado 1 de este artículo.*

4. *El Convenio no se aplicará a los regímenes no contributivos, ni a la asistencia social, ni a los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias.*

5. *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.*

Las reglas correspondientes a los regímenes y/o prestaciones que hayan sido objeto de extensión, conforme a lo previsto en el apartado anterior, afectarán únicamente a los Estados que las hayan suscrito, sin que surtan efectos para los demás Estados Parte”.

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Sevilla

RESUMEN

Las contingencias protegidas por el Convenio Multilateral están enunciadas en su artículo 3. De conformidad con el mismo éste se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con: a) las prestaciones económicas de invalidez; b) las prestaciones económicas de vejez; c) las prestaciones económicas de supervivencia; y d) las prestaciones económicas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.

Indudablemente, el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2003 es mucho más extenso que el del Convenio Multilateral: mientras que el Reglamento 883/2004 coordina tanto prestaciones contributivas como no contributivas de Seguridad Social, el Convenio Multilateral sólo resulta aplicable a las prestaciones contributivas.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, convenio multilateral, prestaciones contributivas, prestaciones no contributivas, Asistencia Social.

ABSTRACT

The risks covered by the Multilateral Agreement are contained in Article 3, according to it the Agreement will apply to all legislation relevant to the related Social Security branches with: a) economic benefits for disability; b) economic benefits for pensioners; c) economic benefits for widowhood, and d) economic benefits for work-related injuries and occupational diseases.

Undoubtedly the material scope of Regulation 883/2004 is much larger than the Multilateral Agreement: while Regulation 883/2004 coordinates both contributory and non-contributory Social Security benefits, the Multilateral Agreement only covers contributory benefits.

KEYWORDS: Social Security, multilateral convention, contributory benefits, non-contributory benefits, Social Assistance.

SUMARIO

I. AUSENCIA DE DEFINICIÓN “IBEROAMERICANA” DE PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL CONVENIO IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD ES MÁS LIMITADO QUE EL DEL REGLAMENTO 883/2004 EN EL QUE SE INSPIRA

III. EXCLUSIÓN DE LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

A. DESLINDE ENTRE PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS Y NO CONTRIBUTIVAS

IV. LA DIFUSA FRONTERA ENTRE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL

A. LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE SEGURIDAD SOCIAL A LOS EFECTOS DEL REGLAMENTO 883/2004 COMO PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL A EFECTOS DE LA DIRECTIVA 2004/38 EN LA UNIÓN EUROPEA

V. CONCLUSIONES

I. AUSENCIA DE DEFINICIÓN “IBEROAMERICANA” DE PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL

El ámbito de aplicación material del Convenio Multilateral viene determinado por dos términos: legislación y Seguridad Social. Pero mientras que a los efectos de este instrumento internacional encontramos una definición de “legislación” en el artículo 1.1.h): *las leyes, reglamentos y demás disposiciones de Seguridad Social vigentes en el territorio de cada uno de los Estados Parte*, no ocurre lo mismo con el término Seguridad Social, (ni con el término Asistencia Social).

Ello aboca a que para concretar el alcance del concepto de prestación de Seguridad Social (coordinada) y de prestación de Asistencia social (excluida de la coordinación) hayamos de aplicar el artículo 1.2 del Convenio Multilateral que indica que “los demás términos o expresiones utilizadas en el Convenio tienen el significado que les atribuya la legislación aplicable”. Es decir, que habrá tantos conceptos de Seguridad Social y Asistencia Social como Estados en cuyo territorio sea aplicable el citado Convenio Multilateral.

Por el contrario, en el ámbito de la Unión Europea la exigencia de una aplicación uniforme del Derecho de la UE implica que los términos empleados por el Reglamento 883/2004 no pueden ser alterados ni por las peculiaridades propias de los Derechos nacionales, ni por las interpretaciones internas sobre términos empleados por el citado Reglamento. Es decir, que existe un concepto “comunitario” de qué son prestaciones de Seguridad Social coordinadas por el Reglamento 883/2004 y qué son prestaciones de Asistencia Social excluidas de su ámbito de aplicación material. Y dicho concepto “comunitario” aquilatado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, máxime intérprete del Derecho originario y derivado en la Unión Europea, prevalece sobre los conceptos nacionales.

Concluimos, pues, que en el caso del Convenio Multilateral no existe un concepto “iberoamericano” de Seguridad Social o Asistencia Social. Como tampoco existe un tribunal supranacional con las competencias que tiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que pudiera aplicar uniformemente estos conceptos en el ámbito de aplicación territorial del Convenio Multilateral.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL CONVENIO IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD ES MÁS LIMITADO QUE EL DEL REGLAMENTO 883/2004 EN EL QUE SE INSPIRA

Que los redactores del Convenio Multilateral se inspiraron en el Reglamento 883/2004 es más que evidente por el hecho de la coincidencia mimética que existe en la redacción de números artículos de uno y otro.

Esta similitud también se aprecia por lo que se refiere al ámbito de aplicación material del Convenio Multilateral que dedica su artículo 3 a esta materia. De igual modo es el artículo 3 del Reglamento 883/2004 en el que se regula su ámbito de aplicación material en los siguientes términos:

1. El presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con:

- a) las prestaciones de enfermedad;*
- b) las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas;*
- c) las prestaciones de invalidez;*
- d) las prestaciones de vejez;*
- e) las prestaciones de supervivencia;*
- f) las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional;*
- g) los subsidios de defunción;*
- h) las prestaciones de desempleo;*
- i) las prestaciones de prejubilación;*
- j) las prestaciones familiares.*

2. Salvo disposición en contrario del anexo XI, el presente Reglamento se aplicará a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador.

3. El presente Reglamento también se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en el artículo 70.

4. No obstante, las disposiciones del título III no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador.

5. El presente Reglamento no se aplicará:

- a) a la asistencia social y sanitaria, ni*
- b) a las prestaciones respecto a las cuales un Estado miembro asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación, tales como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado miembro en el ejercicio de sus funciones, o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen.*

Tanto en el Reglamento 883/2004 como en el Convenio Multilateral, la invalidez, los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional son enunciados en apartados diferentes y separados. Ello pone en evidencia la existencia de diferentes reglas de coordinación aplicables según la invalidez derive de contingencias comunes o de contingencias profesionales

Aunque la estructura y la terminología empleada por el Convenio Multilateral en su artículo 3 sea muy similar a la del artículo 3 del Reglamento 883/2004, el ámbito de aplicación del segundo es notablemente más extenso:

En primer lugar, el elenco de contingencias coordinadas por el Reglamento 883/2004 es mucho más amplio que el del Convenio Multilateral.

En segundo lugar, el Reglamento 8883/2004 coordina tanto prestaciones contributivas como no contributivas, mientras que el Convenio Multilateral sólo las contributivas.

En tercer lugar, el Convenio Multilateral sólo se aplicará a las prestaciones de Seguridad Social de contenido económico, quedando excluidas las prestaciones en especie. Por el contrario, el Reglamento 883/2004 coordina tanto prestaciones económicas como en especie.

Asimismo, el Reglamento 883/2004 coordina la prestación de asistencia sanitaria.

En relación con la exclusión de las prestaciones médicas del ámbito de aplicación del Convenio Multilateral, y por lo que a España se refiere, hay que tener presente la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha sido objeto de sucesivas reformas. De conformidad con su art. 14.1 “los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”.

Tanto el Reglamento 883/2004 como el Convenio Multilateral excluyen de su ámbito de aplicación material a las víctimas de guerra. No obstante hay que señalar que, por lo que ámbito de la Unión Europea se refiere, el Tribunal de Luxemburgo interpretó en los asuntos Tas-Hagen¹ y Nerkowska² -con fundamento en el artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- que prestaciones destinada a las víctimas civiles de guerra eran exportable a otros Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resultara aplicable.

III. EXCLUSIÓN DE LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Mientras que el Reglamento comunitario 883/2004 sí coordina las prestaciones no contributivas de Seguridad Social (diferenciando entre no contributivas en sentido estricto que son exportables y prestaciones especiales no contributivas que no son exportables), el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social excluye en todo caso de su ámbito de aplicación material a las prestaciones no contributivas.

A. DESLINDE ENTRE PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS Y NO CONTRIBUTIVAS

A tenor de la terminología legal parece lógico considerar que las prestaciones no contributivas han de ser definidas por contraposición a las prestaciones contributivas.

De ahí que la doctrina haya intentado basar los elementos configuradores de la misma en su forma de financiación: prestaciones contributivas serían aquellas que se nutren y a las que se accede en función de cotizaciones directas o indirectas (de sus empresarios) de los beneficiarios o asegurados, mientras que las no contributivas se caracterizarían

¹STJUE de 26.10.2006, -192/05 (Tas-Hagen y R.A. Tas).

²STJUE de 22.5. 2008, - 499/06 (Nerkowska).

por financiarse mediante recursos procedentes de los presupuestos públicos y su obtención no se condiciona a exigencias previas de afiliación y cotización.

No obstante, hay que reconocer que también las denominadas prestaciones “contributivas” participan de rasgos “no contributivos” puesto que el Estado puede intervenir, como ocurre en España, a través de sus presupuestos, en la financiación de los gastos de la Seguridad Social.

A mayor abundamiento, es incuestionable que las cotizaciones abonadas al sistema de la Seguridad Social tienen una naturaleza fiscal, o cuando menos híbrido³. Y si a pesar de ello seguimos contraponiendo el término “cotización” al de “impuesto” es, según SCHULTE “debido a que se espera que las cotizaciones sean aceptadas más fácilmente por los ciudadanos, ya que la gente tiene la sensación de que obtiene algo a cambio de sus pagos, puesto que las cotizaciones están destinadas a los objetivos de la Seguridad Social”.

En el ámbito de la Unión Europea, en la sentencia de 26.10.2016, -269/15 (Hoogstad) el Tribunal de Justicia señaló que “la circunstancia de que una legislación nacional califique un gravamen de “impuesto” no excluye que, con respecto al Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social, ese mismo gravamen pueda considerarse comprendido dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento”. Dicho con otras palabras: para el Tribunal de Justicia “cotización” es todo gravamen que recaiga, o no, sobre los rendimientos del trabajo, los rendimientos sustitutivos de los trabajadores, o los rendimientos del patrimonio, siempre que “el producto de esos gravámenes se afecta directa y específicamente a la financiación de determinadas ramas de la seguridad social en el Estado miembro en cuestión”.

En otro orden de ideas también hay que tener en cuenta que ha sido considerado como un elemento característico de las prestaciones contributivas el que responderían a “la idea central de que la protección del Sistema de Seguridad Social ha de ser proporcional o estar en relación con la aportación económica del sujeto protegido al propio Sistema, sin que influyan otros criterios externos a dicha relación, como la protección real de la situación de necesidad o la eficacia de la protección misma”⁴.

Por el contrario, en el caso de las no contributivas su obtención no se subordina a exigencias de previas cotizaciones ni el importe de la pensión guarda relación con los ingresos anteriores, ya que su cuantía se prevé uniforme. Ni tan siquiera es exigible estar o haber estado en algún momento afiliado al sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, en España resulta perfectamente factible que quien habiendo cotizado insuficientemente para causar derecho a una prestación del nivel contributivo sólo pueda tener derecho a una prestación no contributiva, que lógicamente no sería en

³Bernd Schulte; “La Financiación de los Sistemas de Protección Social en la Europa Comunitaria”. Los Sistemas de Seguridad Social y las Nuevas Realidades Sociales. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1992; p.52.

⁴Santiago González Ortega; “Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social” en: Antonio Ojeda Avilés (Coord.); X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derechos del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Trotta. Madrid; p.200.

ningún caso una “renta de sustitución”. Y, a la inversa, en la legislación española resulta posible que se reconozca el derecho a una prestación “contributiva” sin que resulte exigible acreditar períodos previos de cotización, tal y como ocurre con respecto a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

Por tanto, el criterio de la cotización previa como requisito para causar derecho a una prestación, como GONZALO GONZÁLEZ acertadamente señaló⁵, es “meramente aproximativo pero no concluyente”. Debiéndose, además, tener en cuenta que en determinados países (entre ellos España), al exigirse acreditar para el reconocimiento de una pensión no contributiva la residencia en territorio nacional durante un determinado número de años, e incluso negarse las mismas a quienes fijen su residencia en el extranjero, se podría concluir que sí existe también un vínculo entre el pago de impuestos y las pensiones, entre el número de años de residencia legal exigidos y el nacimiento del derecho a la pensión.

IV. LA DIFUSA FRONTERA ENTRE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL

Establecer conceptualmente la frontera entre Asistencia Social y Seguridad Social, tanto a nivel nacional como de la UE, puede resultar extremadamente difícil como consecuencia de la extensión del ámbito de la Seguridad Social y de la gran evolución sufrida por la Asistencia Social.

En efecto, ésta última ha experimentado una profunda transformación con respecto a épocas pasadas en la que era concebida como una garantía discrecional a favor de personas en situación de necesidad. En la actualidad, por el contrario, se puede afirmar, hablando en términos generales, que la Asistencia Social ha perdido su carácter “graciable”, pasando a configurarse como un derecho subjetivo. Y ello ha motivado que la principal diferencia que existía entre Seguridad Social y Asistencia Social desaparezca.

Por otro lado, la exigencia de una aplicación uniforme del Derecho de la UE implica que los términos empleados por el Reglamento de coordinación no pueden ser alterados ni por las peculiaridades propias de los Derechos nacionales, ni por las interpretaciones internas sobre términos empleados por el Derecho comunitario. Pero ni el Reglamento 883/2004, ni sus precedentes los Reglamentos 1408/71 y 3/58, contienen una definición de Seguridad Social o de Asistencia Social, como tampoco de prestación “contributiva” y “no contributiva”.

A la vista de las consideraciones anteriores, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para poder responder a la cuestión de si una prestación se encuentra incluida en el ámbito material de los Reglamentos de coordinación y, por tanto, puede ser calificada como prestación de Seguridad Social, conviene inspirarse en el objetivo fundamental del vigente artículo 48 del TFUE consistente en implantar las condiciones más favorables para llevar a cabo la libertad de

⁵Bernardo Gonzalo González; “Las Pensiones No Contributivas en Europa”. Documentación laboral nº 27-28/ 1988-1989; p.24.

circulación y empleo de los trabajadores comunitarios en el territorio de cada uno de los Estados miembros.

Por aplicación de tal criterio, el Tribunal de Justicia ha defendido un concepto amplio del concepto comunitario de Seguridad Social y, correlativamente, ha interpretado muy restrictivamente la exclusión de la Asistencia Social del ámbito de la coordinación comunitaria.

Siguiendo una jurisprudencia reiterada cabe afirmar que una prestación podrá considerarse como prestación de Seguridad Social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004.

No obstante, siguen subsistiendo “zonas grises” pues, como el Tribunal de Justicia ha señalado, “determinadas prestaciones contempladas por las legislaciones nacionales pueden pertenecer simultáneamente a la seguridad social y a la asistencia social, debido a su ámbito de aplicación personal, sus objetivos y sus normas de desarrollo.

A. LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE SEGURIDAD SOCIAL A LOS EFECTOS DEL REGLAMENTO 883/2004 COMO PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL A EFECTOS DE LA DIRECTIVA 2004/38 EN LA UNIÓN EUROPEA

La Directiva 2004/38 no contiene una definición legal de prestación de Asistencia Social y, sin embargo, resulta ser ésta la piedra angular que va a modular el derecho de residencia de los ciudadanos inactivos de los Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea.

Y es que, como se infiere de los Considerandos 10 y 16 de la citada Directiva y de sus artículos 7, 14 y 24, el derecho de residencia de las personas no activas incluidas en su ámbito de aplicación que no son residentes permanentes⁶ no puede conllevar que se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida por lo que, llegado el caso ello, podría ser causa de expulsión. Medida que, en cambio, en ningún caso se podrá adoptar contra trabajadores por cuenta ajena o propia, o personas que buscan empleo de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, salvo por razones de orden público o seguridad pública.

Ocurre, sin embargo, que la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta la fecha evidencia que el Tribunal no interpreta de manera uniforme el concepto de Asistencia Social según aplique el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social o, aplique la Directiva 2004/38. Ello ha provocado que prestaciones

⁶El derecho de residencia permanente, una vez obtenido, no debe estar sometido a condiciones, y ello con el fin de que constituya un verdadero instrumento de integración en la sociedad del referido Estado - STJUE 21.12.2011, -424/10 (Ziolkowski y Szeja)-.

de Seguridad Social a los efectos del Reglamento 883/2004 hayan sido calificadas como prestaciones de Asistencia Social a los efectos de la Directiva 2004/38.

Las afirmaciones anteriores se corroboran con las cuestiones prejudiciales Dano⁷, Alimanovic⁸, García Nieto⁹ y Comisión contra el Reino Unido¹⁰.

De las sentencias citadas¹¹ se infiere que el Tribunal considera que el ejercicio del derecho de residencia por los ciudadanos de la Unión puede quedar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros, en concreto, la protección del erario público.

A efectos de la Directiva 2004/38 el Tribunal de Justicia interpreta extensivamente el concepto de Asistencia Social dotándole de un contenido autónomo al concepto de Asistencia Social a efectos del Reglamento 883/2004. Lo concibe como un concepto que engloba a todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida.

V. CONCLUSIONES

El ámbito de aplicación material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad es más limitado que el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 en el que se inspira. Dado que la frontera entre prestación no contributiva de Seguridad Social y Asistencia Social y prestación contributiva de Seguridad Social es difusa, la ausencia de un concepto uniforme de tales términos a efectos del Convenio Iberoamericano puede provocar disfunciones en su aplicación por parte de los Estados que han lo han ratificado.

⁷STJUE de 11.11.2014, -333/13 (Dano). La Sra. Dano, de nacionalidad rumana y residente en Alemania -aunque no tenía reconocida la residencia permanente- carece de cualificación profesional y no había ejercido nunca una actividad profesional en ningún Estado miembro. En tales circunstancias solicita una prestación social alemana que se califica como prestación especial no contributiva en el sentido del artículo 70, apartado 2, del Reglamento 883/2004.

⁸STJUE de 15.9.2015, -67/14 (Alimanovic). En esta cuestión prejudicial no se cuestiona que el derecho de residencia tanto de la Sra. Alimanovic -nacida en Bosnia- como de su hija Sonita -nacida en Alemania- (ambas de nacionalidad sueca) surge de su condición de personas demandantes de empleo. La prestación alemana reclamada por las litigantes fue notificada en el Reglamento 883/2004 como prestación especial no contributiva y tiene por objetivo garantizar los medios de subsistencia mínimos necesarios para llevar una vida acorde con la dignidad humana.

⁹STJUE de 25.2.2016, -299/14 (García Nieto). En esta ocasión son españoles los litigantes y una vez más la prestación alemana reclamada es la misma que en la sentencia Alimanovic, que se califica a efectos del Reglamento 883/2004 como prestación especial no contributiva.

¹⁰STJUE de 14.6.2016, -308/14 (Comisión contra Reino Unido). Las prestaciones en litigio son prestaciones familiares no contributivas de Seguridad Social.

¹¹Estas sentencias son objeto de estudio monográfico por Carrascosa Bermejo, D.; “Libre Circulación de Ciudadanos de la Unión Europea Inactivos y su Acceso a las Prestaciones No Contributivas”. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social nº127/21017.

ARTÍCULO 4

“Igualdad de trato

Las personas a las que, conforme a lo establecido en el artículo 2, sea de aplicación el presente Convenio, tendrán derecho a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones establecidas en la legislación del Estado Parte en que desarrollen su actividad, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Convenio”.

TAHIS GUERRERO PAVÓN

Universidad de Cádiz

RESUMEN

La coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social de los países que han ratificado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 2007, es pieza necesaria para garantizar a los trabajadores migrantes y a sus familias el disfrute de una serie de derechos en el ámbito de la seguridad social. En este marco, el principio de igualdad de trato juega un papel destacado, a través de la aplicación al trabajador migrante de la legislación del Estado de acogida, en las mismas condiciones que a los trabajadores autóctonos, contribuyendo de esta manera a dar continuidad a la consolidación de períodos de empleo, seguro, o cotización, en su caso, necesarios para devengar, incluso, mantener el derecho a prestaciones.

No obstante, la eficacia del principio de igualdad de trato va a verse comprometida o enturbiada por obstáculos externos al propio Convenio. Desigualdades discriminatorias por razón de la nacionalidad en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo y, lo más importante, la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores en la comunidad de Estados iberoamericanos, pueden restar valor a la igualdad alcanzada en el plano de la seguridad social.

PALABRAS CLAVE: Igualdad de trato, discriminación por nacionalidad, seguridad social, libre circulación de trabajadores migrantes, Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

ABSTRACT

The coordination of national social security systems of the countries that have ratified the 2007 Multilateral Ibero-American Social Security Convention, is a necessary instrument to ensure to migrant workers and their family members the enjoyment of some social security rights. The principle of equal treatment plays a main role in this context by applying to migrant workers the State law where they work, under the same conditions as to national workers. This way is possible the consolidation of employment, insurance or contribution periods, which are needed to access to benefits and also to retain the right to benefits.

However, the effectiveness of the principle of equal treatment will be compromised or disturbed by external obstacles to the Convention itself. Discriminatory inequalities on grounds of nationality in access to employment and working conditions and, most importantly, the lack of recognition of the fundamental right to free movement of workers in the community of Ibero-American States, can detract from equality achieved in terms of social security.

KEYWORDS: Equal treatment, discrimination on grounds of nationality, social security, free movement of migrant workers, Multilateral Ibero-American Social Security Convention.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ARTÍCULO 4: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

III. LIMITACIONES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

A. CON ORIGEN EN LO LABORAL

B. A CAUSA DEL NO RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBRE CIRCULACIÓN

IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones internacionales entabladas entre los diferentes países que conforman la Comunidad Iberoamericana, pieza de un proceso más amplio en la actual globalización, constituyen el marco idóneo para la movilidad de personas que, por motivos laborales y profesionales, realizan una prestación de servicios en otro país diferente a aquél del que son nacionales. Esta realidad social demanda articular los mecanismos necesarios no sólo para vigilar, controlar y, en la medida de lo posible, garantizar el respeto de los derechos de los trabajadores migrantes en lo que se refiere –en sentido amplio- a las condiciones laborales de ejecución de su prestación, sino también para procurar que el efecto reflejo de su actividad laboral o profesional en el ámbito de la seguridad social no se vea afectado negativamente en un entorno de movilidad.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad social, de 10 de noviembre de 2007, es el primer instrumento jurídico en esa ámbito geográfico encaminado a garantizar a los trabajadores migrantes y a sus familias el disfrute de determinadas prestaciones sociales, a través de la coordinación de las legislaciones nacionales de seguridad social en materia de pensiones, evitando que la movilidad por razones laborales entre los diferentes Estados de la comunidad iberoamericana suponga un obstáculo a tal fin¹.

La coordinación es una técnica que parte del respeto de las características especiales de las normativas nacionales, estando dirigida a la creación de los mecanismos necesarios para favorecer la compatibilidad entre las mismas, de modo que los trabajadores migrantes que circulan entre distintos países no vean disminuidos, anulados o frustrados sus derechos de seguridad social, en el ámbito material específico que contempla el Convenio. Cada Estado tiene un sistema propio y diferenciado de seguridad social configurado a partir de múltiples factores históricos, sociales, económicos, culturales y políticos. Lejos de pretender unificar o siquiera armonizar los mismos, la coordinación respeta la idiosincrasia de esos sistemas y no interfiere en su estructura, organización y normas de funcionamiento interno, estableciendo unas reglas de actuación cuya finalidad última y primordial consiste en que el trabajador migrante y sus familiares no se vean perjudicados en sus derechos de seguridad social a causa de la movilidad. Esto implica, entre otros aspectos, articular los instrumentos necesarios para garantizar a ese colectivo la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las diferentes legislaciones nacionales de seguridad social para adquirir y mantener el derecho a las prestaciones sociales, calcular las mismas e incluso facilitar su devengo con independencia del país donde residan².

¹El Convenio entró en vigor el 1 de mayo de 2011, estando su eficacia jurídica supeditada al doble requisito de la ratificación por, al menos, siete Estados Parte y la suscripción por los mismos del Acuerdo de Aplicación, condiciones ambas que han sido satisfechas, de momento, por diez países: España y Bolivia (1 de mayo de 2011), Brasil (19 de mayo de 2011), Ecuador (20 de junio de 2011), Chile (1 de septiembre de 2011), Uruguay (1 de octubre de 2011), Paraguay (28 de octubre de 2011), El Salvador (17 de noviembre de 2012), Portugal (21 de julio de 2014) y, recientemente, Argentina (1 de agosto de 2016) y Perú (20 de octubre de 2016).

²Como ha señalado la Secretaría General Iberoamericana con ocasión de la celebración del I Seminario Iberoamericano sobre migración y desarrollo, “en vista de la mayor movilidad de las personas entre los Estados como resultado del proceso de globalización en el ámbito socio-laboral, el principal propósito del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es la conservación de los derechos sociales de los trabajadores migrantes iberoamericanos y sus familias. Mediante este instrumento, las y los

La coordinación así entendida en su proyección social igualitaria se rige por una serie de principios básicos:

En primer lugar, la determinación de una única legislación aplicable, que por regla general es la del Estado Parte en cuyo territorio el trabajador migrante lleva a cabo una actividad laboral o profesional (artículo 9). Para supuestos especiales en que está justificado aplicar otros criterios, se establecen excepciones a la regla general (artículo 10).

En segundo lugar, la totalización de los períodos computables (artículo 5). Es común a los diferentes sistemas de seguridad social exigir el cumplimiento de períodos de empleo, cotización o seguro para acceder a las prestaciones sociales y mantener el derecho a las mismas. Bajo este principio es posible tomar en consideración los períodos cubiertos por el trabajador migrante en diferentes períodos al amparo de distintas legislaciones, aplicando la regla de “prorrata”.

En tercer lugar, la exportabilidad de las prestaciones (artículo 6). Con un trasfondo evidente de movilidad, este principio facilita al trabajador migrante y a sus familiares la conservación de los derechos adquiridos, pese a no tener su residencia en el territorio del Estado cuya Institución ha reconocido la prestación y es responsable de su abono.

En último lugar, el Convenio consagra el principio de igualdad de trato (artículo 4), cuya función consiste en aplicar a los trabajadores migrantes (y sus familias) la legislación de seguridad social del Estado en cuyo territorio trabajan, en las mismas condiciones que a los propios nacionales.

II. ARTÍCULO 4: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

En una primera aproximación, prescindiendo de los factores laborales concurrentes en cada caso, el principio de igualdad de trato supone aplicar la legislación nacional de seguridad social a los trabajadores migrantes, en las mismas condiciones que a los trabajadores nacionales, cuando los primeros ejercen una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en el territorio de ese Estado Parte. Visto así supone la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados Parte del Convenio.

La legislación nacional es la referida a la seguridad social, comprendiendo las leyes, reglamentos y cuantas disposiciones en aquella materia tengan vigencia en el territorio del Estado parte receptor del inmigrante (en este sentido, art. 1.1 h del Convenio). No obstante, lo limitado del ámbito subjetivo y material del Convenio obliga a seleccionar en la legislación nacional únicamente aquellos aspectos que resulten de interés y a los

trabajadores iberoamericanos que aportan a los sistemas de seguridad social de los países del área que han suscrito el Acuerdo de Aplicación, podrán cobrar su pensión o tener cobertura social en aquel país en el que se jubilen. (...) Conviene tomar en cuenta las dificultades reales que enfrentan los países para garantizar su aplicación y la portabilidad de beneficios sociales. Factores como la edad en que los migrantes llegan a trabajar al país de destino, la acumulación de ahorros, el pago de cuotas de ingreso a la seguridad social, las cuotas de contribución al régimen, la temporalidad del trabajo, entre otros, hacen evidente la urgente necesidad de más investigación para profundizar el análisis conceptual y práctico sobre cómo mejorar la aplicación de la portabilidad de los servicios de salud y la seguridad social”. Secretaría General Iberoamericana, I Seminario Iberoamericano sobre migración y desarrollo, “La Movilidad Laboral en Iberoamérica”, Madrid, España, 16 y 17 de julio de 2013, disponible en <http://segib.org/wp-content/uploads/migracion-ESP.pdf>.

que hay que aplicar las reglas de coordinación y, en concreto, el principio de igualdad de trato.

El ámbito subjetivo del Convenio comprende a “las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados Parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes” (artículo 2). Esta formulación, tan genérica en apariencia, en la que estarían incluidos los nacionales de terceros países en tanto presten servicios en alguno de los Estados Parte del Convenio, podría sintetizarse aludiendo, como se ha hecho con anterioridad, a los trabajadores migrantes y a sus familiares. Resulta aún más comprensible de esta manera cuando se advierte que el ámbito material de protección, definido en el artículo 3 del Convenio, refiere “las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones económicas de: invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedad profesional”, que se encuentren incardinadas y reformuladas en “regímenes contributivos de seguridad social, generales y especiales.

Por tanto, el principio de igualdad de trato se aplica a las pensiones contributivas de invalidez, vejez y supervivencia, y a las prestaciones económicas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, lógicamente también de nivel contributivo, unas y otras comprendidas en regímenes generales o especiales de seguridad social³. Por el carácter profesionalizante del nivel protector de seguridad social aludido, como por el tipo de prestaciones contempladas, no es posible concebir un beneficiario de tales prestaciones que no tenga la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia y, en el caso específico de las prestaciones de supervivencia, sus familiares y supérstites.

La legislación aplicable, conforme al artículo 9, es la del Estado Parte en cuyo territorio presta servicios o realiza una actividad profesional el trabajador migrante (*lex loci laboris*) y sin perjuicio de otras reglas especiales aplicables en supuestos concretos (trabajo a bordo de un buque, funcionariado público, etc, artículo 10). Bajo el criterio de la “territorialidad” es posible garantizar de manera más eficaz la igualdad de trato a todas las personas que trabajan en el territorio de un Estado Parte, sean propios nacionales o trabajadores extranjeros. Una vez que la legislación del Estado parte pasa a ser aplicable a un trabajador migrante, entran en juego las condiciones de afiliación y derecho a prestaciones definidas por la normativa nacional de seguridad social.

En virtud del principio de igualdad de trato, la normativa de seguridad social se aplica a los trabajadores migrantes en las mismas condiciones que a los trabajadores autóctonos, generando los derechos e imponiendo las obligaciones que la legislación del país receptor del trabajo del inmigrante señala en el ámbito concreto de la seguridad social contributiva para las prestaciones a que se refiere el Convenio.

El principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad supone no supeditar el acceso a los regímenes (contributivos) de seguridad social a requisitos adicionales en el caso de los trabajadores extranjeros, debiendo proyectarse

³Resulta interesante la previsión que contiene el propio Convenio (artículo 3.5) en el sentido de admitir su extensión a otras prestaciones o regímenes en principio excluidos, siempre que así lo suscriban dos o más Estados Parte a través de un acuerdo bilateral o multilateral, en cuyo caso hay que dejar constancia de tales acuerdos en el Anexo III del Convenio. Al margen de lo anterior, este Convenio convive con los convenios bilaterales o multilaterales vigentes que hubieran sido suscritos entre los Estados Parte, que resultarán de aplicación en aquellas disposiciones que sean más favorables para el beneficiario

ese principio no sólo sobre las reglas que definen el campo de aplicación del sistema y de los regímenes –general y especiales- de protección, sino también sobre los requisitos genéricos y particulares de acceso a las distintas prestaciones, las condiciones de mantenimiento de los derechos adquiridos y de los derechos en vías de adquisición, y el modo de cálculo de su cuantía y abono, como aspectos destacables.

Es frecuente que en el nivel contributivo de protección, la legislación nacional supedita la inclusión en el ámbito de aplicación subjetivo del sistema de seguridad social, y de cada régimen de protección, a dos requisitos: primero, el ejercicio de una actividad asalariada o por cuenta propia en territorio nacional, y segundo, la residencia en el país. La primera condición es característica del nivel de protección señalado, en el que priman los rasgos profesionalizantes (actualización del riesgo o contingencia, afiliación, alta y cotización), sobre los de tipo universal (prueba de un estado de necesidad). La actividad desarrollada por el trabajador vendrá definida por las notas de ajenidad o autonomía en su ejecución, según se trate de un régimen de seguridad social para trabajadores dependientes o asalariados, o un régimen para trabajadores autónomos con otras particularidades, en su caso, derivadas del sector productivo o del tipo de actividad de que se trate. Este requisito como tal, necesario para la afiliación al sistema y alta en el régimen correspondiente, no plantea en principio problemas desde la perspectiva de la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad.

Respecto de la residencia, sin embargo, cabe formular algunas cuestiones conexas con el principio de igualdad de trato. Residir en el país es condición exigible tanto a los trabajadores nacionales como a los como *conditio sine qua non* de su posible integración en el sistema, cuyas reglas son marcadamente territoriales como manifestación de la soberanía de cada Estado, en congruencia con las bases que fundamentan la coordinación de las legislaciones nacionales de seguridad social que contempla el Convenio. Sin embargo, el derecho de residencia que los ciudadanos del país adquieren de forma natural por ser consustancial a su ciudadanía, frecuentemente se modaliza o articula en el caso de los extranjeros a través de la denominada “residencia “legal” en el país donde prestan sus servicios. Esta necesaria connotación entraña el cumplimiento de condicionantes de carácter administrativo (visado de residencia y trabajo, por ejemplo) cuya función es el control de la presencia y estancia del inmigrante en territorio nacional, como paso previo, vía laboral, al reconocimiento de derechos de seguridad social en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales. No quiebra, por tanto, el principio de igualdad de trato la exigencia de residencia regular, manifestándose plenamente la igualdad en el acceso a los derechos y obligaciones de seguridad social en las mismas condiciones que los nacionales, una vez superados esos controles administrativos, cuya justificación estriba en razones de orden público y seguridad.

En el acceso a las prestaciones, la igualdad de trato se dispensa una vez verificadas idénticas condiciones a trabajadores nacionales y extranjeros, por tanto, sin discriminación en base a la nacionalidad, ya sea la afiliación, alta, cobertura de un período de carencia, en su caso, o el cumplimiento de los requisitos particulares de cada prestación, como la valoración y calificación de la reducción de la capacidad laboral o su agravación en la pensión de invalidez, la edad para la pensión de jubilación o el vínculo de parentesco (o relación de afectividad en parejas de hecho) con el causante de la prestación en el caso de las prestaciones de muerte y supervivencia, entre otros.

El Convenio conjuga (artículo 5) la posible exigencia por las legislaciones nacionales de períodos de seguro, de cotización o de empleo para determinar de qué forma entra en juego el principio de totalización, en virtud del cual cada Estado Parte debe tener en cuenta aquellos períodos cubiertos no sólo en su territorio, sino también en el de otros países miembros con la finalidad de favorecer el acceso, la conservación y, en su caso, la recuperación de los derechos. Contempla así mismo el Convenio la posibilidad de que las legislaciones nacionales combinen el cumplimiento de esos períodos con el momento en que se produce el hecho causante de la prestación (artículo 13), aspectos sobre los que necesariamente rige el principio de igualdad. Buscando en este terreno el paralelismo entre el Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad social y el Convenio 118 de la OIT sobre igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social (1962)⁴, llama la atención que su artículo 4 establece la regla de la igualdad de trato *sin condición de residencia* en el acceso a las prestaciones⁵, admitiendo, sin embargo, excepciones al principio de igualdad de trato respecto de las prestaciones de supervivencia, cuyo reconocimiento pueden supeditar los Estados miembros *a haber residido en su territorio por un período*, como máximo, de cinco años consecutivos inmediatamente anterior al hecho causante. Previsión análoga es inexistente en el Convenio Iberoamericano.

Por último, las condiciones de pago de las concretas prestaciones a que se refiere el Convenio Iberoamericano no pueden establecer diferenciaciones entre beneficiarios nacionales o extranjeros procedentes de otro Estado Parte, a los que se haya reconocido la prestación. Observar adecuadamente el principio de igualdad de trato implica que rija la misma regla cuando el beneficiario de la prestación reside en otro Estado Parte, o incluso en un tercer país, enlazando así con el principio de exportabilidad de las prestaciones, básico en la coordinación de legislaciones nacionales de seguridad social. Una vez satisfechos los requisitos de acceso a las prestaciones impuestos por la legislación nacional correspondiente, la Institución del Estado Parte que sea responsable de su abono deberá garantizar a los trabajadores nacionales y a los trabajadores migrantes de todo Estado Parte el pago de las prestaciones, aun en caso de residencia en el extranjero.

III. LIMITACIONES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

Tras el análisis practicado, es posible detectar los límites con que se enfrenta la igualdad de trato prevista en el marco del Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad social. Algunas limitaciones exceden del ámbito del propio Convenio y podrían situarse en una esfera netamente laboral, con proyección en el ámbito de la seguridad social. Otras derivan de la falta de reconocimiento formal y material del derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores, al menos entre los Estados Parte del Convenio.

A. CON ORIGEN EN LO LABORAL

Los trabajadores extranjeros pueden encontrar dificultades para acceder a un empleo en el territorio de otro Estado cuando la propia normativa de éste o su práctica

⁴A pesar de la relevancia de la temática y el detalle en su tratamiento, el Convenio 118 de la OIT sólo ha sido ratificado por tres países de los partícipes en el Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad social: Brasil, Ecuador y Uruguay.

⁵Literalmente, dice: “En cuanto concierna al beneficio de las prestaciones, deberá garantizarse la igualdad de trato sin condición de residencia”.

administrativa limita la oferta y demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio a condiciones específicas para los extranjeros que no rigen para los trabajadores nacionales, como determinados criterios médicos, profesionales u otros en razón de la nacionalidad. En ocasiones, bajo una aparente igualdad entre trabajadores nacionales y extranjeros, sin embargo, las normas nacionales o prácticas convencionales pueden ocasionar también por defecto la exclusión de los extranjeros de la oferta de empleo. Normas y prácticas administrativas excluyentes o diferenciadoras son la que diseñan procedimientos especiales de contratación para los extranjeros, las que subordinan el acceso al empleo a requisitos de inscripción en las oficinas de colocación, las que condicionan la contratación nominativa de trabajadores a personas que residen en el territorio del Estado, incluso las que limitan en número o porcentaje el empleo de los extranjeros por empresa, rama de actividad o área geográfica.

Los trabajadores migrantes en general están más desprotegidos laboralmente en el mercado laboral de otros Estados porque, a falta de un marco legal que proteja decidida y eficazmente sus derechos bajo el reconocimiento del principio de igualdad de trato, son proclives a ocupar una posición más vulnerable en comparación con los trabajadores nacionales, en lo relativo a las condiciones de empleo y de trabajo, y especialmente en materia de retribución, bien por ocupar puestos de trabajo menos cualificados, o por emplearse en ocupaciones o sectores productivos caracterizados por bajos salarios, o por acceder en condiciones de irregularidad al mercado de trabajo, sin mencionar su disponibilidad a emplearse en el sector formal sin cotizar. Sea como fuere, la conexión directa entre salario, base de cotización y base reguladora de prestaciones, pondrá de manifiesto cómo comportamientos contrarios a la igualdad de trato y no discriminación a causa de la nacionalidad en el ámbito estrictamente laboral tienen su reflejo en la esfera de la seguridad social, en este caso concreto afectando negativamente al cálculo de la cuantía de las prestaciones sociales.

B. A CAUSA DEL NO RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBRE CIRCULACIÓN

La precariedad de los trabajadores migrantes en el mercado laboral de otros Estados o la menor o más difícil protección de sus derechos laborales, viene favorecida por la inexistencia de un reconocimiento formal y material del derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores entre los Estados suscriptores del Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad social.

En el plano internacional, es inequívoco el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes y sus familiares. Prueba de ello lo constituyen varios convenios de la OIT centrados en la protección de los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores migrantes y de sus familias⁶, y especialmente la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990).

El preámbulo de esta última norma ha destacado que “la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares (es) debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo”. La situación es más

⁶Convenios 97 y 143 sobre trabajadores migrantes, de 1949 y 1975 respectivamente, y Convenio 118 sobre igualdad de trato en seguridad social, de 1962

grave para los trabajadores en situación irregular que, al no contar con la documentación debida, son objeto de frecuentes abusos por las empresas que los contratan, aplicando unas condiciones laborales menos favorables que las ordinarias, con la finalidad de obtener beneficios de una competencia desleal.

En un texto profuso y muy elaborado de indudable valor jurídico, la meritada Convención consagra entre otros derechos igualmente interesantes para el trabajador migrante y sus familiares, la “libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y (el derecho) a escoger libremente en él su residencia” (artículo 39). Pese a su incuestionable valor en defensa de los intereses de los trabajadores migrantes, esta norma internacional se enfrenta al clásico problema de la falta de voluntad política, capacidad o recursos para darle efectividad jurídica, manifestada a través del escaso número de ratificaciones registradas, de momento, por parte de los Estados; a título ilustrativo, de Iberoamérica pocos países han ratificado la Convención⁷, constatándose que no son los que reúnen mayor población migrante.

Es indudable que un amplio reconocimiento de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes podría contribuir a mejorar sus condiciones de trabajo y, derivadamente, a desincentivar la práctica de contratar trabajadores en situación irregular. Para la salvaguardia de los derechos humanos, el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho interno, estando obligado cada Estado a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminarlas en su caso y combatir las prácticas discriminatorias”⁸.

La consagración de la libre circulación como derecho fundamental conlleva garantizar a los trabajadores y sus familias una expectativa de mejora de sus condiciones de vida y de trabajo, generando indudables beneficios en las economías de los Estados receptores de tales migrantes. El reconocimiento por los Estados Parte del Convenio Iberoamericano de seguridad social del derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores en el conjunto de sus territorios, debería traer consigo la garantía de la igualdad de trato en todo lo relacionado con el ejercicio de una actividad laboral o profesional, la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de aquellos Estados con respecto al empleo, las condiciones laborales y los aspectos de seguridad social antes comentados.

La libre circulación se traduce en el derecho de todo trabajador a desplazarse por el territorio de otros Estados Parte para responder a ofertas efectivas de empleo, disfrutando de la misma prioridad en el empleo que los trabajadores nacionales, pudiendo residir en el Estado de su elección para ocupar en él un puesto de trabajo, siempre bajo la normativa nacional aplicable a los trabajadores autóctonos, e incluso

⁷En concreto, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Perú y Uruguay.

⁸Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Condición Jurídica y Derechos de los Inmigrantes Indocumentados”, 23 de septiembre de 2003, párr. 88, citado por Chueca Sancho, A. G. y Aguelo Navarro, P.; “Contenido y Límites del Ius Migrandi”. Revista Electrónica Iberoamericana, vol. 7, nº 2, 2013.

Disponible:

https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_7_2013_2/REIB_07_02_Pascual%20Aguelo.pdf

permanecer en el mismo al término de su vida profesional, estando así mismo garantizada la integración de la familia del trabajador en el país de acogida.

Bajo estos parámetros, tanto la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros en todo lo relacionado con el empleo y el ejercicio de una actividad laboral o por cuenta propia, como la coordinación de las legislaciones nacionales de seguridad social garantizando la igualdad de trato sin discriminación por nacionalidad, se constituyen en instrumentos al servicio de la libre circulación que, en definitiva, contribuyen a mejorar el nivel de vida y las condiciones de trabajo de los migrantes y sus familias⁹.

IV. CONCLUSIÓN

La falta actual de un marco de libre movilidad entre los países Iberoamericanos¹⁰ dificulta el respeto de los derechos laborales fundamentales de los trabajadores migrantes y favorece la perpetuación de comportamientos discriminatorios desde su selección, en la contratación y en las condiciones de trabajo, lo cual debe preocupar desde el plano de la seguridad social donde aquéllos tienden a proyectarse, pudiendo poner en entredicho la eficacia de la igualdad de trato que consagra el Convenio iberoamericano en materia de pensiones, fundamentalmente, paso que, consolidado, debería alentar una cobertura social integradora.

No obstante esta situación, debe reconocerse que los Estados iberoamericanos están inmersos en un proceso de preparación de las condiciones idóneas para diseñar un marco de movilidad laboral. Aspectos como la coordinación de información entre las administraciones de los distintos Estados, el reconocimiento mutuo de títulos, el acceso a la protección social y la protección de los derechos humanos, son tratados a nivel subregional con mayor o menor éxito y enfrentándose por lo general a retos derivados de políticas poco transparentes en materia de migración laboral y de la falta de colaboración interestatal en este terreno.

De la misma manera que en otros lugares del mundo, la liberalización de la movilidad de personas se está desarrollando en la comunidad iberoamericana dentro del contexto de procesos de integración subregional con distintas magnitudes, como el Sistema de Integración Centroamericano (SICA), que se crea con la suscripción del Protocolo de Tegucigalpa firmado en 1991; la Comunidad Andina de Naciones (CAN), que es expresión del proceso de integración iniciado con la suscripción del Acuerdo de Cartagena en 1969, o el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), que constituye un espacio regional económico con el objetivo de crear un mercado común en el Cono Sur.

⁹En esta línea, aunque reconducido al ámbito de Mercosur, se pronuncia Pérez Vichich, N., "MERCOSUR: La Libertad de Circulación de Trabajadores en Debate". Revista de Relaciones Internacionales nº 12, Publicación del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, disponible en <http://www.revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1891>

¹⁰El reconocimiento de la libre circulación de trabajadores en Iberoamérica es un proceso iniciado y en marcha, pero no concluido. Un estudio de ese proceso se encuentra en Chueca Sancho, A. G., "La Libre Circulación de Personas en Suramérica: Una Aproximación". Revista electrónica Iberoamericana, 2008, vol. 2, nº 1, disponible en <https://www.urjc.es/ceib/numeros-editados#numero-1-enero-junio-2008>

La implementación de la libre circulación de personas, incluyendo la movilidad laboral, se encuentra en etapas diferentes y con más o menos logros en su haber en cada una de estas subregiones, resultando interesante a estos efectos el estudio llevado a cabo por la Secretaría General Iberoamericana sobre los principales sistemas de integración regional y su aportación a la libre circulación de trabajadores ¹¹.

Con todo, consideramos que el futuro es, cuando menos, esperanzador. El Convenio Iberoamericano de seguridad social constituye de momento un paso firme y decidido en el proceso hacia el afianzamiento de la libre circulación de trabajadores en la comunidad iberoamericana. Con el inestimable apoyo y guía de los instrumentos internacionales a que hemos aludido y la voluntad política de los Estados concernidos, confiamos que haya nuevos pasos y avances culminando pronto este proceso con éxito garantizado, en beneficio de tantos millones de inmigrantes que buscan una mejor oportunidad de vida y de trabajo en tierra extranjera.

A estos efectos, la Unión Europea es un modelo a seguir.

¹¹En Centroamérica, hasta la fecha, no se prevé en este espacio de libre circulación comercial del SICA mecanismos que faciliten la libre movilidad de trabajadores migrantes. La Comunidad Andina de Naciones (CAN) es el principal instrumento andino que tiene como objetivo establecer normas que permitan la gradual y libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la subregión con fines laborales bajo relación de dependencia, y establece el principio de igualdad de trato y de oportunidades para todos los trabajadores migrantes. A efectos de movilidad laboral resulta decisiva la “Decisión 545”. Los intentos más elaborados hasta el momento parecen haberse forjado en el ámbito de MERCOSUR, en el marco de las reuniones de los Ministerios de Interior y Justicia celebradas en 2009, se adoptó el Acuerdo de Residencia y Libre Circulación de los países de Mercosur y dos países asociados: Bolivia y Chile. El Acuerdo se dirige a la regularización de los migrantes en situación irregular y reconoce, con base a su nacionalidad, el derecho de movilidad, residencia, y acceso a las actividades económicas. La movilidad laboral por cuenta propia o bajo relación de dependencia está reconocida, en igualdad de condiciones a los nacionales del Estado Parte, incluyendo el acceso al mercado laboral, condiciones de trabajo, seguro social, y reunificación familiar. En mayo de 2013 se aprobó el Plan Regional de Facilitación de la Circulación de Trabajadores del MERCOSUR, el cual reconoce que la libre circulación de trabajadores es una condición indispensable para la consolidación de un mercado laboral regional. Dado que las medidas del plan son recientes, todavía no se han implementado. Secretaría General Iberoamericana, I Seminario Iberoamericano sobre migración y desarrollo, “La Movilidad Laboral en Iberoamérica”. Op cit.; pp. 26 y ss.

ARTÍCULO 5

“Totalización de los períodos

Salvo disposición en contrario del presente Convenio, la Institución Competente de un Estado Parte cuya legislación condicione la admisión a una legislación, la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones, el acceso o la exención del seguro obligatorio o voluntario, al requisito de haber cubierto determinados períodos de seguro, de cotización o de empleo, tendrá en cuenta, si fuese necesario, los períodos de seguro, de cotización o de empleo acreditados por la legislación de cualquier otro Estado Parte, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha Institución aplica y siempre que no se superpongan”.

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

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

RESUMEN

El presente trabajo se centrará en el análisis del artículo 5 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social "Totalización de los períodos" y del art. 14 "Normas generales sobre totalización de períodos de seguro, de cotización o de empleo", del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 11 de septiembre de 2009. También, por su interés, se harán las oportunas observaciones en relación con el art. 6 y concordantes del Reglamento 883/2004, 29 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo dado que el Convenio Multilateral en su aplicación pudiera entrar en concurrencia con el mismo, puesto que dos de los estados miembros de dicho Convenio Multilateral (España y Portugal) son también Estados miembros de la Unión Europea. También hay que destacar la importante influencia que el Reglamento 883/2004 ha tenido sobre el Convenio con independencia de las importantes diferencias que entre uno y otro pudieran advertirse.

PALABRAS CLAVE: Totalización de períodos de seguro, de cotización, empleo o residencia, Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, Reglamento 883/2004.

ABSTRACT

This paper will focus on the analysis of article 5 of the Multilateral Iberoamerican Agreement on Social Security "Aggregation of periods" and of article 14 "General rules on aggregation of periods of insurance, contribution or employment", of the Agreement on the Application of the Multilateral Agreement on Social Security of 11 September 2009. Also, for its importance, observations will be made with regard to article 6 and related provisions of Regulation 883/2004, 29 April, of the European Parliament and of the Council, as far as the Multilateral Agreement in its application could enter into concurrence with it, since two of the member States of that Multilateral Agreement (Spain and Portugal) are also Member States of the European Union. It should also be underlined the important influence that Regulation 883/2004 has had on the Multilateral Agreement regardless of the significant differences between both of them.

KEYWORDS: Aggregation of periods of insurance, employment, self-employment or residence, Implementing Agreement on the Multilateral Iberoamerican Agreement on Social Security, Regulation 883/2004.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA TOTALIZACIÓN DE LOS PERÍODOS

A. DE SU FINALIDAD

B. DE LO QUE SE ENTIENDE COMO PERÍODOS DE SEGURO, DE COTIZACIÓN, O EMPLEO

C. DEL ALCANCE DE LA TOTALIZACIÓN DE LOS PERÍODOS

D. DE CUÁNDO Y CÓMO ACUDIR A LA TOTALIZACIÓN

E. DEL ÁMBITO TEMPORAL QUE COMPRENDE

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los pilares o principios fundamentales, sobre los que suele asentarse un convenio bilateral o multilateral en materia de Seguridad Social, suele ser el de conservación de los derechos adquiridos o de aquellos que se encuentren en vías de adquisición. El primero no significa otra cosa que el trabajador migrante se mantendrá en el disfrute de sus prestaciones con independencia de su nacionalidad y del lugar de su residencia, siempre que se resida en el territorio de los estados que hayan suscrito el convenio. A esto es lo que se le conoce como la posibilidad de exportar las prestaciones. El segundo, es otra cosa distinta y trata de dar respuesta a las dudas que pueden surgirle a los trabajadores migrantes, de si conservaran sus derechos expectantes cuando abandonen su país de origen y también la posibilidad de generar un derecho se verá truncada por el abandono del país donde venían trabajando¹. Esto último será lo que aquí sea objeto de análisis.

La totalización en su vertiente conservación de los derechos en curso de adquisición se materializa por un lado en la **totalización** de los períodos de seguro realizados tanto en el país de otro estado parte del convenio, como los llevados a cabo en el país donde acaece el hecho causante origen de la prestación que se pueda demandar. Esta totalización afecta tanto a que con ello se pueda acceder a la prestación, como su toma en consideración para la determinación de la cuantía de la prestación. La segunda manifestación viene derivada de que su aceptación tiene consecuencias económicas tanto para el país que reconoce la prestación como para el que recibió cotizaciones pero no le corresponde reconocer, lo que se relativiza con la aplicación de la **prorrata** entre los estados para repartir las responsabilidades prestaciones. Y podría hablarse de un tercero, el de reglas de **anti cúmulo**, es decir, que la totalización no puede servir para disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de tiempo.

Este principio de conservación de los derechos en vías de adquisición se encuentra recogido en el artículo 5 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 10 de noviembre de 2007 (en lo sucesivo “Convenio”)², en su expresión de la totalización de los períodos de seguro, cotización o de empleo³ cumplidos en cualquiera de los estados que sean parte del convenio por aquel otro estado en el que se solicite la prestación (art. 5 del Convenio); y por otro, en la aplicación de la prorrata entre los estados para repartir las responsabilidades económicas (art. 13 del Convenio).

Aquí nos centraremos en el análisis de ese art. 5 “*Totalización de los períodos*” del Convenio y del art. 14 “*Normas generales sobre totalización de períodos de seguro, de cotización o de empleo*”, del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 11 de septiembre de 2009 (en lo sucesivo el Acuerdo). Sin in perjuicio de la necesaria remisión a aquellos preceptos del Convenio o

¹Ver AA.VV.: La Protección Social de los Trabajadores Extranjeros. Proyecto investigación expediente FIPROS-2006/94, investigador responsable Santiago González Ortega. MTAS, 2007; pp. 24-25.

²Un estudio general del Convenio puede verse en Vidal Amaral, A.F.; Bortagaray Flangini, A.A; y Burgeño Álvarez, M.I.: Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. OISS. Madrid. 2012.

³Los otros serían igualdad de trato, no acumulación de prestaciones, exportabilidad de las mismas y coordinación administrativa.

del Acuerdo que hagan referencia al mismo. También, por su interés, se harán las oportunas observaciones en relación con el art. 6 y concordantes del Reglamento 883/2004, 29 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo⁴ dado que el Convenio en su aplicación pudiera entrar en concurrencia con el mismo⁵, puesto que a dos de los estados miembros de dicho Convenio (España y Portugal) les resulta también de aplicación el Reglamento Comunitario y también por la importante influencia que el Reglamento ha tenido sobre el Convenio con independencia de las importantes diferencias que entre uno y otro pudieran advertirse⁶.

El art. 5 del Convenio dice así:

Salvo disposición en contrario del presente Convenio, la Institución Competente de un Estado Parte cuya legislación condicione la admisión a una legislación, la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones, el acceso o la exención del seguro obligatorio o voluntario, al requisito de haber cubierto determinados períodos de seguro, de cotización o de empleo, tendrá en cuenta, si fuese necesario, los períodos de seguro, de cotización o de empleo acreditados por la legislación de cualquier otro Estado Parte, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha Institución aplica y siempre que no se superpongan.

⁴Teniendo en cuenta también el Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre, del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se adoptan las normas de aplicación de dicho Reglamento.

El art. 6 del Reglamento 883/2004, 29 de abril, dice así:

“Artículo 6. Totalización de los períodos

Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine:

la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones, la admisión a una legislación,

o

el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado,

al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica.”

⁵Sobre la influencia y posible concurrencia del Reglamento 883/2004 con el Convenio Multilateral y Reglamento véase 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 Vol.1, nº1/2016, pp. 9 y 10.

También puede verse, OISS: El Reglamento 883/04 y el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social.

Encuentros en el Camino. Se puede consultar en:

www.oiss.org/IMG/pdf/oiss_junio_zufiaur_docx_hot_24_junio_ULTIMA-2.pd.

⁶Sánchez-Rodas Navarro, C.: Op. cit., pp. 7 y ss., nos señala algunas de ellas: la ausencia de una asociación política de estados que no se da en el ámbito iberoamericano, el distinto ámbito territorial, el carácter de tratado internacional del Convenio Multilateral frente a una norma de derecho derivado como es el Reglamento Comunitario y la existencia en el ámbito europeo de un tribunal supranacional (TJUE) cuyos fallos deben de ser acatados por los estados, algo que no ocurre en el ámbito del Convenio Multilateral que serán los tribunales de los estados los únicos competentes para su aplicación.

II. LA TOTALIZACIÓN DE LOS PERÍODOS

A. DE SU FINALIDAD

En general, cuando se habla de este principio, se viene denominándolo con una fórmula más simple o reducida la de totalización de los períodos de cotización, que aunque no es lo mismo –más adelante se volverá sobre ello- si nos da una idea de que es lo que se pretende o cual es la finalidad de dicha totalización. Se busca con la misma impedir la pérdida del derecho a prestaciones de una persona o de sus causahabientes, que han estado sujetos a la legislación de distintos estados parte del convenio. En definitiva de reconocerles el derecho a que se tenga en cuenta los períodos de cotización llevados a cabo en tales estados para configurar su derecho a las prestaciones⁷.

B. DE LO QUE SE ENTIENDE COMO PERÍODOS DE SEGURO, DE COTIZACIÓN, O EMPLEO

El art. 1.1 letra 1) del Convenio que se ocupa de las “Definiciones” dice que el significado de períodos de seguro, de cotización, o empleo es:

“Todo período definido como tal por la legislación bajo la cual ha sido cubierto o se considera como cubierto, así como los períodos asimilados, siempre que sean reconocidos como equivalentes a los períodos de seguro por dicha legislación”.

En definitiva pocas pistas nos da a la hora de conocer que debemos de entender por ello.

En realidad esto era esperable, ya que no debe olvidarse que el Convenio no tiene un propósito de armonización de normas. Si no que se parte de que cada Estado debe de aplicar su propia legislación en la materia. Será en definitiva cada Estado el que determine que debe entender por período de seguro, de cotización o empleo y por tanto cotizado. Eso podría llevar a pensar en posibles conflictos entre los estados a la hora de tener que asumir por cotizado lo que en el estado en que se solicita la prestación no se considera como tal. Pero en la práctica todo queda relativizado –a lo mejor no en toda su dimensión- a la hora de determinar la prestación y que parte asumirá cada estado implicado.

Podría también plantearse el alcance de las expresiones períodos de seguro, de cotización y empleo ya que si mirásemos que piensa de ello, el sistema de seguridad social española, se llegaría fácilmente a entender que son cosas distintas. En España no se utiliza la expresión período de seguro como tal. Guardaría cierto parecido con la expresión genérica de sujeto incluido en la Seguridad Social, pero tampoco eso significa que haya cotización de por medio. Se puede estar asegurado/protegido/-incluido en el sistema sin mediar cotización (por ejemplo un desempleado que no percibe prestaciones económicas). Tampoco se utiliza la expresión período de empleo, al menos como similar período cotizado, pues no sería exacto, puede una persona estar empleado en el sentido de tener una relación laboral latente, pero no implica necesariamente que se esté cotizando. En cuanto a los períodos asimilados a cotizados es un tema muy variopinto, sirva de ejemplo que en España que se tienen por asimilados períodos tales como: los

⁷Supongamos que un trabajador ha cotizado 10 años y 12 años en los estados A) y B) respectivamente y el período mínimo exigible para acceder a la pensión X en ambos sea de 15 años. En esta situación en ninguno de ellos podría acceder a la pensión X, con la totalización tendría derecho a la pensión en ambos estados (prorrataada).

días asimilados por parto o los períodos de excedencia por cuidado de hijo o familiar, etc.

Habrán que estar al sistema de seguridad social de cada país que determinará que se entiende como cotizado o asimilado y por tanto computable a efectos prestacionales.

Si acudimos a la normativa comunitaria, podemos encontrar más pistas, así el art. 1 “Definiciones” del Reglamento 883/2004, 29 de abril, letras t), u), v) dice así:

t) «*períodos de seguro*»: los períodos de cotización, o de actividad por cuenta ajena o propia, tal como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro;

u) «*períodos de empleo*» o «*períodos de actividad por cuenta propia*»: los períodos definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual hayan sido cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de empleo o a los períodos de actividad por cuenta propia;

v) «*períodos de residencia*»: los períodos definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual hayan sido cubiertos o sean considerados como cubiertos;

C. DEL ALCANCE DE LA TOTALIZACIÓN DE LOS PERÍODOS

a) Tiene un sentido amplio, pues comprende:

1) La totalización de los períodos de cotización para la adquisición de una prestación.

Es el supuesto más común y vendrá a consistir acudir a la totalización cuando la legislación de un estado fije un período mínimo de cotización necesario para acceder a una prestación.

2) Totalización para la conservación.

Se trata de un supuesto que para el sistema español de Seguridad Social puede resultar extraño. No parece que esta figura sea trasladable al mismo ya que una vez que se causa una prestación esta se mantiene mientras no se extinga y la cotización pasada nada le afecta. A no ser que se esté pensando en aquellas prestaciones en que las cotizaciones tomadas en cuenta para el acceso a una prestación, una vez utilizadas se “agotan” o “consumen” y no sirven para generar una nueva prestación similar a la agotada (es el caso de nuestras prestaciones por desempleo o un supuesto particular de la prestación de incapacidad temporal), pero ya no hablaríamos de conservación de la prestación. Podría considerarse que no se está refiriendo a la totalización de cotizaciones, sino de períodos de alta en un sistema o de residencia en uno de los estados parte para poder mantener una prestación, algo así como en tiempos pasados se establecía en España para conservar el derecho a la asistencia sanitaria durante un determinado período de tiempo⁸.

3) Totalización para el acceso o la exención del seguro obligatorio o voluntario.

⁸ D. 2766/1967, de 16 de noviembre.

Aquí parece que podríamos estar, en el caso del sistema español de Seguridad Social, a los requisitos de cotización mínima previa para mantener la cobertura del sistema de forma voluntaria vía Convenio Especial⁹.

La finalidad que se adivina de la redacción de este precepto es abarcar o comprender cualquier caso que la legislación de un estado establezca en orden a la exigencia de la cobertura de un período de cotización, bien en el acceso, en su conservación o en su recuperación y que los mismos se hubieran cumplidos en otro estado, pese a la compleja redacción del precepto.

El principio se manifiesta en definitiva en totalizar las cotizaciones, contar con ellas para la determinación de la base reguladora y para determinar su importe.

b) Una excepción obvia. La superposición de períodos

Que las cotizaciones, empleos o períodos de aseguramiento a tomar en consideración no se superpongan. En el sistema de Seguridad Social española, es regla común para cualquier prestación, son computables todas las cotizaciones que se hayan realizado salvo que las mismas se lleguen a superponer. La situación es difícil pero no imposible (podría darse el caso de que se mantenga la carrera de seguro viva en un país sin actividad laboral o profesional y además se trabaje o desarrolle una actividad profesional en otro distinto)¹⁰.

Como quiera que ello puede llegar a ser complejo e imposible determinar si hay o no superposición, ante la duda se presumirá que dichos períodos no se superponen entre sí con los cumplidos en otros Estados parte (art. 15.4 del Convenio).

c) Unas situaciones especiales:

En caso de períodos cortos de aseguramiento.

El art. 14 del Convenio establece las siguientes previsiones respecto de dichos períodos:

1.º) Si la duración de los períodos de seguro, cotización o empleo no alcanza un año y con arreglo a la legislación de un Estado no se alcanza derecho a la prestación económica pretendida, dicho Estado no tendrá que reconocer prestación alguna por dicho período.

2.º) Tales períodos se tendrán en cuenta –se supone que se refiere a los de duración inferior a un año–, por los otros estados parte para reconocer el derecho y la determinación de la cuantía de la pensión según su propia legislación. Adviértase que se refiere a pensiones y no a prestaciones en general. A tenor del art. 1.1 k) y art. 3.1 parece que se refiere a las prestaciones económicas de larga duración. Quedarían en consecuencia excluidos los subsidios.

3.º) Pese a lo dicho anteriormente, cuando los períodos acreditados en cada uno de los Estados parte sean inferiores a un año, pero totalizándolos los mismos fuera posible adquirir el derecho a prestaciones bajo la legislación de uno o varios Estado parte,

⁹ Véase en el caso de España el art. 3 de la Orden TAS/2856/2003, de 13 de octubre.

¹⁰El art. 6 del Reglamento 883/2004 y el art. 12 Reglamento 987/2009, fijan como criterio en caso de superposición de períodos que prevalecen los obligatorios sobre los voluntarios y los voluntarios sobre los asimilados.

procederá entonces la totalización, de acuerdo con lo normado en el art. 13.1 b) del Convenio.

Se trata de una cláusula común en los convenios internacionales cuyo fin parece que es evitar la búsqueda especulativa o fraudulenta del foro que más pueda interesar al trabajador (apartado 1º). Ahora bien eso no impide que otros Estados parte puedan considerar esos períodos como computables y por tanto totalizarlos (apartado 2º). Sin embargo ese impedimento (el previsto en el apartado 1º) se entiende salvado si el trabajador acreditase también períodos inferiores de seguro a un año en otro Estado. En tal caso los estados implicados procederán a su totalización (apartado 3º).

Parece que en definitiva nos está diciendo que cuando estemos ante el supuesto previsto en el apartado 1º antes reseñado, procede automáticamente la totalización y el consiguiente –caso de que se reúnan los requisitos- a la prorrata entre Estados.

Para incorporarse a un seguro voluntario

El art. 12 del Convenio señala que procede la totalización de los períodos de seguro, cotización o empleo en otro Estado parte del convenio cuando sean requeridos períodos de seguro para ello, siempre que estos sean anteriores al voluntario ahora a suscribir.

D. DE CUÁNDO Y CÓMO ACUDIR A LA TOTALIZACIÓN

Una regla general

A la totalización se puede acudir cuando ello sea necesario¹¹. Es decir, si se reúnen las condiciones para obtener una prestación aplicando únicamente la legislación propia, no hay necesidad de ello, aunque pudieran totalizarse. O también, cuando aún no siendo necesaria, lo solicite el propio beneficiario porque le pueda resultar más favorable¹².

El problema surge cuando hay dudas acerca de cuál sea el camino a seguir más conveniente para el beneficiario. Es decir, si le interesa o no recibir una pensión aplicando la totalización y el consiguiente prorrateo en su liquidación; o le es más interesante recibirla aplicando la legislación de un estado sin totalización.

¹¹Este aspecto que no parece que debería dar lugar a controversias sin embargo en la práctica es objeto de debate, véase en este sentido la postura de Chile sobre el particular recogida en el Acta de la III Reunión de la Comisión Jurídica del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, celebrada en Santiago de Chile el día 8 de julio de 2015. Por parte de España “*se entiende que la totalización puede ser realizada aunque la persona reúna tiempo de seguro, cotización o empleo suficiente para tener derecho a la prestación sin que sea necesario recurrir a la totalización de los períodos, posición igualmente compartida por Uruguay, Portugal y Brasil*”. La postura de la delegación chilena es que “*que el mecanismo de la totalización de los períodos de seguro se aplica exclusivamente en el evento que el trabajador no reúna el tiempo mínimo exigido por la legislación interna para acceder a la pensión*”. Al existir divergencia de criterios entre los miembros de la Comisión, ésta resolvió otorgar un plazo de tres meses para recibir propuestas y ejemplos de acuerdo al alcance de la interpretación del art. 13.1 del Convenio y discutir este tema en la próxima reunión de la Comisión Jurídica.

¹²Es decir supongamos que un trabajador ha cotizado 10 años en el estado A) y 16 en el estado B. Ambos estados exigen para lucrar pensión 15 años cotizados. El estado A) en el que se interesa la prestación está obligado a totalizar los períodos de seguro y así se podrá causar la pensión. Si bien el trabajador puede solicitar del estado B la pensión también mediante la totalización de lo cotizado en ambos estados.

Una vez que se aplique la totalización habrá que acudir a la prorrata de la prestación ya que cada estado asumirá proporcionalmente la parte de la pensión en función de las cotizaciones acreditadas en el mismo¹³.

Unas reglas o criterios a la hora de la totalización

Una vez que se considere procedente la totalización, las condiciones en que se lleve a cabo, cuando se trate de acceder a prestaciones de invalidez, vejez o supervivencia, se hará conforme a lo normado en el art. 13 del Convenio y en el art. 14 del Acuerdo para su aplicación. Estas reglas se completan con las previsiones acerca de la totalización conjunta de períodos de seguro voluntario, con el obligatorio recogidas en el art. 15 del Convenio.

Con carácter general las reglas de cómputo son las siguientes:

-Se suman todos los períodos de seguro, cotización o empleo cumplidos en cada Estado parte, para adquirir, conservar o recuperar el derecho a las prestaciones. Una excepción que no se superpongan.

-Si coinciden períodos de seguro, cotización o empleo de un seguro obligatorio con otro voluntario, se computa solamente el del seguro obligatorio. Con independencia de que luego a la hora de calcular la cuantía de la prestación teórica sea tomada en consideración por la estado parte en que se hayan cumplido, conforme a su legislación interna.

-Cómputo de períodos asimilados:

-En general una vez que uno de los estados parte comunique tales períodos el otro estado debe aceptarlos sin cuestionar su valor. Obviamente sin perjuicio de que el estado receptor sea el competente para determinar si se cumplen o no el resto de requisitos para acceder a la prestación demandada¹⁴.

¹³Supongamos que el trabajador acredita cotizados 5 años en el estado A y 15 en el estado B. Tanto en el estado A) como en el B) se exigen 15 años cotizados para acceder a la pensión X. Para poder acceder a la pensión en el estado A) habrá que acudir a la totalización de los períodos cotizados en ambos estados (5+15) y se le calculará la pensión como si hubiere cotizado 20 años. Prorrataada la pensión el estado A se hará cargo de ¼ y el resto el estado B).

¹⁴En este sentido puede verse la Decisión N.º H6 de 16 de diciembre de 2010, de la Comisión de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, relativa a la aplicación de determinados principios relacionados con la totalización de los períodos en virtud del artículo 6 del Reglamento 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, que señala:

“1. Todos los períodos de seguro, ya se trate de períodos de cotización o de períodos asimilados como equivalentes a períodos de seguro con arreglo a la legislación nacional, entran dentro del concepto de «períodos de seguro» a efectos de la aplicación de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009.

2. Todos los períodos para la contingencia relevante cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro se tendrán en cuenta únicamente mediante la aplicación del principio de totalización de los períodos establecido en el artículo 6 del Reglamento 883/2004 y en el artículo 12 del Reglamento 987/2009. El principio de totalización exige que se tengan en cuenta los períodos comunicados por otros Estados miembros, sin cuestionar su valor.

3. Los Estados miembros mantienen, no obstante, una vez aplicado el principio de totalización mencionado en el punto 2, la competencia para determinar sus otras condiciones para la concesión de prestaciones de la seguridad social teniendo en cuenta el artículo 5 del Reglamento 883/2004, siempre y cuando dichas condiciones se apliquen de manera no discriminatoria; este principio no se verá afectado por el artículo 6 del Reglamento 883/2004”.

-En caso de que haya coincidencia entre períodos de seguro, de cotización o de empleo real con otro asimilado, solo se tendrá en cuenta el primero.

-Los períodos asimilados a períodos de seguro¹⁵, cotización o empleo cumplidos simultáneamente, en virtud de las legislaciones de dos o más estados parte, se tendrán en cuenta por la institución de estado parte a cuya legislación haya estado sometido obligatoriamente en último lugar. Si no fuere así (que con carácter inmediatamente anterior no hubiere estado obligatoriamente sujeto a la legislación de un estado parte), será tomado en consideración por aquel estado a que haya estado sujeto obligatoriamente por primera vez después de dicho período.

-Una presunción. Si no cabe determinar de modo preciso en qué época hayan sido cubiertos determinados períodos de seguro, cotización o empleo, bajo la legislación de un estado parte, se consideraran que esos períodos no se superponen a los períodos de seguro, cotización o empleo cubiertos bajo la legislación de otro estado parte.

-Computo de períodos de cotización específicos.

En este caso en que se exija que determinados períodos de tiempo se cumplan en un plazo determinado, la institución que los aplique lo tendrá en cuenta y sólo computará aquellos que hayan sido cumplidos en el plazo específico.

¹⁵Aunque la previsión sea clara, en el ámbito de los “antiguos” Reglamentos Comunitarios (Reglamento 1408/71), la interpretación a veces es controvertida, es el caso, por ejemplo de la procedencia o no de tomar en consideración como tales los períodos de servicio militar prestados en un estado miembro y que se pretenden hacer valer en otro distintos. En este sentido véase la STJCE de 11 noviembre de 2004 (TJCE 2004/328), caso Roberto Adanez-Vega contra Bundesanstalt für Arbeit, el TJCE señaló, declaración 2ª que:

2º) “Un período de servicio militar obligatorio en otro Estado miembro constituye un «[período de empleo cubierto] como [trabajador] por cuenta ajena bajo la legislación de [ese] otro Estado miembro» en el sentido del artículo 67, apartado 1, del Reglamento núm. 1408/71, actualizado mediante el Reglamento núm. 2001/83, en su versión modificada por el Reglamento núm. 2195/91, cuando, por un lado, está definido o admitido como tal por la legislación de ese otro Estado miembro o está asimilado y reconocido por dicha legislación como equivalente a un período de empleo y, por otro lado, el interesado estuvo asegurado en el sentido del artículo 1, letra a), del mismo Reglamento durante su servicio militar.

El requisito de que «el interesado haya cubierto en último lugar [...] períodos de seguro [...] con arreglo a lo dispuesto en la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones» en el sentido del artículo 67, apartado 3, del Reglamento núm. 1408/71, en su versión modificada, sólo se opone a la obligación de totalizar los períodos de empleo en el caso en que se haya cubierto un período de seguro en otro Estado miembro después del último período de seguro cubierto bajo la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones.

3º) En circunstancias como las del asunto principal, el artículo 3 del Reglamento núm. 1408/71, actualizado mediante el Reglamento núm. 2001/83, en su versión modificada por el Reglamento núm. 2195/91, no se opone a que una institución competente, a efectos del examen del derecho a las prestaciones por desempleo, no compute, en el cálculo de los períodos de seguro cubiertos, un período de servicio militar obligatorio realizado en otro Estado miembro.”

O también en el caso de España cuando estamos ante las denominadas cotizaciones ficticias y bonificaciones de edad, en este sentido y sobre hasta donde alcanza la obligatoriedad en su cómputo, puede verse la STS. de 17 de julio de 2007 (RJ 2007/8302) y 12 de marzo de 2007 (RJ 2007/1902).

La imprescindible colaboración administrativa

Un convenio o acuerdo internacional en materia de seguridad social requiere para su operatividad y eficacia que se adopten medios o mecanismos de cooperación y colaboración entre los estados parte. La colaboración tiene como objetivo el cumplimiento de las obligaciones del propio convenio y por consiguiente que el acceso a las prestaciones no se convierta en una carrera de obstáculos para el trabajador¹⁶. Es decir, que entre los estado haya información mutua, coordinación y colaboración. En la práctica ello se plasma -entre otras previsiones- en¹⁷: la utilización del idioma de cada estado miembro (en nuestro caso sería el español y el portugués); la posibilidad de poder presentar la documentación en uno u otro Estado parte del convenio; el intercambio de información y comunicación; la no necesidad de autenticar los documentos con posterioridad en el estado donde se pretendan hacer valer; evitar la aplicación de tasas y exacciones parafiscales por la presentación de documentos, etc.; el establecimiento de unos medios de solución de controversias cuando existan discrepancias en la aplicación del convenio o del acuerdo.

El Convenio norma los mecanismos de cooperación administrativa en su Título III (arts. 19 a 22) y el Acuerdo para su aplicación en el Título III (arts. 24 a 29). Estos mecanismos de cooperación se concretan en:

-Exámenes médicos-periciales. Que básicamente supone la posibilidad de que los reconocimientos médicos necesarios sean llevados a cabo por cualquier estado parte con independencia de cuál sea la institución competente, sin perjuicio de que se reembolsen por aquél que sea el obligado a financiarlo¹⁸.

-Intercambio de información. Se establece una previsión relativa a la obligación de información sobre las medidas que adopten para la aplicación de convenio y de las modificaciones legislativas que adopten y puedan afectar al convenio. La previsión de que las peticiones que se formulan sean respondidas en un plazo razonable y la obligación de las personas interesadas de comunicar cualquier cambio en su situación personal o familiar con incidencia en las prestaciones¹⁹.

¹⁶Ver AA.VV.: “La Protección Social de los Trabajadores Extranjeros”. Op. cit; pp. 26 y 27.

¹⁷Véanse, por ejemplo, los títulos IV y V del Reglamento 883/2004. El capítulo IV regula la Comisión Administrativa y el Comité Consultivo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Por su parte el Capítulo V contiene disposiciones relativas a cooperación, protección de datos personales, tratamiento de la información, financiación de acciones tendentes a mejorar la información y los intercambios de la misma, exenciones de tasas y otras exacciones, presentación de peticiones, declaraciones, recursos, reconocimientos médicos, recaudación y devolución de prestaciones, etc. También debe tenerse en cuenta el art. 8 sobre previsión de acuerdos entre dos o más estados para la aplicación de los convenios a los que se refiere el Reglamento 987/2009, como por ejemplo el art. 8. Ap. 2 del Reglamento 883/2004; el art. 9 sobre la posibilidad de suscribir entre los estados de otros procedimientos distintos a los previsto en el Reglamento para su aplicación y del art. 11 sobre acuerdos a tomar en casos de discrepancia entre los estados sobre la residencia de una persona. entre otros del Reglamento 987/2009.

En este punto puede verse también la Decisión de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, Decisión n.º H6, de 16 de diciembre de 2010, relativa a la aplicación de determinados principios relacionados con la totalización de los períodos en virtud del artículo 6 del Reglamento 883/2004 (Diario Oficial de la Unión Europea de 12.2.2011, C45/5 a 7).

¹⁸Art. 19.1 del Convenio y arts. 25 y 26 del Acuerdo.

¹⁹Art. 20 del Convenio y arts. 24, 27 y 29 del Acuerdo.

-La previsión de que los documentos que se requieran no precisaran traducción oficial, visado o legalización, siempre que en su tramitación haya intervenido una autoridad, institución u organismo de enlace. Los idiomas a utilizar podrán ser el español o el portugués. Y la presentación de documentos o solicitudes presentadas en cualquiera de los estados parte en que el interesado acredite períodos de seguro, cotización o empleo o tenga su residencia tendrán validez en el estado competente²⁰.

-Las exenciones o reducciones de impuestos, tributos, tasas, timbres y otros derechos establecidas por un estado parte para expedir lo documentos exigidos por su legislación se extiende a documentos análogos exigidos por la legislación de cualquier otro estado parte²¹.

Por otro lado el capítulo IV del Convenio (arts. 23 y 24) y el capítulo III (arts. 30 y 31) del Acuerdo, norman la composición y funcionamiento del Comité Técnico Administrativo y las funciones a desarrollar por el mismo.

E) DEL ÁMBITO TEMPORAL QUE COMPRENDE

El Convenio no establece expresamente límites temporales a la totalización, luego debe entenderse que todo el período de seguro, cotización o empleo que sea acreditado bajo la legislación de cualquier estado parte se toma en consideración para la determinación de los derechos recogidos en el, sin limitación temporal a períodos acreditados también antes de la aplicación del convenio. Si no se entendiese así haría inaplicable el mismo.

²⁰ Art. 21 del Convenio.

²¹ Art. 22 del Convenio.

ARTICULO 6

“Conservación de los derechos adquiridos y pago de prestaciones en el extranjero

1. Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, las prestaciones económicas referidas en el artículo 3 reconocidas por la Institución Competente de un Estado Parte, no estarán sujetas a reducción, modificación, suspensión o retención, excepto las que, en su caso, se deriven de los costos de transferencia, por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de otro Estado Parte, y se le harán efectivas en este último.

2. Las prestaciones reconocidas por aplicación de este Convenio 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”.

BELÉN GARCÍA ROMERO¹

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

¹El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2013-47574-P, sobre "El Futuro del Sistema Español de Protección Social: Análisis de las Reformas en Curso y Propuestas para Garantizar su Eficiencia y Equidad"(IV), incluido en el Programa Estatal de Investigación Científica y Técnica de Excelencia (2013-2016), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Su autora es Miembro del Comité Ejecutivo del la *Spanish Unit of UNESCO Chair in Bioethics* (Haifa).

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar el artículo 6 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, encargado de regular uno de los principios básicos de la coordinación: el principio de exportación de prestaciones. De acuerdo con el mismo, los nacionales de un Estado Parte tienen derecho a que se les abonen las prestaciones reconocidas en otro Estado Parte. Concretamente, este principio establece que las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o varios Estados miembros Parte del Convenio no estarán sujetas a reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su situación familiar residan en un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentra la institución deudora.

PALABRAS CLAVE: Principios de coordinación, conservación de derechos adquiridos, exportación de prestaciones

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze Article 6 of the Iberoamerican Multilateral Agreement on Social Security, which lays down one of the major principles of the coordination: the export principle of benefits. According to this principle, nationals of one State Part in the Convention are entitled to have their benefit paid in any other one State Part. Specifically, this principle provides that cash benefits payable under the legislation of one or more Iberoamerican States Part in the Convention shall not be subject to any reduction, amendment, suspension, withdrawal or confiscation on account of the fact that the beneficiary or the members of their family status family reside in a Member State other than that in which the institution responsible for providing benefits is situated.

KEYWORDS: Principles of coordination, conservation of benefits rights, export of benefits.

SUMARIO

I. FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

II. FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

III. MATERIALIZACIÓN A TRAVÉS DE LA REGLA DE LA EXPORTACIÓN DE PRESTACIONES

IV. EXCEPCIONES A LA EXPORTABILIDAD DE PRESTACIONES

V. COMUNICACIÓN DE LOS CAMBIOS DE RESIDENCIA

VI. SOLICITUD Y PAGO DE LAS PRESTACIONES

VII. CONCLUSIONES

I. FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

El artículo 6 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (en adelante CMISS), bajo el rótulo “Conservación en los derechos adquiridos y pago de prestaciones en el extranjero”, enuncia el principio de conservación de los derechos adquiridos o de exportación de prestaciones en los siguientes términos:

“1. Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, las prestaciones económicas referidas en el artículo 3 reconocidas por la Institución Competente de un Estado Parte, no estarán sujetas a reducción, modificación, suspensión o retención, excepto las que, en su caso, se deriven de los costos de transferencia, por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de otro Estado Parte, y se le harán efectivas en este último².”

2. Las prestaciones reconocidas por aplicación de este Convenio 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 este tercer país.”

II. FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

El principio de conservación de los derechos adquiridos consiste en la supresión de las cláusulas de territorialidad propias de las legislaciones nacionales de Seguridad Social. Esta medida trata de favorecer la movilidad de las personas y, en particular, de los trabajadores, entre los diferentes Estados de la Comunidad Iberoamericana que han ratificado el Convenio y suscrito el Acuerdo de Aplicación, protegiéndolos contra los perjuicios que pudieran sufrir como consecuencia de tal cambio de residencia.

En definitiva, este principio responde a la necesidad de que el trabajador migrante conserve los derechos que hubiere consolidado en un determinado Estado Parte, garantizando que estos no se pierdan o se reduzcan como consecuencia del ejercicio del traslado de residencia a otro país, así como la continuidad en el disfrute de las prestaciones ya obtenidas, con independencia de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de otro Estado Parte distinto del Estado competente³.

No obstante, aunque el principio de conservación de los derechos adquiridos supone una garantía de intangibilidad y de percepción íntegra de las prestaciones causadas, el propio artículo 6, en su apartado segundo, admite que aquellas puedan sufrir alguna reducción o retención, cuando se destinen a cubrir los gastos de transferencia. En este punto el CMISS se separa de la regulación contenida en el Reglamento 883/2004, cuyo

²El primer apartado está redactado en términos casi idénticos a los del artículo 7 del Reglamento 883/2004, relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social, el cual, bajo la rúbrica “Supresión de las cláusulas de residencia”, establece: “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”.

³Pérez Campos, A.I., “Libre Circulación y Seguridad Social: Alcance de las Excepciones a la Regla de Conservación de los Derechos Adquiridos”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. num. 11/20083/2008, p. 1. -fecha de consulta: 22.6.2016-.

artículo 7 no contempla la posibilidad de aplicar ninguna reducción de la cuantía a abonar, ni siquiera para compensar los costes de transferencia a otro Estado Parte.

III. MATERIALIZACIÓN A TRAVÉS DE LA REGLA DE LA EXPORTACIÓN DE PRESTACIONES

Como se ha señalado, el principio de conservación de los derechos adquiridos tiene como corolario el de exportabilidad de las prestaciones, que significa que si se reconoce el derecho a percibir una prestación en un Estado Parte, puede seguir percibiendo esa prestación aunque se resida en otro Estado Parte.

En el marco del CMISS las prestaciones exportables son las prestaciones económicas referidas en el artículo 3, esto es, las de invalidez, vejez, supervivencia y las derivadas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.

IV. EXCEPCIONES A LA EXPORTABILIDAD DE PRESTACIONES

Los principios de conservación de los derechos adquiridos y de exportación de prestaciones no tienen carácter absoluto, toda vez que pueden encontrarse excepciones a la misma.

El propio artículo 6, admite la existencia de excepciones cuando dispone en su apartado primero “*Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa*”.

La posibilidad de establecer excepciones o limitaciones a la regla de conservación de los derechos adquiridos también se reconoce en términos muy similares a los del CMISS en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. Concretamente, en el art. 7 del Reglamento (CE) 883/2004, norma sobre cuya compatibilidad con el derecho a la libre circulación ha tenido la ocasión de pronunciarse el TJUE en numerosas sentencias⁴.

V. OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN DE LOS CAMBIOS DE RESIDENCIA

El artículo 24 del Acuerdo de Aplicación, establece la obligación de notificación de los cambios de residencia del beneficiario. Así, cuando el beneficiario de prestaciones, debidas con arreglo a la legislación de uno o de varios Estados Parte, traslade su residencia del territorio de un Estado Parte al de otro Estado, deberá informar de tal situación a la institución o las instituciones deudoras de tales prestaciones y, en su caso, al organismo pagador, de ser diferente.

VI. SOLICITUD Y PAGO DE LAS PRESTACIONES

La solicitud de las prestaciones amparadas por el Convenio deberá presentarse, con carácter general, ante la institución competente del lugar donde reside en el momento de la solicitud, incluso aunque nunca haya estado sujeto a su legislación, aunque también se pueden presentar en el que hubiera estado asegurado en último lugar (art. 21.3 CMISS).

⁴Entre otras, STJCE 27-9-1989 (TJCE 1989, 51), Asunto Lenoir (C-323/86); STJCE 4 noviembre 1997 (TJCE 1997, 224), Asunto Sanrs (C-20/96). Esta último pronunciamiento el TJCE señala que “el principio de la exportabilidad de las prestaciones de Seguridad Social se aplica mientras el legislador comunitario no adopte disposiciones que introduzcan excepciones al mismo”. Para un análisis doctrinal de la cuestión, Pérez Campos, A.I., “Libre Circulación y Seguridad Social: Alcance de las Excepciones a la Regla de Conservación de los Derechos Adquiridos”. Op. cit.; pp. 1-6.

La exportación de prestaciones significa el derecho a cobrar las prestaciones causadas en un país distinto de aquel en el que se encuentre la institución competente. Esta última tiene obligación de pagar dichas prestaciones incluso si el beneficiario traslada su residencia a un tercer Estado. En tal supuesto, de acuerdo con el artículo 6.2 del Convenio, las prestaciones reconocidas *“se harán efectivas en las mismas condiciones y con igual extensión que a los propios nacionales que residan en este tercer país”*.

Por último, en lo que se refiere al pago, deben tenerse también en cuenta las reglas establecidas en el artículo 29 del Acuerdo de Aplicación:

“1. Las prestaciones que, conforme a la legislación de un Estado Parte, se deban pagar a sus titulares que permanezcan o residan en el territorio de otro Estado Parte, serán pagadas directamente y bajo el procedimiento establecido por cada uno de ellos.

2. El pago de las prestaciones tendrá lugar en las fechas previstas por la legislación de la Institución pagadora.”

VII. CONCLUSIONES

El artículo 6 del CMISS regula uno de los principios básicos de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social con los que se trata de promover la movilidad de las personas trabajadoras y de sus familias, protegidas bajo esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos, con el objetivo de que los beneficios en materia de Seguridad Social generados con el propio trabajo de tales ciudadanos se puedan disfrutar en cualquier otro Estado Parte.

La regulación de este principio en el artículo 6 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social guarda gran similitud con la contenida en otros instrumentos internacionales, en particular, con el régimen previsto en el Reglamento (CE) 883/2004, relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social (art. 7), aunque en este último no se admite ninguna excepción a la regla de intangibilidad de las prestaciones causadas, que no pueden sufrir ninguna reducción ni siquiera para cubrir los gastos derivados de la transferencia.

ARTICULO 7

“Revalorización de las pensiones

Si, como consecuencia del aumento del costo de la vida, de la variación del nivel de ingresos u otros motivos de adaptación, la legislación de un Estado Parte revaloriza o actualiza las prestaciones, aplicando una nueva cuantía o un determinado porcentaje, esa revalorización o actualización deberá aplicarse directamente a las prestaciones causadas al amparo del presente Convenio, teniendo en cuenta, en su caso, la regla de proporcionalidad establecida en el apartado 1 b) del artículo 13”.

M. CARMEN AGUILAR MARTÍN¹

Prof. Contratada Doctora
Universidad de Zaragoza

¹Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado S07- Derecho del Trabajo- Universidad de Zaragoza financiado por el Gobierno de Aragón.

RESUMEN

El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social guarda una estrecha relación con los derechos de igualdad y libre circulación de los trabajadores. Es un claro ejemplo de la firme voluntad de los gobiernos firmantes de coordinarse, modernizarse, clarificarse en esta materia, en definitiva, de no entorpecer el verdadero reconocimiento de estos derechos. El Convenio no alcanza a todas las prestaciones sino que únicamente comprende las siguientes: invalidez, vejez, supervivencia y accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Centrándonos en el objeto de estudio, la revalorización de las pensiones, esto es, que las prestaciones económicas que un sujeto percibe no pierdan poder adquisitivo con el paso del tiempo, es lo que reconoce el artículo 7 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. De este modo, permite que se actualicen las prestaciones reconocidas aplicando la regla de proporcionalidad recogida en el apartado 1b) del artículo 13.

PALABRAS CLAVE: Coordinación, revalorización, pensión, igualdad, libre circulación de trabajadores.

ABSTRACT

The Ibero-American Multilateral Convention on Social Security is closely linked with the equality right and free movement of Workers. It is a clear example of the strong will of the signatory governments to coordinate, modernize, and clarify in this matter, and, ultimately, an example of the desire of not hindering the true recognition of this right with the consequences this entails. The Convention does not cover all the benefits, but comprises the following: disability, retirement, survival and accident and occupational disease.

The valorization of pensions, that is, the fact that the economic benefits perceived by an individual do not lose purchasing power over time, is recognized in Article 7 of the Ibero-American Multilateral Convention on Social Security. This will allow benefits to be updated, taking into account the proportionality rule laid down in paragraph 1b) of Article 13.

KEY WORDS: Coordination, revaluation, pension, equality, free movement of workers.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. PRESUPUESTO JURÍDICO DEL ARTÍCULO 7 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

A. ANÁLISIS DETALLADO

B. CONCORDANCIA CON OTROS PRECEPTOS

III. EFECTOS DEL PRECEPTO SOBRE LOS DESTINATARIOS

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social² (en adelante, CMISS) se ha gestado para dar cumplimiento a un deseo común de los Estados Parte, facilitar el derecho a la libre circulación de trabajadores³, algo complejo cuando se tienen que aplicar varios ordenamientos jurídicos con normas de seguridad social diferentes⁴.

Tanto la libre circulación de los trabajadores⁵ como los derechos que tiene asociados⁶ no son algo nuevo, lo que realmente resalta de este Convenio es la firme voluntad de los

²Para una información completa de los textos y documentos relativos al Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se puede consultar la página web de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. <http://www.oiss.org/-Convenio-Multilateral-.html>.

Este Convenio, además del articulado (35 artículos), consta de cinco Anexos que recogen las siguientes cuestiones: Regímenes a los que no se aplica el CMISS, Prestaciones a las que no se aplican las reglas del Convenio, Convenios suscritos entre Estados Parte del CMISS mediante los que se extiende la aplicación del mismo a regímenes y prestaciones no comprendidas en el ámbito de aplicación del CMISS, Convenios bilaterales o multilaterales en materia de Seguridad Social, vigentes entre Estados Parte del Convenio y Acuerdos entre Estados Parte por los que se establecen excepciones a la legislación aplicable según los artículos 9 y 10 del Convenio.

³El derecho a la libre circulación de trabajadores se encuentra recogido, entre otras normas, en el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por el que se establece que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros”.

⁴Vid., entre otras normas, el Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de sistemas de Seguridad Social y su Reglamento de aplicación 987/2009. Sobre la invocación de estos Reglamentos y su aplicación. DOUE de 7 de junio de 2004.

Este Reglamento se articula en torno a cuatro pilares fundamentales: la unicidad de la legislación aplicable, la igualdad de trato, la totalización de períodos y la supresión de cláusulas de residencia. Estos mismos pilares han sido considerados también dentro del CMISS y simplemente el título de éstos ofrece una buena idea su fundamento.

Vid. STS de 13.07.1991 (RJ.5985).

⁵Para ampliar el estudio sobre la libre circulación de trabajadores, sin ánimo de ser exhaustivos, se recomiendan los siguientes textos: Sala Franco, T.: “La Libre Circulación de los Trabajadores Asalariados y la Protección del Emigrante”. Actualidad Laboral nº3/1989; pp. 407-429. También Palomeque López, M. C.: “La Libre Circulación de los Trabajadores Comunitarios”. Revista de Relaciones Laborales nº1/1993, pp. 125-142. Un tercer texto recomendado es del profesor Sempere Navarro, A.V.: “Libre Circulación de Trabajadores y Seguridad Social. Principios generales de la Seguridad Social Comunitaria. Ámbito Aplicativo de los Reglamentos Comunitarios sobre Seguridad Social. Perspectivas de Futuro”. Cuadernos de Derecho Judicial nº 7/ 2002, pp.365-405 y por último, Mella Méndez, L.: “Libre Circulación de Trabajadores: Principio de Igualdad de Trato”. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 112/2002, pp. 599-620.

⁶Iglesias Cabero, M.: “Protección de los Trabajadores Migrantes en la Unión Europea: Particular Referencia a la Jubilación y al Desempleo”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº44/2003 p. 51. El autor afirma que los principios de primacía y efecto directo han determinado el papel a desempeñar por los órganos jurisdiccionales comunitarios y los nacionales. El Juez nacional es el Juez natural comunitario. La cooperación entre ambas jurisdicciones se materializa en la cuestión prejudicial. Las prestaciones no contributivas se regulan por las normas internas de cada Estado miembro pero no les resultan aplicables los preceptos del Reglamento 1408/71. Los convenios bilaterales suscritos por los

gobiernos firmantes de coordinarse⁷, modernizarse, clarificarse en esta materia, en definitiva, de no entorpecer el verdadero reconocimiento de estos derechos, con las consecuencias que ello conlleva; en particular, para salvaguardar los derechos adquiridos en materia de seguridad social.

Así, una de las principales finalidades del Convenio es conseguir que se coordinen los Estados Parte, de manera que las prestaciones contributivas de los trabajadores que han ejercido su derecho a libre circulación y por tanto, que han prestado servicios en dos o más Estados Parte puedan ser percibidas en caso de incurrir en la contingencia protegida, es decir, que el beneficiario pueda recibir la prestación correspondiente sin ver mermados sus derechos o los de sus familiares y derechohabientes.

A diferencia de otras normas, el CMISS es “una experiencia pionera”⁸ con un gran potencial de aplicación y supone un gran avance en la protección de los derechos adquiridos en materia de seguridad social. Sin embargo, por el momento, es aplicable en muy pocos países, tan sólo aquellos que lo han ratificado dentro de su derecho interno y que han aprobado su acuerdo de aplicación⁹.

En adelante, de todas las prestaciones que comprende el Convenio (invalidez, vejez, supervivencia y accidente de trabajo y enfermedad profesional) nos vamos a centrar en una de ellas, la vejez.

Estados miembros en materia de Seguridad Social se aplican con preferencia al Derecho comunitario, cuando en aquéllos se reconozca a los trabajadores superiores ventajas que las garantizadas por éste.

⁷En concreto sobre aproximación al concepto de coordinación 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 .Vol. I, nº 1/2016, p. 5. Como bien pone de manifiesto la profesora Sánchez-Rodas la coordinación se caracteriza, entre otras, por las siguientes notas: no implica unificación ni armonización de sistemas de Seguridad Social, tampoco conlleva la derogación, reforma o modificación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (...), 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 Europea (...).

⁸Jiménez Fernández, A.: “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en VVAA.: El Futuro de la Protección Social. Laborum. Murcia. 2010, p. 375.

⁹Por el momento sólo hay dos países dentro de la Unión Europea en los que el CMISS es de aplicación efectiva: España y Portugal.

Además de éstos, hay otros nueve países no pertenecientes a la Unión Europea en los que también es de efectiva aplicación el Convenio y son los siguientes: Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Uruguay y recientemente se han incorporado Argentina y Perú (cuya aplicación efectiva es desde el 1 de agosto de 2016 y desde 20 de octubre de 2016, respectivamente). Fuente: Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Web visitada en noviembre de 2016.<http://www.oiss.org/-Convenio-Multilateral-.html>

<http://www.oiss.org/Estado-de-Situacion.html>

II. PRESUPUESTO JURÍDICO DEL ARTÍCULO 7 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

A. ANÁLISIS DETALLADO

Teniendo como punto de partida la redacción literal del artículo 7 del CMISS por el que se regula la “Revalorización de las pensiones”, a continuación se lleva a cabo un análisis pormenorizado del mismo resaltando aquellos aspectos más destacados de su contenido.

Así, el artículo 7 del CMISS¹⁰ establece lo siguiente: “*si, como consecuencia del aumento del costo de la vida, de la variación del nivel de ingresos u otros motivos de adaptación, la legislación de un Estado Parte revaloriza o actualiza las prestaciones, aplicando una nueva cuantía o un determinado porcentaje, esa revalorización o actualización deberá aplicarse directamente a las prestaciones causadas al amparo del presente Convenio, teniendo en cuenta, en su caso, la regla de proporcionalidad establecida en el apartado 1 b) del artículo 13*”.

Para analizar con detalle este precepto conviene detenerse en algunos aspectos del mismo:

El título del artículo 7 “*Revalorización de las pensiones*”.

El propio Convenio en el apartado 1 k) de su artículo 1 define “*pensión*” como “*prestación económica de larga duración prevista por las legislaciones mencionadas en el artículo 3 de este Convenio*”. Por alusión directa y porque, en ocasiones, se usan ambos términos indistintamente a lo largo del Convenio, recogemos la definición prevista en el apartado m) del mismo artículo 1 “*prestaciones económicas*” son “*prestación pecuniaria, pensión, renta, subsidio o indemnización, previstas por las legislaciones mencionadas en el artículo 3 de este Convenio, incluido todo complemento, suplemento o revalorización*”. Teniendo en cuenta ambas definiciones podría deducirse que pensión¹¹ es un tipo de prestación económica entre otras, puesto que según este Convenio el concepto de prestación económica engloba al de pensión.

Por otro lado, en ambas definiciones (pensión y prestación económica)¹² se menciona al artículo 3 debido a que es el que regula el campo de aplicación material del Convenio.

¹⁰Este artículo 7 del CMISS recuerda en su contenido al artículo 59.2 del Reglamento (CE) 883/2004 cuya redacción es la siguiente “*En cambio, cuando debido al aumento del coste de la vida, a la variación del nivel de ingresos o a otros motivos de adaptación, las prestaciones del Estado miembro afectado se modifiquen en una cuantía o porcentaje establecido, dicho porcentaje o cuantía establecido deberá aplicarse directamente a las prestaciones determinadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52, sin que haya que proceder a un nuevo cálculo*”.

¹¹A este respecto, se recomienda la lectura de «Adecuación de las Pensiones en la UE 2010-2050», como documento enmarcado, entre otros, dentro de la Estrategia Europa 2020, que constituye el referente para la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y el ámbito desde el que se impulsa una política de orientación y coordinación de esfuerzos para afrontar el reto del envejecimiento y su impacto sobre los sistemas de protección social.

¹²Estas definiciones también están recogidas en el artículo 1 del Reglamento 883/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Sin embargo, existen algunas diferencias entre ambas normas. Por ejemplo, “pensión” según el Reglamento se define como “*además de las pensiones propiamente dichas, las rentas, las entregas de capital que*

Circunstancias que pueden hacer variar la cuantía de la pensión según el precepto:

“Si, como consecuencia del aumento del costo de la vida, de la variación del nivel de ingresos u otros motivos de adaptación (...)”.

Por lo tanto, se contemplan tres circunstancias que pueden hacer variar la cuantía de la pensión:

- 1.1. El *“aumento del costo de la vida”*. En España el *“costo de la vida”* es, en general, un *“concepto”* ligado al índice de precios al consumo (IPC¹³) y puede variar en función de cada periodo. Sin embargo, en el ámbito de la Seguridad Social a finales del año 2013 hubo un cambio de legislación¹⁴ en materia de pensiones y se modificó la forma de revalorizar las mismas, de manera que el IPC fue sustituido otro indicador (el índice de revalorización¹⁵).
- 1.2. Un segundo elemento es *“la variación del nivel de ingresos”*. Al tratarse de una persona que recibe una pensión¹⁶ parece complicado que pueda haber una variación en el nivel de ingresos, salvo que perciba rentas o cuantías de otro tipo y éstas se puedan tener en cuenta a la hora de determinar dicho nivel.
- 1.3. Por último y como no podía ser de otra manera, una coetilla genérica *“u otros motivos de adaptación”*, incluida con el fin de que puedan tener cabida otras circunstancias que puedan variar la cuantía del nivel de ingresos y por ende, la pensión.

Otro fragmento para analizar es el siguiente: *“(...) la legislación de un Estado Parte revaloriza o actualiza las prestaciones, aplicando una nueva cuantía o un determinado porcentaje (...)”*¹⁷

pueden sustituirlas y los ingresos efectuados en concepto de reembolso de cotizaciones así como, a reserva de lo dispuesto en el título III, los incrementos de revalorización o asignaciones suplementarias”. Un concepto que se asemeja más al de prestación económica contemplado en el CMISS.

¹³http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176802&menu=ultiDato&idp=1254735976607

El Índice de precios al consumo (IPC) es una medida estadística de la evolución de los precios de los bienes y servicios que consume la población residente en viviendas familiares en España.

El conjunto de bienes y servicios, que conforman la cesta de la compra, se obtiene básicamente del consumo de las familias y la importancia de cada uno de ellos en el cálculo del IPC está determinada por dicho consumo.

¹⁴Vid. Artículo 7 de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social por el que se modificó el artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, ahora derogado.

¹⁵Vid. Artículo 58 del Real Decreto Legislativo 8/ 2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante TRLGSS).

¹⁶Según el artículo 1 CMISS *“pensión”* se define como *“prestación económica de larga duración prevista por las legislaciones mencionadas en el artículo 3 de este convenio”*.

¹⁷En el caso de España, el artículo 58 del TRLGSS determina, por un lado, en su apartado 1 que *“las pensiones contributivas de la Seguridad Social, incluido el importe de la pensión mínima, serán*

Partiendo de que la pensión ya se reconoció en su momento y ahora, por las circunstancias contempladas en el párrafo anterior, al beneficiario le corresponde una nueva cuantía actualizada, normalmente calculada aplicando un porcentaje¹⁸. Esta nueva cuantía resultante es preceptiva porque así lo permite la legislación de un Estado Parte.

Esta “*revalorización o actualización de las prestaciones*” afecta también al resto de beneficiarios que, en la misma o situación asimilada, también perciben una pensión, tal y como se expresa a continuación en la redacción de este artículo “*esa revalorización o actualización deberá aplicarse directamente a las prestaciones causadas al amparo del presente Convenio (...)*”. En este caso, de nuevo se pone de manifiesto el *principio de igualdad de trato*¹⁹, pues en virtud de la aplicación de la legislación del Estado Parte los beneficiarios del mismo tipo de pensión tienen como resultado una nueva cuantía en el cobro de la misma, es decir, una cuantía individual de la pensión actualizada a las nuevas circunstancias con las que convive cada beneficiario.

Diferencia entre revalorización y actualización.

La revalorización es un proceso complejo que, según la legislación de cada Estado Parte se puede determinar de un modo diferente, en todo caso, da lugar a una cuantía de la pensión actualizada. Por lo tanto, aunque en este caso el artículo parece utilizar ambos términos (revalorización y actualización) como si fueran términos similares unidos por la conjunción “o”, en mi opinión la actualización es más bien el efecto, la consecuencia o el resultado de llevar a cabo el procedimiento previsto para la revalorización de la pensión²⁰.

incrementadas al comienzo de cada año en función del índice de revalorización previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”, luego este porcentaje tienen que estar recogido anualmente en dicha ley. A continuación, en el apartado 2 recoge cuál es la expresión matemática que se ha de utilizar para calcular el índice de revalorización de las pensiones contributivas, cuyo resultado es el porcentaje por el que se van a actualizar las pensiones durante ese ejercicio natural. Esta expresión matemática tiene en cuenta distintos factores como: los ingresos y los gastos del sistema de Seguridad Social, el número de pensiones y el efecto sustitución, entre otros.

¹⁸En España la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, contiene, dentro de su título IV, los criterios de revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social para dicho ejercicio y prevé su revalorización en un 0,25 por ciento.

¹⁹A los efectos del CIMISS, el artículo 4 recoge la definición de “*Igualdad de trato*” de manera que “*las personas a las que, conforme a lo establecido en el artículo 2, sea de aplicación el presente Convenio, tendrán derecho a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones establecidas en la legislación del Estado Parte en que desarrollen su actividad, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Convenio*”. Por lo tanto, las personas que están dentro del ámbito de aplicación del Convenio estarán amparadas por el principio de igualdad de trato.

²⁰En el caso de España, para este ejercicio 2016 este procedimiento está recogido en el Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016.

En concreto, el Capítulo IV regula las Pensiones reconocidas en aplicación de normas internacionales. Dicho capítulo consta de un único artículo (el 14) titulado Revalorización de las pensiones reconocidas en aplicación de normas internacionales, entre las que se incluyen este Convenio Multilateral ratificado por España el 12 de febrero de 2010 y publicado, junto a su Acuerdo de Aplicación en el BOE de 8 de enero de 2011. Dicho Acuerdo entró en vigor en España el 1 de mayo de 2011.

Regla de proporcionalidad:

“(…) esa revalorización o actualización deberá aplicarse (…) teniendo en cuenta, en su caso, la regla de proporcionalidad establecida en el apartado 1 b) del artículo 13”.

Por remisión directa, el apartado 1 b) del artículo 13 establece que *“b) Cuando considerando únicamente los períodos de seguro, de cotización o de empleo cumplidos en un Estado Parte no se alcance el derecho a las prestaciones, el reconocimiento de éstas se hará totalizando los períodos de seguro, cotización o empleo cumplidos en otros Estados Parte.*

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

En el primer párrafo de este artículo se pone de manifiesto, una vez más, la finalidad de este Convenio, esto es, coordinar el reconocimiento de las prestaciones contributivas de Seguridad Social de aquellos trabajadores que han contribuido a ellas en varios Estados Parte, de manera que se facilite el derecho a la libre circulación de los trabajadores sin que se vean mermadas sus expectativas por el ejercicio del mismo. De este modo, la cotización o los pagos efectuados por el trabajador en cualquiera de los Estados Parte, no se perderán y podrá utilizarlos si le resultase necesario.

A mayor abundamiento, dentro del procedimiento contemplado en este Convenio para la revalorización²¹ se pueden distinguir dos fases, consistirían en lo siguiente:

Determinación de la prestación teórica. Se calcula *“como si todos los períodos totalizados se hubieran cumplido íntegramente bajo su propia legislación”*, esto es, para el cálculo se cogerá todo el tiempo que ha generado este derecho.

Determinación de la prestación real. Se hará *“aplicando a dicho importe teórico la proporción existente entre la duración de los períodos de seguro, de cotización o empleo cumplidos, antes de producirse la contingencia, bajo la legislación del Estado Parte y los períodos totalizados (prestación real)”*. A este respecto, el apartado 1) del artículo 1 define *“períodos de seguro, de cotización o de empleo”* como *“todo período definido como tal por la legislación bajo la cual ha sido cubierto o se considera como cubierto, así como todos los períodos asimilados, siempre que sean reconocidos como equivalentes a los períodos de seguro por dicha legislación”*.

Un ejemplo²²: Trabajador que acredita 10 años de cotización en el Estado A y 20 años de cotización en el Estado B. El Estado A exige un periodo de cotización de 15 años,

²¹ Por Ejemplo, en el caso de España el artículo 14 del Real Decreto 1170/2015 regula la Revalorización de las pensiones reconocidas en aplicación de normas internacionales. Para ello contempla lo siguiente *“1. La revalorización de pensiones que hayan sido reconocidas en virtud de normas internacionales de las que estén a cargo de la Seguridad Social un tanto por ciento al incremento que hubiera correspondido de hallarse a cargo de la Seguridad Social española el cien por cien de la citada pensión. (...)”*.

²²Vid.http://www.oiss.org/IMG/pdf/GUIA_CONVENIO_MULTILATERAL_IBEROAMERICANO_DE_SEGURIDAD_SOCIAL-_OCTUBRE_2013-2.pdf

mientras que el Estado B exige un periodo de 20 años. En el Estado B no sería preciso acudir a la totalización de los períodos de cotización y determinaría la prestación solo con las cotizaciones acreditadas en su legislación, salvo que la persona interesada optase por la aplicación de la totalización de todos los períodos de cotización y la aplicación de la regla prorata. El Estado A tendría que acudir a la totalización de los periodos (10 + 20) y calcularía la prestación como si hubiera cotizado en él los 30 años. Pero, una vez determinada la prestación, de ese importe teórico, únicamente abonaría 1/3 del mismo, es decir, el importe que está relacionado con la proporción existente entre las cotizaciones acreditadas en el Estado A (10 años) respecto del total tenido en cuenta (30 años). En el caso que la persona interesada hubiese solicitado del Estado B la aplicación de la totalización de períodos, se procedería de igual forma. Se calcularía la prestación con 30 años de cotización (20 + 10), si bien el Estado B solo abonaría los 2/3 de esa pensión teórica, siempre que la misma fuese de cuantía superior a la que resultase de aplicar solamente los periodos cotizados en el Estado B. De darse esta última circunstancia, se reconocería esta última prestación.

B. CONCORDANCIA CON OTROS PRECEPTOS

La concordancia con otros preceptos puede ser entendida dentro del propio Convenio, pero también podría ser interpretada como la concordancia con otros preceptos de otras normas.

En este último caso y como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo de este comentario, el CMISS no es una norma que pretenda modificar otras legislaciones, sino según su propia redacción *“Convencidos de que esta realidad requiere también políticas sociales y económicas adecuadas que se manifiestan, entre otras, en la necesidad de que el proceso de globalización vaya acompañado de medidas tendentes a promover la coordinación normativa en materia de protección social que, sin alterar los respectivos sistemas nacionales, permitan garantizar la igualdad de trato y los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores migrantes y de las personas dependientes de ellos”*. Continuando en esta línea el artículo 8 del Convenio establece que *“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”*.

En cuanto a la concordancia dentro del propio Convenio, aunque esta regla ya ha sido objeto de comentario en el apartado anterior, no obstante, por su interés, en este apartado se quiere recalcar el contenido de la misma, al ser uno de los artículos que tienen una relación directa con el artículo 7 del CMISS. Así, tal y como se observa en el apartado anterior, el propio artículo 7, para culminar su aplicación, remite al artículo 13, en concreto al apartado 1 b). Así, dicho apartado establece que *“b) Cuando considerando únicamente los períodos de seguro, de cotización o de empleo cumplidos en un Estado Parte no se alcance el derecho a las prestaciones, el reconocimiento de éstas se hará totalizando los períodos de seguro, cotización o empleo cumplidos en otros Estados Parte.*

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

Aunque no es la intención realizar un análisis exhaustivo de este precepto, se considera oportuno fijar atención en lo dispuesto en este artículo pues es clave para efectivamente cumplir con la finalidad del Convenio mencionada anteriormente. Esto es, si para acceder a la pensión no es suficiente con un Estado parte “*se hará totalizando los períodos de seguro, (...) cumplidos en otros Estados Parte*”. Para ello, a continuación prevé la forma de hacerlo, al igual que en el caso anterior, en primer lugar se calculará al prestación teórica y después la pensión real.

III. EFECTOS DEL PRECEPTO SOBRE LOS DESTINATARIOS

Evidentemente la revalorización de las pensiones tiene un efecto directo sobre los beneficiarios o sus causahabientes, pues de otro modo, con el paso del tiempo, las prestaciones económicas quedarían desfasadas y no se cumpliría con la finalidad última de las mismas, permitir que su beneficiario pueda superar la contingencia acaecida con unas rentas suficientes que le permitan continuar con su vida normal. En otro caso no sería justo, no se cumpliría con el derecho a la igualdad de trato si algunas pensiones se pudieran revalorizar y otras no simplemente por el hecho de haber contribuido a ellas en diferentes Estados²³.

Además de los destinatarios o beneficiarios debemos pensar en la otra parte, esto es en los Estados, pues las cuantías revalorizadas suponen un incremento en el gasto del sistema que el gobierno de cada Estado debe prever. Por lo tanto, el Sistema de Seguridad Social debe prever que esa revalorización de las pensiones tiene que tener una financiación, en el caso de España, “*con cargo a los recursos generales del sistema de Seguridad Social, de acuerdo con las dotaciones presupuestarias correspondientes*”.

²³Se recomienda la lectura de:

- STJ (Sala Primera) de 13 de julio de 2016. Sentencia Pöpperl (asunto C-187/15). “Procedimiento prejudicial -Artículo 45 TFUE- Libre circulación de los trabajadores- Funcionario de un Estado miembro que ha renunciado a su condición de funcionario para ejercer un empleo en otro Estado miembro- Normativa nacional que establece, en tal caso, la pérdida de los derechos a una pensión de jubilación adquiridos en la función pública y la afiliación retroactiva al régimen general del seguro de pensiones”.
- STJ (Sala Cuarta) de 21 de enero de 2016. Sentencia Knauer (asunto C-453/14). “Procedimiento prejudicial Reglamento (CE) nº 883/2004 -Artículo 5- Concepto de “prestaciones equivalentes”-. Asimilación de las prestaciones de vejez de dos Estados miembros del Espacio Económico Europeo- Normativa nacional que para el cálculo del importe de las cotizaciones sociales tiene en cuenta las prestaciones de vejez percibidas en otros Estados miembros”.
- STJ (Sala Primera) de 21 de enero de 2016. Sentencia Comisión contra Chipre (asunto C-515/14). “Incumplimiento de Estado -Libre circulación de personas- Trabajadores- Artículos 45 TFUE y 48 TFUE - Prestaciones de vejez - Diferencia de trato por razón de edad - Funcionarios de un Estado miembro menores de 45 años y que abandonan ese Estado miembro para ejercer una actividad profesional en otro Estado miembro o en el seno de una institución de la Unión Europea”.

En suma, la revalorización de las pensiones se erige como un derecho para los destinatarios y como un gasto para los Estados. Este gasto del Estado puede ser mayor o menor en función de los elementos a considerar dentro de la fórmula prevista para la revalorización. Así, en épocas de crisis como la vivida estos últimos años, la revalorización de las pensiones se mira con lupa, en algunos casos incluso queda congelado el incremento o se reduce al mínimo posible con la finalidad de contener el gasto público que soporta todo el sistema de protección social.

IV. CONCLUSIONES

En una situación como la actual, con un movimiento importante de personas que prestan sus servicios en países diferentes a los suyos de origen, resulta esencial garantizar la protección social y los derechos adquiridos en los respectivos países de destino, tanto para los trabajadores migrantes como para sus familias. Por ello, el garantizar una revalorización de la pensión, esto es, que en un futuro se pueda actualizar la pensión adquirida tal y como recoge el artículo 7 de CMISS contribuye a mantener la cohesión social y sobre todo, a evitar la pérdida de poder adquisitivo de las familias.

ARTÍCULO 8

“Relaciones entre el presente Convenio y otros instrumentos de coordinación de seguridad social

El presente Convenio tendrá plena aplicación en todos aquellos casos en que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte.

En los casos en que sí existan convenios bilaterales o multilaterales se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario.

Cada Estado Parte informará a la Secretaría General Iberoamericana, a través del Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), los convenios bilaterales y multilaterales que están vigentes entre ellos, la cual procederá a registrarlos en el Anexo IV de este Convenio.

Una vez vigente el presente Convenio, los Estados Parte de los convenios bilaterales o multilaterales inscritos en el Anexo IV determinarán las disposiciones más favorables de los mismos y lo comunicarán al Secretario General de la OISS”.

M^a FUENCISLA RUBIO VELASCO

Profesora Sustituta Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

RESUMEN:

El Convenio será de aplicación en los casos en que no existan convenios bilaterales o multilaterales de Seguridad Social vigentes entre los Estados parte.

ABSTRACT:

The Convention shall apply in cases where there are no bilateral or multilateral social security agreements between the States.

PALABRAS CLAVE: Aplicación convenio, convenios bilaterales o multilaterales, norma más favorable.

KEYWORDS: Application of the Convention, bilateral or multilateral agreements, more favorable rule.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. APLICACIÓN

III. PRINCIPIOS APLICABLES DEL CONVENIO

IV. NORMA MÁS FAVORABLE

V. CONVENIOS BILATERALES Y MULTILATERALES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL VIGENTES ENTRE ESTADOS PARTE DEL CONVENIO

VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

“El presente Convenio tendrá plena aplicación en todos aquellos casos en que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte.

En los casos en que sí existan convenios bilaterales o multilaterales se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario.

Cada Estado Parte informará a la Secretaría General Iberoamericana, a través del Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), los convenios bilaterales y multilaterales que están vigentes entre ellos, la cual procederá a registrarlos en el Anexo IV de este Convenio.

Una vez vigente el presente Convenio, los Estados Parte de los convenios bilaterales o multilaterales inscritos en el Anexo IV determinarán las disposiciones más favorables de los mismos y lo comunicarán al Secretario General de la OISS.”

El art. 8 establece en el inciso primero que cuando entre los Estados Partes no existan Convenios vigentes, no habrá inconveniente en cuanto a qué normativa aplicar, por ser éste el único texto aplicable a tales efectos.

La cuestión a tener en cuenta es en los casos en que ya existan uno o más Acuerdos de seguridad social entre las partes. Parece que el citado Convenio no deroga los Convenios que hubiere vigentes en la materia entre los Estados Parte, por lo que la solución adoptada es la aplicación de las disposiciones más favorables al beneficiario.

Podríamos decir que el convenio convive con los convenios bilaterales ya vigentes, en la medida en que sean más favorables para los posibles beneficiarios.

Se prevé que cada Estado Parte informe, mediante el Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), a la Secretaría General Iberoamericana los convenios bilaterales o multilaterales vigentes entre ellos, los cuales serán registrados en el Anexo IV del Convenio.

Asimismo, el artículo establece el deber de los Estados Parte en convenios bilaterales o multilaterales, de informar si los mismos contienen disposiciones que puedan resultar más favorables para los beneficiarios que las normas establecidas en el Convenio.

Esta tarea, en tanto implica el estudio y comparación del texto con todos los Convenios vigentes con otros Estados Parte debería encomendarse expresamente a las Autoridades Competentes de los países signatarios, a efectos de dar certeza a los beneficiarios de la legislación aplicable en cada caso¹.

¹Vidal Amaral, A. F., Bortagara y Flagini, A. A., Burgueño Álvarez, M. I.; VII Premio OISS Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Secretaría General de la OISS. Madrid. 2012, pp. 39-40.

I. APLICACIÓN

El Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social², establece que 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 derechohabientes³. En relación al campo de aplicación material, el citado convenio se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con: las prestaciones económicas de invalidez; las prestaciones económicas de vejez; las prestaciones económicas de supervivencia; y las prestaciones económicas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.⁴

El citado Acuerdo ha incorporado la totalización de los periodos de seguro, cotización o empleo cumplidos en otros Estados parte, pero no alcanza a los periodos de residencia, con lo cual no parece suponer un avance en esta cuestión en particular.⁵

En consecuencia, el Convenio se aplicará a los regímenes contributivos de seguridad social, generales y especiales.

Quedan expresamente excluidas las prestaciones de carácter no contributivo, las de asistencia social, las prestaciones a favor de víctimas de guerra y las prestaciones médicas, si bien se prevé que los Estados puedan ampliar el ámbito de aplicación a prestaciones en principio excluidas si se incluyen en el Anexo I.

Los periodos cotizados deben ser totalizados para el acceso a las prestaciones económicas, en el marco del convenio se computan como si hubiesen sido efectuados en un único Estado, acumulándose entre sí siempre que no se superpongan.

Los periodos de seguro voluntario acreditados por el interesado en un determinado Estado se pueden totalizar con periodos obligatorios o voluntarios acreditados en otro Estado, siempre que no se superpongan, cuando coincidan en el tiempo periodos voluntarios y obligatorio se tendrán en cuenta los periodos de seguro obligatorio⁶.

II. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Garantiza la igualdad de trato de los trabajadores iberoamericanos con independencia de la nacionalidad cuando trabajen en un país distinto al suyo.

²Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. BOE de 8 de enero de 2011. Vigente desde el 1 de mayo de 2011.

³Art. 2 Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

⁴Art. 3 Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

⁵Castro Argüelles, M. A.; "La Equiparación Iberoamericana a efectos de Seguridad Social (art. 7.5 LGSS y concordantes)". En AA.VV.; Propuestas de Derogación. Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 2/2011; p. 8.

⁶BIOISS; Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Boletín Informativo de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social BIOISS nº 47/2011, p. 11.

- Se establece la totalización de los periodos de cotización acreditados en los distintos Estados Parte, garantizándose la conservación de los derechos en curso de adquisición.
- Se garantiza la conservación de los derechos adquiridos, no perdiéndose las prestaciones por trasladarse a otro país.
- Se determina la legislación aplicable a la que estará sujeto el trabajador, que será la del país donde realiza la actividad, con determinadas excepciones.
- Se aplican las disposiciones más favorables al trabajador en el caso de que existan otros Convenio bilaterales.
- Se determina la colaboración administrativa y técnica entre las Instituciones gestoras para facilitar la aplicación de los derechos de los beneficiarios.
- No modifica las legislaciones de los países, las coordina para evitar la pérdida de derechos contributivos.⁷

III. NORMA MÁS FAVORABLE

La aplicación de este principio exige su conjugación con el principio de norma mínima y con el principio de jerarquía normativa⁸.

El Convenio establece un marco de regulación que se aplicará si, entre los países firmantes, existiera un acuerdo bilateral o multilateral que contenga disposiciones menos favorables, o bien, si no hubiera acuerdo entre éstos. Se trata, en consecuencia, de una herramienta de coordinación multilateral entre países con estrechos vínculos, aplicando en materia de Seguridad Social unas premisas que podrán ser mejoradas por futuros convenios bilaterales o multilaterales⁹.

V. CONVENIOS BILATERALES Y MULTILATERALES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL VIGENTES ENTRE ESTADOS PARTE DEL CONVENIO

ARGENTINA

1. Bilaterales.

Chile: Convenio Argentino-Chileno de 17 de octubre de 1971

España: •Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, de 28 de enero de 1997 (en vigor desde 1 de diciembre de 2004). •Protocolo de 21 de marzo de 2005, Complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina de 28 de enero de 1997 (aplicación provisional desde 1 de abril de 2005).

⁷ BIOISS; Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Boletín Informativo..., op. cit., p. 9.

⁸Del Val Arnal, J. J.; "Sobre la Historia Interminable de la Relación Ley-Convenio Colectivo y los Principios de Aplicación del Derecho del Trabajo: Jerarquía Normativa, Norma más Favorable y el papel de la Autonomía Colectiva en el sistema de Relaciones Laborales". Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 8622/2001. Aranzadi. Navarra. 2001, p. 6.

⁹Serrano Antón, F.; "La Era Post-Beps o la Ejecución de Su plan de Acción: Convenio Multilateral vs. Implementación Unilateral". Revista Quincena Fiscal nº 12/2016; p. 10.

Portugal: Convenio de Seguridad Social Argentino-Portugués de 20 de mayo de 1966.

2. Multilaterales. Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur. Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito de 26 de enero de 1978

BOLIVIA

1. Bilaterales

Uruguay: Acuerdo de Aplicación del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social entre la República Oriental del Uruguay y la República de Bolivia, suscrito en Montevideo el 6 de noviembre de 1995 (ratificado por Bolivia mediante Ley n.º 1780 promulgada el 9 de marzo de 1997).

2. Multilaterales. Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito, suscrito el 26 de enero de 1978 (ratificado por Bolivia mediante Decreto Supremo n.º 18875, de 10 de marzo de 1982).

BRASIL

1. Bilaterales.

Chile: Acuerdo de Seguridad Social entre Brasil y Chile de 16 de octubre de 1993

España: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 16 de mayo de 1991 (en vigor desde 1 de diciembre de 1995). Convenio de 14 de mayo de 2002, Complementario al Convenio de Seguridad Social entre la República Federativa de Brasil y el Reino de España de 16 de mayo de 1991.

Portugal: Acuerdo de Segurança Social ou Seguridad Social entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República Federativa do Brasil, de 7 de maio de 1991

2. Multilaterales. Acuerdo Multilateral de Seguridad Social do MERCOSUR.

CHILE

Argentina: Convenio Chileno-Argentino de 17 de octubre de 1971.

Brasil: Convenio de Seguridad Social entre Chile y Brasil de 16 de octubre de 1993

España: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, de 28 de enero de 1997 (en vigor desde 13 de marzo de 1998). Convenio de 14 de mayo de 2002, Complementario al Convenio de Seguridad Social entre la República de Chile y el Reino de España de 28 de enero de 1997 (en vigor desde 14 de junio de 2006).

Perú: Convenio de Seguridad Social entre Chile y Perú de 23 de agosto de 2002.

Portugal: Convenio sobre Seguridad Social entre la República Portuguesa y la República de Chile de 25 de marzo de 1999.

Uruguay: Convenio de Seguridad Social entre Chile y Uruguay de 1 de agosto de 1997.

Venezuela: Convenio de Seguridad Social entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Chile de 20 de agosto de 2001

ECUADOR

1. Bilaterales.

Colombia: Convenio entre el Instituto Colombiano de Seguridad Social y el Instituto de Previsión Social de Ecuador. Suscrito 18-1-1968 (vigencia 19-4-1968).

España: Convenio General sobre Seguridad Social entre España y Ecuador, de 1 de abril de 1960. Convenio Adicional al Convenio de Seguridad Social Hispano-Ecuatoriano, de 8 de mayo de 1974 (en vigor desde 1 de julio de 1975).

Uruguay: Acuerdo de Aplicación del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social entre la República del Ecuador y la República Oriental del Uruguay, de 5 de noviembre de 1990 (puesto en vigor 12-1996).

2. Multilaterales. Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito, de 26 de enero de 1978.

ESPAÑA

1. Bilaterales.

Andorra: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, de 9 de noviembre de 2001 (en vigor desde 1 de enero de 2003).

Argentina: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, de 28 de enero de 1997 (en vigor desde 1 de diciembre de 2004). Protocolo de 21 de marzo de 2005, Complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina de 28 de enero de 1997 (aplicación provisional desde 1 de abril de 2005).

Brasil: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 16 de mayo de 1991 (en vigor desde 1 de diciembre de 1995). Convenio de 14 de mayo de 2002, Complementario al Convenio de Seguridad Social entre la República Federativa de Brasil y el Reino de España de 16 de mayo de 1991 (se aplica unilateralmente por España con carácter provisional desde el 1 de junio de 2002).

Chile: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, de 28 de enero de 1997 (en vigor desde 13 de marzo de 1998). Convenio de 14 de mayo de 2002, Complementario al Convenio de Seguridad Social entre la República de Chile y el Reino de España de 28 de enero de 1997 (en vigor desde 14 de junio de 2006).

Ecuador: Convenio General sobre Seguridad Social entre España y Ecuador, de 1 de abril de 1960 (en vigor desde 1 de noviembre de 1962). Convenio de 8 de mayo de 1974, Adicional al Convenio de Seguridad Social Hispano-Ecuatoriano de 1 de abril de 1960 (en vigor desde 1 de julio de 1975).

México: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, de 25 de abril de 1994 (en vigor desde 1 de enero de 1995). Convenio de 8 de abril de 2003, Complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de

España y los Estados Unidos Mexicanos de 25 de abril de 1994 (en vigor desde 1 de abril de 2004).

Paraguay: Convenio General sobre Seguridad Social entre España y Paraguay, de 25 de junio de 1998 (en vigor desde 1 de marzo de 2006).

Perú: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, de 16 de junio de 2003 (en vigor desde 1 de febrero de 2005).

República Dominicana: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana, de 1 de julio de 2004 (en vigor desde 1 de julio de 2006).

Uruguay: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay, de 1 de diciembre de 1997 (en vigor desde 1 de abril de 2000). Convenio de 8 de septiembre de 2005, Complementario de Seguridad Social entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España de 1 de diciembre de 1997 (aplicación provisional desde 1 de octubre de 2005).

Venezuela: Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 12 de mayo de 1988 (en vigor desde 1 de julio de 1990).

2. Multilaterales. Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito de 26 de enero de 1978 (en vigor en España desde 15 de marzo de 1981).

3. Otras normas internacionales. España-Portugal: Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 (en vigor desde el 1 de enero de 1996). Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972 (en vigor desde 1 de enero de 1986)¹⁰.

PARAGUAY

1. Bilaterales.

España: Convenio General sobre Seguridad Social entre la República del Paraguay y el Reino de España, de 25 de junio de 1998 (aprobado por Ley N° 1468/99 del Congreso Nacional Paraguayo).

2. Multilaterales. Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur MERCOSUR (aprobado por Ley N° 2513/04 del Congreso Nacional Paraguayo).

PORTUGAL

1. Bilaterales.

Andorra: Convencáo sobre Segurança Social entre a República Portuguesa e o Principado de Andorra, de 11 de Marco de 1988.

Argentina: Convencáo de Segurançá Social Argentino-Portuguesa, de 20 de Maio de 1966.

Brasil: Acordo de Seguranca Social ou Seguridade Social entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República Federativa do Brasil, de 7 de Maio de 1991.

¹⁰Sustituidos por los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, respectivamente.

Chile: Convencáo sobre Seguranca Social entre a República Portuguesa e a República do Chile, de 25 de Marco de 1999.

Uruguay: Acordo Administrativo, de 29 de Maio de 1987, entre a República Portuguesa e a República do Uruguay relativo á Aplicáo da Convencáo Ibero-Americana de Seguranca Social de 26 de Janeiro de 1978.

Venezuela: Convencáo sobre Seguranca Social entre a República Portuguesa e a República da Venezuela, de 21 de Julio de 1989.

2. Multilaterales. Convencáo Ibero-Americano de Seguranca Social de Quito, de 26 janeiro de 1978.

3. Otras normas internacionales. España-Portugal: Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 (en vigor desde 1 de enero de 1996). • Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972 (en vigor desde 1 de enero de 1986)¹¹.

URUGUAY

1. Bilaterales.

Bolivia: Acuerdo de 6 Aplicación del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social entre la República del Uruguay y la República de Bolivia, de 6 de noviembre de 1995 (publicado en Uruguay el 18 de octubre de 1996. Vigente desde 1 de marzo de 1992).

Colombia: Ley N.º 17.439 del 28 de diciembre de 2001 (publicado en Uruguay en el Diario Oficial N.º 25.925 del 8 de enero de 2002. Vigencia: 01 de octubre de 2005).

Chile: Convenio de Seguridad Social entre Chile y Uruguay de 1 de agosto de 1997 (Ley N.º 17.144 del 9 de agosto de 1999. Publicado en Uruguay en el Diario Oficial N.º 25338 del 18 de agosto de 1999. Acuerdo Administrativo del 8 de junio de 1999. Vigencia 01 de enero de 2000).

Ecuador: Acuerdo de Aplicación del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social entre la República de Ecuador y la República del Uruguay, de 5 de noviembre de 1990 (vigencia 1 de marzo de 1992, aún sin Normas de Desarrollo).

España: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay, de 1 de diciembre de 1997 (Ley N.º 17.112 del 8 de junio de 1999. Publicado en Uruguay el 18 de junio de 1999, Diario Oficial N.º 25.295. Vigencia: 1 de abril de 2000). Convenio de 8 de septiembre de 2005, Complementario de Seguridad Social entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España, de 1 de diciembre de 1997 (aplicación provisional desde 1 de octubre de 2005).

México: Convenio de cooperación (Ley N.º 16.133 de 18 de septiembre de 1990).

Perú: Resolución N.º 618/2004 (aprobado por el Poder Ejecutivo en Uruguay el 6 de julio de 2004. Publicado en Uruguay en el Diario Oficial N.º 26.543 del 13 de julio de 2004) (no vigente a la espera de comunicación de Perú).

¹¹Sustituidos por los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, respectivamente.

Portugal: Resolución N.º 473/987 del 20 de mayo de 1987 (vigencia 1 de diciembre de 1987. Resolución P.E. 357/004 de 13 de abril de 2004).

Venezuela: Acuerdo de Aplicación del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social entre Venezuela y Uruguay, suscrito el 20 de mayo de 1997 (vigencia 24 septiembre de 1997).

2. Multilaterales. Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur (Ley N.º 17.207 de 24 de septiembre de 1999. Vigencia 1 de junio de 2005). • Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito de 26 de enero de 1978.

VENEZUELA

1. Bilaterales.

España: Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 12 de mayo de 1988 (publicado en Gaceta Oficial N. 34120, de 22-12-1988) (en vigor desde 19 de julio de 1990).

Portugal: Convenio de Seguridad Social entre Venezuela y Portugal, suscrito de 21 de julio de 1989 (publicado en Gaceta Oficial N. 4340 extraordinaria, de fecha 28-11-1991).

Uruguay: Acuerdo de Aplicación del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social entre Venezuela y Uruguay, suscrito el día 20 de mayo de 1997 (publicado en Gaceta Oficial N. 36276, de 25/08/1997).

Chile: Convenio de Seguridad Social entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Chile, suscrito el 20 de agosto de 2001 (publicado en Gaceta Oficial N.º 5754 3 de Enero 2006).

2. Multilaterales. Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito, de 26 de enero de 1978.

IV. CONCLUSIONES

La Comunidad Iberoamericana, a través del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, podrá beneficiarse de las disposiciones jurídicas incluidas en el mismo y evitar la pérdida de derechos en materia de pensiones de vejez, incapacidad, muerte y sobrevivencia de la población migrante y sus familiares.

Debemos destacar que, en el caso de que existan convenios bilaterales o multilaterales entre países parte del Convenio, se aplicará la norma más favorable.

Posibilita la acumulación de los periodos cotizados en distintos Estados para la obtención de las prestaciones, las cuales podrán percibir en un país distinto de aquel en el que se originaron.

Para ello se establece como principio básico la igualdad de trato de todas las personas, con independencia de su nacionalidad.

ARTÍCULO 9

“Regla general

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

IGNACIO CAMÓS VICTORIA

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

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE. REGLA GENERAL

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

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

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

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN Y/O REFLEXIÓN FINAL

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

II. LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE. REGLA GENERAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴BOE núm. 7, de 8 de enero de 2011.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN Y/O REFLEXIÓN FINAL

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

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

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

Recibido: 09.09.2016. Aceptado: 13.11.2016

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

ARTICULO 10

“Reglas especiales

A efectos de la determinación de la legislación aplicable, se establecen las siguientes reglas especiales:

a) La persona que ejerza una actividad dependiente al servicio de una empresa con sede en el territorio de uno de los Estados Parte que desempeñe tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que sea trasladada para prestar servicios de carácter temporal en el territorio de otro Estado Parte, continuará sujeta a la legislación del Estado Parte de origen hasta un plazo de doce meses, susceptible de ser prorrogado por un plazo similar, con carácter excepcional, previo consentimiento expreso de la Autoridad Competente del otro Estado Parte.

b) La persona que ejerza una actividad no dependiente que realice cualquiera de las actividades indicadas en el párrafo anterior en el territorio de un Estado Parte en el que esté asegurada y que se traslade para ejercer tal actividad en el territorio de otro Estado Parte, continuará sometida a la legislación del primer Estado, a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda de doce meses y previa autorización de la Autoridad Competente del Estado de origen.

Los Estados Partes, en forma bilateral, podrán ampliar la lista de actividades sujetas a la presente regla especial, debiendo comunicarlo al Comité Técnico Administrativo.

c) El personal itinerante al servicio de empresas de transporte aéreo que desempeñe su actividad en el territorio de dos o más Estados Parte, estará sujeto a la legislación del Estado Parte en cuyo territorio tenga la empresa su sede principal.

d) Una actividad dependiente o no dependiente que se desarrolle a bordo de un buque en el mar, que enarbole el pabellón de un Estado Parte, será considerada como una actividad ejercida en dicho Estado Parte.

Sin embargo, el trabajador que ejerza una actividad dependiente a bordo de un buque que enarbole el pabellón de un Estado Parte y que sea remunerado por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado Parte, estará sujeto a la legislación de este último Estado Parte si reside en el mismo. La empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario o empleador a efectos de la aplicación de la correspondiente legislación.

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.

f) Los trabajadores empleados en trabajos de carga, descarga, reparación de buques y servicios de vigilancia en el puerto, estarán sometidos a la legislación del Estado Parte a cuyo territorio pertenezca el puerto.

g) *Los miembros del personal de las Misiones Diplomáticas y de las Oficinas Consulares se regirán por lo establecido en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, y sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963.*

h) *Los funcionarios públicos de un Estado Parte, distintos a los que se refiere el apartado anterior y el personal asimilado, que se hallen destinados en el territorio de otro Estado Parte, quedarán sometidos a la legislación del Estado Parte al que pertenece la Administración de la que dependen.*

i) *El personal administrativo y técnico y los miembros del personal de servicio de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de cada uno de los Estados Parte, que sean nacionales del Estado Parte acreditante y no tengan el carácter de funcionarios públicos, podrán optar entre la aplicación de la legislación del Estado acreditante o la del otro Estado Parte.*

La opción se ejercerá dentro de los tres meses siguientes a la fecha de iniciación de trabajo en el territorio del Estado en el que desarrollen su actividad.

Las personas al servicio privado y exclusivo de los miembros de las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares, que sean nacionales del Estado Parte acreditante, tendrán el mismo derecho de opción regulado en el párrafo anterior.

j) *Las personas enviadas por un Estado Parte, en misiones de cooperación al territorio de otro Estado Parte, quedarán sometidas a la legislación del Estado que las envía, salvo que en los acuerdos de cooperación se disponga otra cosa.*

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

RESUMEN

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS) surge de la determinación del Continente Americano en la coordinación de los regímenes de Seguridad Social en aras de proteger los derechos de los trabajadores migrantes. Esta necesidad de coordinación deviene por la intensa movilidad transfronteriza y continental de los trabajadores entre un continente y otro, o entre Estados de la Comunidad Iberoamericana. Una movilidad laboral que es la casuística de un contexto de globalización económica. Cuando abordamos el estudio de la movilidad y de la globalización se subraya que el sector marítimo es un claro paradigma de aquello. Este sector de actividad económica es un fiel reflejo de un entorno genuinamente globalizado y de movilidad y migración laboral. Sin embargo, la movilidad de los trabajadores del mar queda impregnada de un carácter muy singular, tanto que el Convenio entiende que debe quedar regulada por una regla especial. En este estudio analizamos esta regla para concluir con la necesidad de articular un conjunto de normas que garanticen la protección social de la gente de mar.

PALABRAS CLAVES: CMISS, globalización, movilidad laboral, protección socio-laboral, ley aplicable.

ABSTRACT

The Multilateral Ibero-American Social Security Agreement (MIASSA) is based upon the determination of the American states in the coordination of social security systems in order to protect the rights of migrant workers. This coordination comes from the intense and continental border mobility of workers between continents, or between the states of the Latin American Community. Labour mobility is the cause of a context of economic globalization. The maritime sector is a clear paradigm of the mobility and globalization. This sector of economic activity is a reflection of a truly globalized environment and mobility and labour migration. However, the mobility of seafarers has special features, and the Convention states that it should be regulated by a special rule. In this study we analysed this rule, finally we conclude with the need to articulate a set of regulations to ensure the social protection of seafarers.

KEYWORDS: MIASSA, globalization, labour mobility, labour social protection, applicable law.

SUMARIO

I. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA EN EL SECTOR MARÍTIMO: MOVILIDAD DE TRABAJADORES Y DESREGULARIZACIÓN LABORAL

II. EL CMISS COMO INSTRUMENTO INDISPENSABLE EN UN CONTEXTO DE GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA: LA NECESIDAD DE ARTICULAR UNAS REGLAS ESPECIALES DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO MARÍTIMO

III. A VUELTAS CON LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS RELACIONES DE TRABAJO MARÍTIMAS

IV. CONCLUSIONES

I. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA EN EL SECTOR MARÍTIMO: MOVILIDAD DE TRABAJADORES Y DESREGULARIZACIÓN LABORAL

La industria del transporte marítimo se ha considerado como uno de los sectores pioneros de la Globalización, y como el paradigma del capitalismo¹, pues es un negocio en el que actúan sujetos de una multiplicidad de países. Los trabajadores suelen prestar servicios para diferentes empresas marítimas a lo largo de su trayectoria laboral, que pueden estar ubicadas en diferentes Estados, por lo que están o han estado sujetos a legislaciones diversas. Ante la confluencia de legislaciones diferentes subyace el conflicto de la legislación aplicable y de la pérdida de derechos que dejan de ser reconocidos cuando el trabajador es nacional o reside en un país diferente al que presta sus servicios. Este trabajo está orientado a conocer las disposiciones del CMISS en la determinación de la ley aplicable en un sector de actividad que está impregnado de un carácter muy singular, tal y como nos encargamos de redactar a continuación.

En los últimos tiempos hemos asistido a un escenario mundial que dista de la realidad que conoció la industria marítima hasta la década de los 70 del siglo XX. En aquellos años existían un número limitado de Estados con flotas tradicionales que representaban a la mayoría del sector, protagonizado por empresas navieras con una organización familiar que contrataba a marinos nacionales de su país, y que gozaban de unas condiciones socio-laborales y de vida a bordo adecuadas. En este contexto, los Estados eran recelosos a la entrada de buques en sus registros y eran responsables en el momento de facilitarles la nacionalidad². Este panorama evolucionó con el inicio y avance de la globalización³, y la constitución de un nuevo marco desarrollado por los avances tecnológicos, las nuevas políticas nacionales e internacionales y las incipientes relaciones económicas y financieras que reducen o eliminan las fronteras. Todo ello brindó la liberalización de la economía, la universalización del comercio, la apertura de los mercados, la libre circulación de capitales y de inversiones extranjeras. Unas empresas que adquieren una relevancia transnacional y que precisan de trabajadores de todas las partes del mundo. Esto coincidió con el lastre de una época de crisis económica y el descrédito de lo público y de la intervención del Estado en la economía. Las circunstancias descritas conllevaron a que los armadores, enfrentados a una competencia feroz, desearan escapar al control de los gobiernos y que buscaran el subterfugio de “los paraísos fiscales”. Este subterfugio era ofrecido por los Estados con

¹En la industria marítima los armadores actúan con autonomía en la gestión y explotación de su negocio y sin sujeción a injerencias externas públicas en temas socio-laborales; así es la forma más perfecta del capitalismo que exige propias reglas. En: Ruiz Soroa, J., <http://www.caffereggio.net/2006/05/28/un-caso-la-mar-de-instructivo-de-jose-maria-ruiz-soroa-en-el-pais-del-pais-vasco/> (Acceso: 13 de julio de 2016).

²El registro es un acto administrativo por el que un buque adquiere la nacionalidad del Estado donde el armador lo matricula, y por el que forma parte del Estado. Ello supone, en principio, que los trabajadores queden afectos a la legislación laboral y de Seguridad Social de aquel. Al menos así lo prevé el art. 91 de la Convención de las Naciones Unidas del Derecho en el Mar de 1982 (CNUDM).

³Se anota que en el sector marítimo el albor de la globalización se adelantó a los años 70. Si bien señalar una fecha concreta para el inicio de la Globalización es una cuestión controvertida y discutida, puede servir la Caída del Muro de Berlín acaecida en 1989 para situar la liberalización de la economía a escala mundial, la libertad del intercambio de los bienes y servicios y el ultraliberalismo el auge de un modelo ideológico basado en la economía.

banderas de conveniencia para abaratar los costes de operación de los negocios marítimos⁴.

Es evidente que los factores anotados repercutieron en las relaciones laborales marítimas, pues determinó que los marinos quedaran bajo el “desamparo” de ordenamientos jurídicos que están muy alejados del prisma occidental. Un desamparo que se caracteriza por la inexistencia de derechos socio-laborales básicos y por la desprotección del trabajador frente a cualquier abuso. Así, la legislación aplicable no les reconoce derechos mínimos como: formación, tiempo libre para bajar a puerto, atención médica, salario digno, protección frente al despido, o, ya en el plano que nos ocupa, un sistema obligatorio de Seguridad Social que prevea una adecuada protección social. En definitiva, los cambios que fueron operando en la industria marítima impactaron de forma intensa en las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar en un mercado de trabajo mundial⁵.

Esta falta de protección socio-laboral unida al creciente aumento de los flujos migratorios a nivel mundial tuvo como consecuencia la preocupación de la Comunidad Internacional por proteger a los trabajadores que decidían ejercer su derecho de movilidad. Tal así el Preámbulo del CMISS anota la dimensión del trabajo decente, término acuñado por la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Este postulado es muy cercano a la dimensión social de la globalización programada por la OIT y que encaja en la industria marítima⁶. Se perfila desde un prisma de integración de las economías y de las sociedades, de forma que la globalización contribuya a resolver los problemas que genera en el empleo, las condiciones de trabajo, los salarios y su protección social, y ello lo aborda desde un plano político y económico para atender las necesidades de cualquier persona, sea cual sea su nacionalidad.

Bajo esta filosofía, la acción internacional impulsa la consolidación y el desarrollo de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social como un factor básico para garantizar la cohesión social y el progreso y la estabilidad socio-económica de sus ciudadanos. Tal es la importancia de la cuestión de la Seguridad Social que podemos esbozar que el movimiento migratorio ha marcado que se traspase las fronteras nacionales, y ello a pesar de que la vertiente de la Seguridad Social es por definición nacional y territorial. Siendo así, los países han optado por aunar esfuerzos y superar el marco nacional para reconocer derechos a los trabajadores migrantes. Esta sinergia descansa en ampliar el campo de aplicación de la protección dispensada por los sistemas de seguridad social, de forma que tengan en cuenta el factor migratorio. Es por ello que la globalización debe estar capitaneada por la internacionalización de la Seguridad Social. A esta filosofía responde el CMISS, al pretender garantizar los derechos adquiridos o en curso

⁴La bandera de conveniencia es un término peyorativo para calificar a los países que permiten el registro de buques sin exigir el cumplimiento de un mínimo legal socio-laboral. Se configuran como paraísos fiscales para los armadores pues gozan de libertad para explotar sus buques y dirigir al personal y para evitar la norma internacional. Además, este tipo de Estados carecen de un ordenamiento interno tuitivo con los derechos de los marinos.

⁵Sobre este particular, consúltese OIT. El Impacto en las Condiciones de Vida y de Trabajo de la Gente de Mar de los Cambios en la Estructura de la Industria Naviera. Informe para el debate de la 29.ª reunión de la Comisión Paritaria Marítima, Ginebra, 2001.

⁶Sobre la dimensión social de la globalización y la globalización justa vid. <http://www.ilo.org/public/spanish/wcsdg/globali/globali.htm> (Acceso: 13 de Jul. de 16).

de adquisición a los migrantes en el espacio iberoamericano. En este contexto, la Seguridad Social se está convirtiendo en el acicate de la globalización para lograr superar el marco territorial y nacional, traspasar las fronteras y garantizar la seguridad y la protección de los trabajadores. La cuestión será determinar si este planteamiento se puede esbozar igualmente para los trabajadores del mar⁷.

II. EL CMISS COMO INSTRUMENTO INDISPENSABLE EN UN CONTEXTO DE GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA: LA NECESIDAD DE ARTICULAR UNAS REGLAS ESPECIALES DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO MARÍTIMO

Con este papel de velador de los derechos de los ciudadanos, y bajo el auspicio de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), formulan un instrumento de coordinación de los regímenes de Seguridad Social para garantizar los derechos de los trabajadores migrantes⁸. La OISS persigue la promoción del bienestar socio-económico de la Comunidad iberoamericana, así como de todos los países vinculados con el idioma español y el portugués. Los medios que emplea para la consecución de este objetivo es la coordinación y el intercambio de las experiencias de todos sus Miembros en el ámbito de la Seguridad Social y de la protección social⁹. El CMISS se configura como un Programa de especial interés¹⁰, y como el primer instrumento que a nivel iberoamericano protege los derechos sociales de los trabajadores migrantes¹¹, y es por ello por lo que se le ha calificado de experiencia pionera en este ámbito¹².

⁷La complejidad del estudio de la Seguridad Social es de gran calado, por ello es loable los estudios emprendidos en esta faceta por Vicente Palacio, A.; El régimen especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Aranzadi. Navarra. 2004; y por Carril Vázquez, X.M.; La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Civitas. Madrid. 1999. Las obras citadas son solo un ejemplo de la dilatada labor investigadora tan específica y necesaria de ambos autores.

⁸La Unión Europea también se ha venido preocupando por garantizar la protección de los trabajadores migrantes, como respuesta de ello; el Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Obra anotar que la redacción del CMISS está inspirada aquel hasta tal punto que son intercambiables. Para conocer los paralelismos y las divergencias Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E. (Dirs.); El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral. Laborum. Murcia. 2015, pp. 183 y 184. En el ámbito comunitario, y de forma específica de la jurisprudencia desarrollada por los Reglamentos destacan los trabajos de Miranda Boto, JM.; entre ellos: “La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar en el Ámbito Comunitario” en: VV.AA.; El Trabajo en el Mar: Los Nuevos Escenarios Jurídico-Marítimos. Bomarzo. Albacete. 2015; pp. 267-280.

⁹Sobre la OISS, vid. <http://www.oiss.org> (Acceso: 13.07.2016).

¹⁰Como Programa de especial interés se puede consultar el origen, la evolución, el proyecto final y objetivos en: <http://www.oiss.org/-Convenio-Multilateral-.html> (Acceso: 13.07.2016). Un estudio específico sobre el CMISS por Sánchez-Rodas Navarro, C.; El Convenio Multilateral iberoamericano de Seguridad Social. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 26/2011.

¹¹A pesar de ser el primer instrumento de alcance internacional que coordina los regímenes de Seguridad Social se suscribieron de forma previa otros instrumentos dedicados a la materia de la Seguridad Social, tales como el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito de 1979, entre otros.

¹²Sobre el CMISS vid. Jiménez Fernández, A.; “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VVAA.; El Futuro de la Protección Social. Laborum. Murcia. 2010, p. 375.

El CMISS se adoptó el 10 de noviembre de 2007 en la XVII Cumbre Iberoamericana de Santiago de Chile y entró en vigor el 1 de mayo de 2011¹³. Sin embargo, para su efectividad era preciso que los Estados suscribieran el Acuerdo de aplicación que desarrolla el Convenio¹⁴. Recuérdese que el CMISS es un Tratado Internacional, y que como tal, requería la trasposición por cada Estado a su ordenamiento jurídico interno a través de los procedimientos constitucionales o legales habilitados a tal efecto¹⁵.

El CMISS y el Acuerdo son aplicables a quienes estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes. En este tanto, que la persona esté o haya estado sometida a la legislación social coordinada de uno de los Estados parte del Convenio será esencial para determinar su inclusión en el Convenio. El campo de aplicación material está regulado en su art. 3, siendo significativo su orientación al régimen contributivo de la seguridad social¹⁶. Eso sí, sin perjuicio de que por vía bilateral o multilateral se extienda a otras contingencias. De hecho, subraya que en caso de existencia de convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte se aplicarían aquellas disposiciones más favorables al beneficiario. En definitiva, que ante la concurrencia “conflictiva” entre un el CMISS y cualquier otro instrumento internacional se aplicará aquellas disposiciones más favorables para los trabajadores migrantes. De lo anterior se desprende que se podría seleccionar aquellas disposiciones más favorables de cada instrumento a través de la técnica del “espiguelo”, en detrimento de la que resulte más favorable en su conjunto. Se ha señalado que este “trato favorable” hacia el trabajador migrante deviene ser un asunto litigioso y conflictivo por ser un asunto que atañe a los Estados, y no a los trabajadores migrantes¹⁷.

El CMISS está compuesto por un preámbulo, 35 preceptos estructurados en 6 Títulos, a su vez ordenados por Capítulos, y completado por 5 Anexos, el último de ellos dedicado a prever los Acuerdos entre los Estados parte por los que se establecen excepciones a la legislación aplicables según los preceptos 9 y 10 del Convenio¹⁸. En líneas posteriores

¹³Entró en vigor tras su ratificación por siete Estados: Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Portugal, Paraguay, Uruguay y Argentina. Vid. art. 31.1 del CMISS.

¹⁴El CMISS está acompañado de un Acuerdo de Aplicación firmado en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Para conocer el estado del CMISS y del Acuerdo, vid. <http://www.oiss.org/Estado-de-Situacion.html> (Acceso: 13.07.2016).

¹⁵Para el supuesto español, la preceptiva autorización por el Consejo de Ministros para la firma y aprobación de los Tratados, y su correspondiente publicación en el Boletín Oficial del Estado. Vid. art. 94 y 96 de la Constitución. España ratificó el Convenio el 12 de febrero de 2010 y fue publicado, junto al Acuerdo anotado, en el BOE núm. 7 de 08 de Enero de 2011, con vigencia desde el 01 de Mayo de 2011.

¹⁶El art. 3.4 del CMISS excluye expresamente las prestaciones no contributivas de su ámbito de aplicación material. Se trata de una diferencia significativa con el Reglamento 883/2004 antes anotado. Otra diferencia, igualmente significativa, es que el CMISS no incluye las prestaciones en especie, en tanto que el Reglamento Comunitario si las incluye.

¹⁷Sobre este particular, Sánchez-Rodas Navarro, C.; *El Convenio Multilateral Iberoamericano...* Op. cit., p. 219.

¹⁸A tenor del contenido vertido en este enlace no existe anotación alguna registrada en tal Anexo. Vid. http://www.oiss.org/IMG/pdf/ANEXOS_CONVENIO_ESPANOL_AUTENTICADOS.pdf (Acceso: 14 de julio de 2016).

nos dedicaremos al estudio del artículo 10.d) ubicado en el Título I, Capítulo 2, y versa la determinación de la legislación aplicable al trabajo en el mar.

Una vez anotados algunos apuntes sobre el CMISS es adecuado que atendamos al significado del mismo para la industria marítima. Consideramos que la necesidad de articular unas reglas especiales de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito marítimo descansa en el lugar en el que la gente de mar desarrolla su actividad – el buque. Se trata del lugar en el que la gente de mar presta sus servicios, un centro de trabajo que siendo por definición móvil e itinerante, está ideado para navegar por las aguas jurisdiccionales de muy diversos Estados. Estos elementos dificultan la aplicación de las normas laborales y sociales; a la par que son el punto de confluencia de diversas leyes¹⁹. Es esta posibilidad de confluencia la oportunidad de nuestro estudio; pues la concurrencia de normas promulgadas por los diversos Estados crean divergencias entre los derechos de los trabajadores que se desplazan dentro del marco internacional. Es por ello que en justificación de la igualdad de trato y para evitar las complicaciones que se derivan de esta confluencia de trato se crea el Convenio objeto de nuestro estudio.

Con respecto al principio de igualdad de trato pretender amparar a los sujetos que están incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio tengan derecho a los beneficios y queden afectos a las obligaciones previstas en la legislación del Estado que se les aplique, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado²⁰. Desde luego, se trata de un principio transversal a la movilidad y que se debe implantar como la piedra angular del sistema de coordinación de los regímenes de Seguridad Social. La finalidad del principio de igualdad gira en torno a que la nacionalidad no sea un motivo de discriminación, de tal modo que pretende evitar que “los trabajadores migrantes – por el simple hecho de no ostentar la nacionalidad del Estado cuya legislación les resulta aplicable – puedan encontrarse en una situación menos ventajosa que los propios nacionales”²¹.

De este modo, el art. 2 del CMISS permite que un extranjero nacional de un tercer país pueda quedar incluido en el ámbito de aplicación personal. En base a lo anotado se infiere un presunto carácter progresista del Convenio, dado lo avanzado y lo garantista al no condicionar la protección de los trabajadores al requisito de la nacionalidad. Sin embargo tras una lectura detenida del mismo se deduce la exigencia añadida de que el extranjero esté en situación regular o legal. Ello obedece a que para ser sujeto protegido deba haber cotizado en el régimen contributivo de algún Estado parte del CMISS. En base a este apunte se viene a discutir sobre el enmascarado carácter poco progresista del Convenio²².

Con respecto a la confluencia de leyes, el Convenio no pretende unificar los sistemas nacionales de seguridad social de los Estados parte, ni tampoco sustituirlos con la creación de un sistema de Seguridad Social supra-nacional. En esta línea no pretende

¹⁹En mayor profundidad, léase Carril Vázquez, XM.; Aspectos Laborales y de Seguridad Social de los Paellones de Conveniencia. Revista española de Derecho del Trabajo nº 108/2001. BIB/2001/1741.

²⁰Vid. art. 4 del CMISS.

²¹Cfr. Sánchez-Rodas Navarro, C.; El Convenio Multilateral Iberoamericano...Op. cit, p. 207.

²²Ídem p. 212.

derogar, ni siquiera modificar los regímenes nacionales de los Estados parte. El CMISS nace en un marco de respeto a la soberanía de los Estados para regular la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, y sobre todo para garantizar los derechos de los trabajadores migrantes.

De este modo, pretende que las personas migrantes incluidas en el ámbito de aplicación personal del Convenio reciban una igualdad de trato que los nacionales del país. Así, se ha señalado que “estamos ante un instrumento internacional para facilitar la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad iberoamericana”²³, como “el puente jurídico indispensable”²⁴ que facilita al trabajador móvil la protección que le pueda brindar el sistema de Seguridad Social. Se han distinguido cuatro pilares fundamentales del CMISS: la unicidad de la legislación aplicable, la igualdad de trato, la totalización de los periodos y la supresión de las cláusulas de residencia. A continuación nos remitimos al estudio del primero de ellos, la legislación aplicable.

III. A VUELTAS CON LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS RELACIONES DE TRABAJO MARÍTIMAS

El CMISS dispone en su art. 9 como regla general para la determinación de la legislación de Seguridad Social aplicable la del lugar de prestación de los servicios. Esta regla vincula la Seguridad Social de los trabajadores migrantes a la legislación del territorio donde ejerzan su actividad el trabajador²⁵. Es decir, los sujetos podrán beneficiarse de los derechos y estarán afectos a las obligaciones que estipule el Estado donde efectivamente desarrollan la actividad.

Esta norma general se traza como la piedra del pilar que delimita la unicidad de la legislación aplicable por la que aboga el CMISS. Empero, el mismo precepto matiza “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”, para recoger hasta una decenas de excepciones a la regla.

Estas excepciones están redactadas en el art. 10 del CMISS para atender a diversas situaciones como los desplazamientos temporales de determinados trabajadores a otro Estado, el personal itinerante al servicio del transporte aéreo, el personal al servicio de una empresa pesquera mixta, los trabajadores empleados en trabajos de carga, descarga, reparación de buques y servicios de vigilancia en puerto, los miembros de las misiones diplomáticas y consulares, entre otras. Dado el carácter de nuestro estudio y las singularidades del trabajo marítimo, hemos considerado adecuado detenernos en el análisis de la regla especificada en el apartado d. del mismo. En este análisis hemos estructurado el art. 10 d) en dos puntos.

La primera parte del precepto señala que “una actividad dependiente o no dependiente que se desarrolle a bordo de un buque en el mar, que enarbole el pabellón de un Estado parte, será considerada como una actividad ejercida en dicho Estado parte”. De su

²³Cfr. Sánchez Rodas, C.; Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral...Op. cit., p. 183.

²⁴El puente jurídico nos parece una expresión que refleja de buen grado el significado del Convenio en este ámbito que viene a establecer lazos intra-oceánicos. Expresión acuñada por Sánchez-Rodas Navarro, C.; El Convenio Multilateral Iberoamericano...Op. cit. p. 205.

²⁵Vid. art. 4 del Convenio Multilateral Iberoamericano. Esta es la regla general reiterada en el art. 9.

lectura se predica la opción del Convenio por la ley del Estado de bandera del buque como factor que determinará la legislación aplicable a las relaciones jurídicas a bordo del buque. Sin embargo, este criterio deja de tener virtualidad desde el momento en el que el país que abandera al buque sea una bandera de conveniencia, pues lo más común es que no exista vínculo socio-económico real de las relaciones jurídicas con el Estado que abandera al propio buque²⁶. De este modo se hace evidente el carácter artificial de este tipo de vinculación por la creación de una ficción que apenas ha sido cuestionada por el Derecho sustantivo. De hecho, el CMISS continúa manteniendo esta ficción, y ello a pesar de la problemática suscitada y de las limitaciones que presenta este tipo de conexión. Una problemática y unas limitaciones que se desarrollan con la evolución y con el protagonismo de las banderas de conveniencias y su incidencia perversa y directa en el deterioro de los derechos socio-laborales de la gente de mar. Se trata de una cuestión que viene siendo muy criticada por la doctrina, ante todo la doctrina *iustlaboralista*, y que está siendo discutida y planteada en el seno de los Tribunales de Justicia²⁷.

Con ello estamos subrayando que el recurso masivo a las banderas de conveniencia, en los que no existe vínculo alguno socio-económico entre el Estado de registro y el buque, desvirtúa la opción del CMISS, pues supone el deterioro de las condiciones de trabajo y de la protección de los trabajadores del mar. Ello obedece a que es usual que los armadores, a la hora de matricular sus buques recurran a aquellos Estados que disponen de una legislación socio-laboral más ajustada a sus intereses y sus necesidades empresariales²⁸. Así, se inclinarán por los Estados en los que no existan un régimen de Seguridad Social que suponga un incremento de los costes de explotación, y que influyan en un rendimiento más óptimo de su negocio. Además, ante la ausencia de este vínculo, se incumple la norma internacional; en concreto, la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar (CNUMD)²⁹. Esta norma exige la existencia de un elemento de conexión del buque con el Estado de bandera, que se debiera concretar en el deber del Estado de ejercer su jurisdicción sobre su propia flota. Dada la vaguedad

²⁶A tal efecto, “parece evidente que continuar manteniendo la ley de pabellón, como principio de aplicabilidad de los sistemas de seguridad social a los trabajadores del mar no corresponde con la realidad subyacente en la que la inmensa mayoría de este colectivo de trabajadores presta servicios”. Cfr. Fotinopoulou Basurko, O.; “¿Es Necesario Reformular el art. 7 de la LGSS ante la Decadencia del Criterio de la Ley del Pabellón como criterio de Conexión de los Sistemas de Seguridad Social de la Gente de Mar?”. Revista de Derecho de la Seguridad Social nº 5/2015, p. 73.

²⁷La decisión del Tribunal Europeo contra el principio de la ley de pabellón se ha planteado de forma reciente, y como es obvio circunscrita al ámbito comunitario, en la STJUE de 19 de marzo de 2015, Asunto 266/13, en la que el Tribunal considera que la ley de pabellón no es un criterio que deba seguir determinando la aplicación de la legislación aplicable al ámbito de la seguridad social.

²⁸El ahorro de costes se materializa en el orden socio-laboral, si bien es posible el ahorro de costes con el recurso a las banderas de conveniencia, con otros factores como, el factor fiscal y medio ambiental o de seguridad marítima. Obra reconocer el “esfuerzo” de determinadas banderas de conveniencia por una política de seguridad marítima adecuada, y ello es fruto de la presión de la Comunidad Internacional y del control ejercido por el Estado rector del puerto. Cabe señalar que los Estados marítimos tradicionales quieren volver a ser competitivos y están planteando políticas fiscales y laborales internas atractivas para los armadores. La United Kingdom Shipping Register ha publicado un informe en el que analiza los cambios a realizar por el registro británico para ser más competitivo. Vid. http://www.alinkfor.me/CoS/UKSR_Advisory_Panel_Final_Report.pdf (Acceso: 13.07.2016).

²⁹Vid. art. 91 y 94 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982.

con la que está formulada es muy común que no exista este vínculo real. Ante todo porque el armador desea que sea así, de modo que este se ubica en cualquier otro país para favorecer precisamente que las relaciones jurídicas acaecidas en el buque queden sujetas a la legislación de un tercer Estado que le permita una gestión más autónoma de su negocio.

Además, es sabido que ante la confluencia de diversas leyes es común que opere el criterio para determinar el régimen jurídico aplicable el del lugar de prestación de los servicios (*lex loci laboris*)³⁰. Igualmente, si lo trasladamos a la industria marítima se daría una circunstancia peculiar que describimos a continuación y que complica la situación. El lugar en el que los marinos desempeñan su actividad es el buque que por definición es un centro de trabajo móvil e itinerante. De modo que el marino queda sujeto a la legislación del Estado donde se registra el buque, que suele ser distinta a la nacionalidad del propio marino, y que a su vez difiere de la nacionalidad del empresario que o bien contrata al trabajador o bien remunera sus servicios.

En definitiva la norma sustantiva mantiene como incuestionable y hegemónico el principio de la ley de pabellón como criterio para determinar la legislación aplicable a las relaciones jurídicas desarrolladas en el mar. Ahora bien, continuando con el análisis del art. 10 apartado d) del CMISS que dispone de una regla especial para la determinación de la legislación aplicable a las relaciones jurídicas marítimas, nos centramos en el segundo punto o párrafo del precepto, que declara una salvedad al primero.

Esta excepción acontece cuando el marino ejerce su actividad de forma dependiente a bordo de un buque que enarbola la bandera de un Estado, pero que sin embargo es remunerado por una persona, física o jurídica, que tiene su sede o domicilio en el territorio de otro Estado parte en el que el trabajador del mar tiene su residencia. Desde esta perspectiva, la legislación aplicable al trabajador del mar será la del Estado donde esté ubicado el empresario que abone los servicios al trabajador del mar, que a su vez, debe ser el Estado donde el trabajador resida³¹. El panorama Iberoamericano el CMISS prevé una única excepción planteada por un criterio, limitada eso sí a los trabajadores dependientes, por el que atiende una salvedad. En este sentido se declina en determinar la ley aplicable de aquel Estado parte donde resida el trabajador del mar siempre y cuando en este Estado tenga su sede o su domicilio la empresa o persona que remunera al trabajador por esa actividad. Ante este supuesto, en principio, estaríamos ante una excepción a la ley de bandera por la que se puede proyectar el siguiente supuesto. Un trabajador que resida en Brasil, territorio en el que está establecido su pagador, ya sea persona o empresa, y que presta sus servicios a bordo de un buque matriculado en

³⁰Ha sido un criterio tradicional aplicar por analogía a las relaciones jurídicas marítimas aplicar la ley de pabellón por analogía a la *lex loci laboris*. Sin embargo, esta analogía es impracticable si atendemos al criterio recogido en el art. 6.2 a) Convenio de Roma, que recoge un elemento territorial, cual es “el lugar donde el trabajador ejecute habitualmente su actividad”. Este elemento territorial resultaría poco adecuado atendiendo a que el buque no es una extensión del territorio del Estado donde se matricula. Con este fundamento, y con sólidos argumentos, véase, Fotinopoulou Basurko, O: “Reflexiones acerca de la ley del pabellón como criterio de conexión conflictual a efectos de la determinación de la ley aplicable al contrato de embarque”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 11/2006. www.iustel.com.

³¹Nos sumamos a la crítica esgrimida por Fotinopoulou Basurko, O.; “Reflexiones Acerca de la Ley del Pabellón...Op. cit. pp. 9-11.

Bolivia, quedará sujeto a la legislación del Estado brasileño, en vez de a la legislación del pabellón de conveniencia boliviano³². Nos parece adecuado subrayar, así mismo, que otras banderas de conveniencia reconocidas como Panamá, a pesar de ser miembro de Pleno Derecho de la OISS, ni si siquiera ha firmado, ni ratificado el CMISS ni el Acuerdo de aplicación, y ello a pesar de haber ratificado años atrás el antecesor del CMISS, el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social³³.

Sin embargo, conviene profundizar en este criterio que *a priori* se constituye como una salvedad al criterio de la ley de pabellón. Este elemento de conexión está relacionado con el lugar donde tenga establecida la sede o las sedes la empresa marítima, de tal modo se puede apuntar a ser una forma de resucitar el criterio *lex loci laboris* aplicado al buque³⁴. Se trataría de un criterio *lex loci delegationis* desde el momento en el que se defiende que el buque es el centro de trabajo donde los trabajadores del mar prestan sus servicios, estarían sujetos a la ley aplicable al centro de trabajo³⁵. La complejidad deriva en determinar qué cabe entender por la sede de la empresa atendiendo a los diferentes parámetros que se pueden observar al respecto³⁶, y atendiendo también al protagonismo que en la industria marítima adquieren las agencias de colocación³⁷, de dudosa legalidad.

IV. CONCLUSIONES

Tras el estudio del CMISS podemos valorar que es un instrumento que ofrece una respuesta a la globalización, y que pretende atender a la singularidad de la industria marítima al orquestar una regla especial para la determinación de la ley aplicable a las relaciones de trabajo marítimas. Sin embargo, el mismo no resulta en absoluto novedoso

³²A cuenta de la calificación de Bolivia como bandera de conveniencia, obra señalar que no existe un listado “oficial” de este tipo de banderas, por lo que tomamos como referencia el registro que publica la International Transport of Seafarers. Para conocer qué registros figuran en la lista de ITF y su modus operandi consúltese <http://www.itfseafarers.org/defining-focs.cfm/ViewIn/SPA> (Acceso: 16 de julio de 2016).

³³Firmado en Quito el 26 de enero de 1970; Panamá lo aprobó por Ley n° 4 de 7 de noviembre de 1978, publicada en la Gaceta Oficial N° 19,198 de 17 de noviembre de 1980.

³⁴Igualmente se mantiene en el Reglamento Comunitario en el art. 11. 4 que viene a ser la inspiración del CMISS.

³⁵Sobre este particular, Camara Botiá, A.; El Contrato de Trabajo Aeronáutico. Civitas. Madrid. 1994, p. 49; Alonso Olea, M.; y Casas Baamonde, M.ª E.; Derecho del Trabajo. Civitas. Madrid. 2000, p. 723; Szasy, S.; Annuaire de l’IDI, 1971, t.I, “Exposé Preliminaire”, p. 347 y ss. Szasy, S., “The Proper Law of the Contract”. International and Comparative law Quaterly, vol. 17/1968, Pp. 12 y 13.

³⁶En la industria marítima es muy habitual el recurso a diferentes prácticas empresariales relacionadas con los grupos de empresas, con sociedades fantasmas y con otros vínculos societarios que tejen una maraña por la que hace complejo determinar los requisitos que nos llevaría a conocer donde está ubicado establecimiento o sede de la empresa. Esta situación plantea una problemática que se puede conducir a aplicar un punto de conexión con la ley aplicable basado en una ficción.

³⁷La actuación de las agencias de colocación plantea numerosos problemas en lo que respecta a las relaciones socio-laborales, en tanto se pueden identificar como los reales empresarios laborales, o en tanto se puede plantear que sea el establecimiento contratante del marino. Nuevamente, se entiende que el criterio del establecimiento de la empresa puede ser desaconsejable al generar abusos en su empleo y por constituir un punto ficticio. Sobre este particular, Fotinopoulou Basurko, O.; De Nuevo sobre la Ley Aplicable al Contrato de Embarque. Revista de Derecho Social n°58/2012, pp. 140-143.

ni progresista, pues sigue haciendo valer la ley de pabellón como criterio para establecer el régimen jurídico aplicable. Bien es cierto que prevé una única matización a la hegemónica ley. Este matiz está orientado al supuesto en el que el trabajador que realice una actividad dependiente sea remunerado por una empresa o por una persona que tenga su sede o domicilio en otro Estado parte, siempre que el marino resida en éste, quedará sujeto a la ley de aquel Estado, aunque el buque en el que preste sus servicios esté matriculado en otro Estado. Sin embargo, tal y como hemos apuntado, dada la amplitud del término, puede tratarse de una forma de conducir a la aplicación de la ley de bandera. Así es defendido por una parte de la doctrina desde que entiende que el buque es un centro de trabajo, sede o delegación de la empresa, y que las prestaciones de servicios desarrolladas en cada uno estarían sujetas a la ley de pabellón. Entendemos que es un criterio un tanto forzado para continuar con la hegemonía de la ley de pabellón a las relaciones jurídicas marítimas.

Por tanto, la sujeción a la ley de bandera determina que la relación jurídica quede afectada al régimen de Seguridad Social del país que abanderada el buque, y determinará el encuadramiento de los trabajadores en su sistema, ante el supuesto que lo hubiere. En este tenor esbozamos una carencia del CMISS que se materializa ante el supuesto de que el país no dispense de un sistema de protección social a sus trabajadores

En definitiva, el criterio de la ley de bandera en la determinación de la regulación aplicable al régimen de Seguridad Social deviene insuficiente para las relaciones laborales marítimas. Esta insuficiencia descansa en dos fundamentos que giran en torno a las singularidades por las que discurre las relaciones marítimas: el buque como lugar de prestación de servicios del marino y la consiguiente ficción ideada sobre el vínculo que debiera existir entre el buque y el Estado de bandera. En el escenario descrito el papel protagonista lo siguen luciendo las banderas de conveniencia y el consiguiente deterioro de los derechos socio-laborales de la gente de mar, entre ellos; la ausencia de un régimen de seguridad social protector con los trabajadores.

En base a lo anotado consideramos que el CMISS no se aleja del criterio de la ley de pabellón como principio que estructura el régimen jurídico aplicable a las relaciones jurídicas. Atendiendo a que este principio queda desdibujado ante el recurso masivo a las banderas de conveniencia, en los que no existe vínculo alguno entre el buque y el Estado de abanderamiento, consideramos que la redacción del CMISS debió haber atendido a la realidad plasmada por las banderas de conveniencia en esta industria. En esta redacción se debió de trazar otros principios rectores para conocer la norma aplicable y la responsabilidad de los actores marítimos. Existen diferentes pronunciamientos judiciales que se han venido alejando del principio rector de la ley de pabellón como criterio para determinar la ley aplicable al aspecto de la protección social. Se trataría de ajustar la norma sustantiva a los criterios que han venido interpretando los Tribunales, de forma que se concibiera una norma protectora con los derechos sociales de la gente de mar. Este planteamiento es preciso para garantizar los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios a bordo de un buque, que son el paradigma de la movilidad y que trabajan en un sector genuinamente globalizado.

Otra cuestión será reflexionar sobre la actuación de los Estados signatarios del presente Convenio y de su Acuerdo de aplicación para considerar varios apuntes. En primer término que solo Bolivia es considerado como un Estado que ofrece una bandera de conveniencia, por ende ello nos podría llevar a concluir de lo matizable que puede ser la incidencia de las banderas de conveniencia en la eficacia del Convenio. Sin embargo,

ello no es óbice para criticar la falta de atención de los redactores del Convenio a la problemática que suscita y seguirá suscitando las banderas de conveniencia a nivel mundial. En segundo término debemos considerar que Panamá como bandera de conveniencia por antonomasia, y aún formando parte de la OISS, no llegó a firmar ni a ratificar ninguno de los instrumentos reseñados. En este sentido, el país panameño se hace valer de acuerdos bilaterales, como el que tiene suscrito con el Estado español en relación a las cuestiones administrativas en el ámbito de la Seguridad Social. Claro está del carácter sesgado y delimitado en el espacio de este tipo de instrumentos.

A tenor de todo lo subrayado, y dado el alcance del factor de la Seguridad Social como elemento vertebrador de la protección social de los trabajadores migrantes cabe anunciar un planteamiento relacionado con la vertiente externa de la Seguridad Social: la extensión de la aplicación de la protección social traspasando sus fronteras sorteando el principio de territorialidad, y abogando por un proyecto global de Seguridad Social que atienda los las repercusiones y las consecuencias de los flujos migratorios. Eso sí, se trata de un planteamiento que se topará con numerosos obstáculos y reticencias en el terreno práctico. Sin embargo, los Estados no pueden quedar inmóviles ante los hechos consumados de la globalización, y deben seguir realizando esfuerzos y crear sinergias para que aquella no signifique el deterioro de los derechos sociales de los trabajadores.

ARTÍCULO 11

“Excepciones

Dos o más Estados Parte, las Autoridades Competentes de esos Estados o los organismos designados por esas autoridades podrán establecer, de común acuerdo, excepciones a los artículos 9 y 10, en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, siempre que las mismas aparezcan relacionadas en el Anexo V”.

EVA MAS GARCÍA

Colaboradora Honorífica Universidad Miguel Hernández
Abogado

RESUMEN

Este precepto recoge la posibilidad que poseen determinados sujetos de establecer, por medio de acuerdos, determinadas excepciones referidas por un lado a la regla general de la legislación aplicable, y por otro a las reglas especiales que se establecen respecto a la regla general, en beneficio de determinadas personas.

PALABRAS CLAVES: Seguridad Social trabajadores migrantes; legislación aplicable; excepciones; acuerdos bilaterales o multilaterales.

ABSTRACT

This article refers to the possibility for certain subjects to establish, by means of agreements, certain exceptions referring, on one hand, to the general rule of the applicable law and, on the other hand, to the special rules that are established with respect to the general rule, for the benefit of certain individuals.

KEYWORDS: Social Security, migrant workers, applicable law, exceptions, bilateral o multilateral agreements.

SUMARIO

I. CONTENIDO JURÍDICO

II. OBLIGATORIEDAD DE ALCANZAR ACUERDOS

III. SUJETOS LEGITIMADOS

IV. EXCEPCIONES REFERIDAS A LA UNICIDAD DE LEGISLACIÓN APLICABLE Y A LA EXCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE UNICIDAD DE LEGISLACIÓN APLICABLE

V. CONCLUSIONES

I. CONTENIDO JURÍDICO

Dispone el precepto analizado que “dos o más Estados Parte, las Autoridades Competentes de esos Estados o los organismos designados por esas autoridades podrán establecer, de común acuerdo, excepciones a los artículos 9 y 10, en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, siempre que las mismas aparezcan relacionadas en el Anexo V”.

Como ya se ha puesto de manifiesto en el análisis de anteriores artículos, este Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es el alma gemela del Reglamento 883/2004, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, con el que comparte los mismos principios, disposiciones e instrumentos jurídicos.

Casi poniendo el broche final al Título I de este convenio se encuentra recogida una mención en forma de artículo 11, a las excepciones que podrían establecerse respecto del contenido de los artículos 9 y 10 de dicho convenio.

Por otro lado, pero en consonancia con el convenio, el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social reconoce asimismo en su artículo 11, como no puede ser de otra manera, las excepciones a las reglas previstas en cuanto a la legislación aplicable; reglas recogidas en los artículos 6 a 10 del acuerdo de aplicación del convenio. En virtud del artículo 11 del acuerdo de aplicación del convenio: “Las reglas contenidas en este Capítulo 2 no se aplicarán en los casos en que, en aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 11 del Convenio, las Autoridades Competentes de los respectivos Estados Parte del mismo, o los organismos designados por tales autoridades, hayan acordado determinadas excepciones a los artículos 9 y 10 del Convenio, en cuyo caso se estará a lo establecido en tales acuerdos”.

Dicho todo lo anterior se ha de poner de manifiesto el reconocimiento expreso que se recoge en el artículo 11 del convenio respecto a la posibilidad de que se establezcan excepciones en primer lugar, a la regla general de determinación de la legislación aplicable (art. 9 convenio) y en segundo lugar a la posibilidad de que se pueda establecer excepciones a determinadas reglas especiales relativas a la legislación aplicable (art. 10 convenio).

Las excepciones que se recogen en este artículo 11 hacen de éste un artículo muy general, cuyo contenido es casi idéntico al apartado 1 del artículo 16 del Reglamento 883/2004, si bien el contenido de los artículos a los que se refiere no es el mismo. (Artículo 16. Excepciones a los artículos 11 a 15 1. Dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, excepciones a los artículos 11 a 15).

II. OBLIGATORIEDAD DE ALCANZAR ACUERDOS

Para proceder al análisis de este artículo hay que remitirse no sólo al articulado del convenio sino también al del acuerdo de aplicación del convenio.

En primer lugar, se ha de reseñar que este artículo obliga a un acuerdo, cuanto menos bilateral entre dos sujetos competentes para alcanzar dicho acuerdo, al objeto de

establecer excepciones a las reglas general (art. 9) y especiales (art. 10) referidas y contenidas en el Capítulo 2 del convenio relativo a la determinación de la legislación aplicable.

No se pueden establecer dichas excepciones de manera unilateral, debe haber un acuerdo bien bilateral o bien multilateral entre sujetos legitimados.

III. SUJETOS LEGITIMADOS

Determina como sujetos activos legitimados para el establecimiento de las posibles excepciones a los artículos 9 y 10, a los siguientes:

los Estados Parte,
las Autoridades Competentes de esos Estados Parte o,
los organismos designados por esas autoridades.

En cuanto a los Estados Parte se ha referir que la entrada en vigor del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano y por tanto de la efectividad del convenio se ha producido en diferentes fechas para cada uno de los Estados firmantes, siendo el último en entrar en vigor el de Perú (20/10/2016). Los Estados Parte a los que se refiere este artículo 11 son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal y Uruguay.

También reconoce este artículo como sujetos legitimados para establecer excepciones a los artículos 9 y 10 del convenio, a las autoridades competentes de dichos estados, siendo necesario acudir no sólo al convenio sino también al acuerdo de aplicación del convenio, para conocer qué se debe entender por cada una de ellas:

El artículo 1.1.c) del convenio y como regla general establece que para cada Estado Parte será autoridad competente la que designen los correspondientes Estados Parte, debiendo ser designada como tal en el acuerdo de aplicación.

El artículo 2.1 del acuerdo de aplicación reconoce que las autoridades competentes de los diferentes Estados Parte para la aplicación del convenio figuran en el Anexo I del acuerdo de aplicación del convenio.

Cada uno de los Estados Parte ha designado como autoridades competentes a los siguientes:

Por Argentina: el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Por Bolivia, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Por Brasil, el Ministro de Estado de Previsión Social.

Por Chile, el Ministro del Trabajo y Previsión Social.

Por El Salvador, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

Por Ecuador, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Por España, el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Por Paraguay, el Ministerio de Justicia y Trabajo.

Por Portugal, el Ministro de Solidaridad y Seguridad Social.

Por Uruguay, El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Como últimos sujetos competentes para establecer excepciones a los artículos 9 y 10 del convenio se reconoce a los diferentes organismos que designen las autoridades competentes de cada uno de los Estados Parte.

El artículo 1.1.g) del convenio delimita como Institución Competente, el Organismo o la institución responsable de la aplicación de las legislaciones mencionadas en el artículo 3 y que se deben relacionar en el acuerdo de aplicación.

El artículo 2.2. del acuerdo de aplicación del convenio determina que las instituciones responsables de la aplicación de las legislaciones de Seguridad Social, recogidas en el artículo 3 del convenio, denominadas Instituciones Competentes son las que figuran en el Anexo 2.

Únicamente España y Portugal desglosan en ese Anexo II, los organismos que se han de encargar de la determinación de la legislación aplicable:

Por un lado España reconoce como institución competente en los estados parte del convenio del artículo 2.2 del Acuerdo de aplicación a la TGSS en relación a las Disposiciones sobre la Legislación aplicable.

Por otro lado Portugal diferencia los organismos dependiendo de si se refiere al Continente, a la Región autónoma de Azores o a la Región Autónoma de Madeira, a los efectos de delimitar la institución competente:

a.- Para el continente en relación a la determinación de la legislación aplicable, a los efectos de aplicación del artículo 11 recoge al Departamento de Prestaciones y Contribuciones del Instituto de Seguridad Social.

b.- Región autónoma de Azores designa a la Dirección Regional de Solidaridad y Seguridad Social a los efectos de la determinación de la legislación aplicable.

c.- Región Autónoma de Madeira designa al Centro de Seguridad Social de Madeira a los efectos de la determinación de la legislación aplicable.

Todos los sujetos arriba mencionados son competentes para establecer, de común acuerdo, como ya hemos reiterado a lo largo de este análisis, excepciones a los artículos 9 y 10 del Convenio. A pesar de que ya han sido analizados estos artículos en este número, es necesario reseñar brevemente el contenido de ambos.

IV. EXCEPCIONES REFERIDAS A LA UNICIDAD DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE Y A LA EXCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE UNICIDAD DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

Si bien el artículo 9 del convenio consagra la regla general de aplicación de la legislación de Seguridad Social del país en el que se desarrolle la actividad laboral o profesional que ocasione la aparición del derecho a percibir prestaciones, el artículo 10 recoge unos supuestos a los que no será de aplicación este principio de unicidad de la legislación aplicable. Se refiere a las personas que ejerzan actividades dependientes o no dependientes y que se trasladen con carácter temporal a otro Estado Parte, o al personal itinerante de las empresas de transporte aéreo, o a los trabajadores marítimos, etc.¹

Son competentes por tanto, para establecer excepciones al principio de unicidad de la legislación aplicable, como para establecer excepciones a la excepción de este principio.

Este artículo determina por último, una condición sine qua non para poder establecer excepciones a la legislación aplicable para determinadas personas. Se reconoce expresamente que las excepciones que se pueden establecer en cuanto al contenido de los artículos 9 y 10 del convenio serán a los efectos de beneficiar a determinadas personas o categorías de personas siempre que aparezcan relacionadas en el Anexo V de este Convenio.

Dicho Anexo V está en la actualidad, vacío de contenido, no siendo por tanto posible acordar excepciones en cuanto a los contenidos y para los beneficiarios reconocidos en los artículos referidos y respecto a la determinación de la legislación aplicable.

V. CONCLUSIONES

Se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina legal la interpretación de este artículo 11 en el que concluyen la exigencia de que por acuerdos bilaterales o multilaterales, determinados sujetos legitimados entre los que se encuentran los Estados Parte podrán modificar, tanto el artículo 9 sobre la regla general para determinar la legislación aplicable como el artículo 10 sobre excepciones a la regla general de unicidad de la legislación aplicable, que determina que se aplica a los trabajadores la legislación del Estado en donde se encuentren realizando su actividad. Dichas modificaciones deberán recogerse en el Anexo V del Convenio. Por otro lado el Acuerdo de Aplicación del Convenio en su artículo 11, también regula las posibles excepciones que pueden establecerse por acuerdo de partes, a los artículos 9 y 10 del Convenio².

¹Vid. 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*, Vol. I, nº1/ 2016.

²Vid. Artículo 11 Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en Vidal Amaral, A.F.; Bortagaray Flangini, A.A y Burgueño Álvarez, M.I.; "Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social". VII Premio OISS. Secretaría General de la OISS. Madrid, 2012.

ARTÍCULO 12

“Seguro voluntario

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

MAR ALARCÓN CASTELLANOS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

POR PROBLEMAS TÉCNICOS ESTE ARCHIVO ESTÁ TEMPORALMENTE
DESHABILITADO. DISCULPEN LAS MOLESTIAS

ARTÍCULO 13

“Determinación de las prestaciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

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

Universidad de Granada

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

SUMARIO

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

II. DISPOSICIONES SOBRE PRESTACIONES Y PRINCIPIOS APLICABLES EN EL CMISS

A. LA PERSONA MIGRANTE Y EL PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN

B. REQUISITOS APLICATIVOS Y CONDICIONANTES AL PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN

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

1. EL CÁLCULO DE LA CUANTÍA TEÓRICA Y REAL

2. PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN DEL GRADO DE INVALIDEZ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰Para más inri, el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la UE establece un mandato dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo por el que, en materia de Seguridad Social, se deberán adoptar: “... las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros”.

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

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

II. DISPOSICIONES SOBRE PRESTACIONES Y PRINCIPIOS APLICABLES EN EL CMISS

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

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

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

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

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

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

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

A. LA PERSONA MIGRANTE Y EL PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN¹⁸

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

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

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

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

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

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

B. REQUISITOS APLICATIVOS Y CONDICIONANTES AL PRINCIPIO DE ASIMILACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. EL CÁLCULO DE LA CUANTÍA TEÓRICA Y REAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN DEL GRADO DE INVALIDEZ

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

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

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

ARTÍCULO 14

“Períodos inferiores a un año

- 1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando la duración total de los períodos de seguro, cotización o empleo, cumplidos bajo la legislación de un Estado Parte no alcance a un año y, con arreglo a la legislación de ese Estado Parte, no se adquiriera derecho a prestaciones económicas, la Institución Competente de dicho Estado Parte no reconocerá prestación económica alguna por el referido período.*
- 2. Los períodos citados se tendrán en cuenta, si fuera necesario, por las Instituciones Competentes de los demás Estados Parte para el reconocimiento del derecho y la determinación de la cuantía de la pensión según su propia legislación.*
- 3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando los períodos acreditados en cada uno de los Estados Parte fueran inferiores a un año, pero totalizando los mismos fuera posible adquirir el derecho a prestaciones bajo la legislación de uno o varios Estados Partes, deberá procederse a su totalización, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13, apartado 1.b”).*

M^a CARLOTA MORENO ACUÑA

Administrador General en la Junta de Andalucía

RESUMEN

El Estado Parte en el que se solicita una prestación económica no puede, con arreglo a su legislación, reconocer derecho alguno a un trabajador si no cumple el período mínimo exigido. Ahora bien, ese período sí puede ser tenido en cuenta en otro Estado Parte, si así lo solicita el trabajador, porque fuera necesario para que éste pueda alcanzar el derecho a recibir una prestación económica de acuerdo con la legislación de este otro Estado. Si el trabajador ha acreditado períodos de seguro, cotización o empleo en varios Estados Parte sin que ninguno de ellos tenga la duración mínima necesaria de un año para que se le reconozca el derecho a prestación de carácter económico, la Institución del Estado Parte que sea competente para reconocer y tramitar la prestación de carácter económico deberá tener en cuenta el total de los períodos que el trabajador pueda acreditar en los diferentes Estados Parte en los que haya cubierto esos períodos.

PALABRAS CLAVE: Prestaciones, períodos de cobertura, pensión de jubilación, supervivencia o accidentes de trabajo, Estados Parte, trabajadores.

ABSTRACT

The Competent Authorities of the Contracting States will take into account, where a person has completed a period of coverage under the laws of some of them, but does not have completed sufficient periods of coverage under the laws of any of the Contracting States to satisfy the requirements for entitlement to benefits under their laws, that Authority shall take into account, for the purpose of establishing entitlement to benefits under the Article 14, periods of coverage which are credited under other Contracting States laws and which do not coincide with periods of coverage already credited under its own laws.

KEYWORDS: Provisions, periods of coverage, entitlement to old-age, survivors or disability benefits, the Contracting States, workers.

SUMARIO

I. PERÍODOS DE SEGURO, COTIZACIÓN O EMPLEO DE DURACIÓN INFERIOR A UN AÑO

II. EL ACUERDO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

III. EJEMPLOS EN DERECHO COMPARADO

IV. CONCLUSIONES

I. PERÍODOS DE SEGURO, COTIZACIÓN O EMPLEO DE DURACIÓN INFERIOR A UN AÑO

El artículo 14 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social¹, incluido en el Capítulo I del Título II del mismo, dedicado a las Disposiciones Particulares a las que están sometidas en concreto las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, se refiere a las consecuencias que para los trabajadores supone haber cumplido períodos de seguro, cotización o empleo de duración inferior al año.

El ámbito de aplicación personal comprende tanto trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, sus familiares beneficiarios y derechohabientes².

El ámbito de aplicación material comprende las prestaciones económicas asociadas a las contingencias de invalidez, vejez, supervivencia y accidentes de trabajo y enfermedad profesional³, excluyéndose expresamente las prestaciones médicas así como las prestaciones de carácter no contributivo.

En su primer apartado el artículo recoge la solución a priori más lógica para el caso en que no se cumpla la condición temporal mínima de un año. En ese caso, el Estado Parte en el que se solicita la prestación económica no puede, con arreglo a su legislación, reconocer derecho alguno a ese trabajador.

Ahora bien, de acuerdo con el apartado segundo del artículo, ese período sí puede ser tenido en cuenta en otro Estado Parte, si así lo solicita el trabajador, porque fuera necesario para que éste pueda alcanzar el derecho a recibir una prestación económica de acuerdo con la legislación de este otro Estado.

Y, en su último apartado, el artículo 14, recoge una solución que ya adelanta el Convenio Iberoamericano en la letra b del apartado 1 de su artículo 13, dedicado a la determinación de las prestaciones. Se trata del supuesto en que el trabajador ha acreditado períodos de seguro, cotización o empleo en varios Estados Parte sin que ninguno de ellos tenga la duración mínima necesaria de un año para que se le reconozca el derecho a prestación de carácter económico.

Es sin duda una situación de mayor precariedad que la contemplada en el artículo 13, en la que el trabajador sí supera el año del período de que se trate, faltándole alcanzar ese mayor número de años que establecen los Estados Parte para otorgar la prestación económica de acuerdo con sus respectivas legislaciones y sistemas de Seguridad Social.

¹En el marco de la V Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social, que se realizó en Segovia, España, el Ministro del Trabajo y Previsión Social de Chile, Sr. Yerko Ljubetic, acordó iniciar el proceso de negociación de un Convenio Multilateral de Seguridad Social de la Comunidad Iberoamericana. Dicha Conferencia, con el título de "La Seguridad Social en Iberoamérica: Cuestiones de Futuro" reunió a 13 ministros de Estado y 50 altos responsables de Seguridad Social de 19 países iberoamericanos, de España, Portugal y Andorra, y el documento que suscribieron se presentó en la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. El Convenio Multilateral fue unánimemente adoptado por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado, celebrada en Santiago de Chile (2007).

²Art. 2 del Convenio Multilateral Iberoamericano de 2007.

³Art. 3 del Convenio Multilateral Iberoamericano de 2007.

Pues bien, así como según el artículo 13 la Institución del Estado Parte que sea competente para reconocer y tramitar la prestación de carácter económico deberá tener en cuenta el total de los períodos que el trabajador pueda acreditar en los diferentes Estados Parte en los que haya cubierto esos períodos, de igual manera se deberá proceder en el supuesto del artículo 14, apartado 3.

Asimismo, esa Institución competente para ese cálculo deberá, en primer lugar, calcular el importe teórico que correspondería al trabajador, que es el que resultaría si todos los períodos acreditados hubieran tenido lugar efectivamente en ese Estado. A continuación, calculará el importe real aplicando al teórico la proporción que exista entre los períodos cumplidos en ese Estado y los totalizados cumplidos en los demás Estados Parte. Tal como puntualiza el artículo 13, esos períodos deberán ser anteriores al momento en que se produce la contingencia que da lugar a que el trabajador solicite la prestación económica.

Ya el artículo 5 del Convenio Multilateral, situado en el Capítulo I del Título I, dedicado a las Disposiciones Generales, dispone que los trabajadores puedan valerse de los períodos asegurados, cotizados o trabajados en otros Estados Parte distintos de aquel a cuya legislación o prestaciones pretenden acceder, si este último les impusiera condiciones que así lo hicieran necesario, para lo cual la Institución Competente del mismo ha de tenerlos en cuenta.

El Convenio deja claro por tanto, a lo largo de su articulado, una constante preocupación por velar porque los trabajadores no vean limitados o cercenados sus derechos a obtener prestación económica si, debido a los desplazamientos, cumplen los períodos de tiempo necesarios para obtener una prestación económica pero en diferentes Estados Parte.

Se mencionan así en el Preámbulo del Convenio los factores de la globalización y la creciente movilidad de los trabajadores como causas que favorece que haya de recurrirse a la totalización de los períodos de seguro, cotización o empleo que acrediten los trabajadores. No se trata de coordinar las legislaciones relativas a la Seguridad Social de los Estados Parte en el mismo, sino de coordinar la respuesta que, en materia de pensiones, sea más favorable a los trabajadores que se desplazan habitualmente entre los mercados de trabajo de los Estados Parte, en un entorno de seguridad jurídica plena.

II. EL ACUERDO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Los artículos 13 y 14 del Acuerdo de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de 11 de septiembre de 2009, desarrollan con detalle cómo ha de aplicarse este artículo 14 del Convenio Multilateral de 10 de noviembre de 2007.

El primero de ellos recoge una serie de normas que han de seguirse para tener derecho a prestación económica. El epígrafe b) del apartado 1 del artículo 13 del Acuerdo de Aplicación establece que, si el trabajador no reúne las condiciones establecidas por la legislación de un Estado Parte en orden a que se le reconozca la prestación correspondiente por él solicitada, será este Estado el que efectúe la totalización de los períodos que pueda acreditar el trabajador para así reconocerle dicho derecho.

La Institución competente de dicho Estado deberá aplicar los anteriormente citados cálculos relativos a la prestación teórica y a la prestación real que señala el artículo 13, apartado b) del Convenio de 2007.

De acuerdo con el epígrafe a) del apartado 1 del artículo 14 del Acuerdo de Aplicación de 2009, y en lo que interesa a las prestaciones económicas inferiores a un año, se condiciona la totalización de períodos de seguro, cotización o empleo, a efectos de adquirir el derecho a dichas prestaciones, a que no haya superposición de períodos.

En el párrafo segundo se añade que cada Estado Parte en que se haya cumplido algún período de los que se van a totalizar, realizará el cálculo por separado, pero comprendiendo dentro de esos cálculos el conjunto de todos esos períodos.

En el epígrafe b) del apartado 1 del mismo artículo se indica que si coincidieran en el tiempo un período sometido a seguro de carácter voluntario y otro de carácter obligatorio, sólo se computará este último a los efectos de la totalización de períodos. A continuación, añade el artículo que, la Institución Competente del Estado en el que se cumplió dicho período de seguro voluntario incrementará la cuantía de la prestación que resulte después de haber efectuado los cálculos indicados en el artículo 13, apartado 1.b) del Convenio Multilateral, de conformidad con lo que establezca la legislación interna de ese Estado Parte.

De acuerdo con el apartado 1.c) siguiente, si coincidieran en el tiempo períodos de aseguramiento, cotización o empleo con períodos asimilados a los mismos cumplidos por un mismo trabajador en distintos Estados Parte, no se tendrán en cuenta estos últimos.

Con respecto a los períodos asimilados, señala el párrafo primero del apartado 1.d) siguiente que si coincidieran varios en el tiempo en diferentes Estados Parte, sólo los tendrá en cuenta la Institución Competente de aquel al que haya estado sometido el trabajador de manera obligatoria en el momento inmediatamente anterior al período de que se trate. Y, si el trabajador no estuvo sometido obligatoriamente a la legislación de ningún Estado Parte anteriormente, lo computará el primer Estado al que se someta a continuación.

Aquellos períodos de aseguramiento, cotización o empleo que no puedan determinarse claramente con respecto a qué legislación se cumplieron, se considerará como regla general la del apartado 1.e), la de que no se superponen a otros.

Aquellos Estados Parte que sólo puedan tener en cuenta los períodos de aseguramiento, cotización o empleo cubiertos por el trabajador en un determinado plazo, aplicarán esta limitación igualmente a los períodos cubiertos en otro Estado Parte, conforme el apartado 1.f) de este artículo 14 del Acuerdo de Aplicación.

III. EJEMPLOS EN DERECHO COMPARADO

Respetuosa con lo establecido en el Convenio nº 48 (OIT) sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, de 22 de junio de 1935, así como con el Convenio nº 157 (OIT) sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, de 21 de junio 1982, aunque este último tiene un ámbito material en cuanto a las

prestaciones que contempla mucho más amplio, esta solución que recoge el artículo 14 del Convenio Multilateral, respecto de las prestaciones de ámbito inferior al año, viene también recogida en los Convenios Bilaterales celebrados entre algunos Estados Parte⁴, algunos de los cuales no ratificaron aún, sin embargo el Convenio de 2007, como es el caso de México⁵, y que se celebraron con anterioridad al Convenio Multilateral. Otro antecedente son los artículos 6 y 51 del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, aunque entre otras diferencias este Reglamento trata de coordinar las legislaciones de los sistemas nacionales de la seguridad social de los Estados miembros de la Unión, en el marco de la libre circulación de personas, y de acuerdo con su artículo 3 tiene un amplísimo ámbito material de prestaciones y ámbito subjetivo, comprendiendo incluso a los apátridas o refugiados residentes en uno de los Estados Miembros.

Otros Estados Parte en el Convenio Multilateral que sí lo han ratificado, como son Bolivia, Costa Rica y El Salvador, no tienen sin embargo celebrado Convenio Bilateral al respecto con España.

A su vez, el Acuerdo sobre Seguridad Social⁶ suscrito entre Chile y los Estados Unidos de América, contempla dos cláusulas parecidas relativas a trabajadores que, ya sea en Chile o en Estados Unidos, necesiten acreditar los períodos trabajados en el otro Estado para obtener una prestación.

Y el artículo 10 del Convenio sobre Seguridad Social entre los Estados Unidos de América y España⁷, que también es anterior al Convenio Iberoamericano, contempla

⁴Recogidos en el Anexo IV del Convenio Multilateral Iberoamericano de 2007. Art. 10 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de la Argentina de 28 de enero de 1997 (En vigor desde el 1 de diciembre de 2004), Art. 18 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 16 de mayo de 1991 (en vigor desde 1 de diciembre de 1995), Art. 9 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia de 6 de septiembre de 2005, (En vigor desde el 3 de marzo de 2008), que tiene una redacción diferente a la de los demás Acuerdos pues no se hace mención expresa a que la duración de los períodos sea inferior a un año sino tan sólo a la totalización de períodos cuando sea necesario para tener derecho a una prestación, Art. 18 del Convenio de Seguridad Social entre El Reino de España y la República de Chile, de 28 de Enero de 1997(En vigor desde el 13 de Marzo de 1998), Art. 12 del Convenio de la Seguridad Social entre el Reino de España la República del Ecuador, de 4 de diciembre de 2009, (En vigor desde el 1 de enero de 2011), Art. 10 del Convenio de Seguridad Social entre la República del Paraguay y el Reino de España, de 24 de Junio de 1998. (En vigor desde el 1 de Marzo de 2006), Art. 17 del Convenio entre el Reino de España y la República del Perú, de 16 de junio de 2003, Art. 13 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana, de 1 de julio de 2004. (en vigor desde 1 de julio de 2006), Art. 10 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, de 1 de diciembre de 1997 (en vigor desde 1 de abril de 2000), Art. 13 del Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 12 de mayo de 1988, (En vigor desde el 1 de julio de 1990).

⁵Art. 8 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, de 25 de abril de 1994 (en vigor desde 1 de enero de 1995).

⁶Art. 6 y 7 del Acuerdo relativo a la Seguridad Social entre los Estados Unidos de América y la República de Chile, celebrado en Santiago de Chile el 16 de febrero de 2000.

⁷Convenio de Seguridad Social entre los Estados Unidos de América y España, de 30 de septiembre de 1986, (En vigor desde el 1 de abril de 1988).

también las prestaciones por períodos inferiores a un año, con una redacción similar a la del artículo 14 de este último.

IV. CONCLUSIONES

Ello nos lleva a plantear la cuestión del futuro de este Convenio que abarca a 13 Estados Americanos, Portugal y España. Los traslados de los trabajadores entre los Estados Parte de este Convenio Multilateral y otros países de América y Asia son cada vez más frecuentes. La situación de los trabajadores al respecto preocupa en muchos de estos países, y muestra de ello es el proceso de negociación que culminó en el establecimiento de una zona de libre comercio⁸, denominado Acuerdo Transpacífico de cooperación Económica, en el que participan Chile, México y Perú⁹. Esta iniciativa se centra, en su Capítulo 9 en cuestiones relacionadas con la mejora de las condiciones en que los trabajadores realizan su trabajo y en asegurar el respeto a las normas laborales por parte de los Estados asociados. No contempla por el momento disposición alguna relativa a la finalización de la prestación laboral y la adquisición del derecho a una prestación económica. Por tanto, cabe pensar que si se consigue superar la diversidad de sistemas laborales que se dan en estos países, pueda arbitrarse algún mecanismo para que los trabajadores que se desplacen entre los mercados de trabajo de estos países puedan beneficiarse de disposiciones similares relativas a la Seguridad Social a las que ya se contienen en el Convenio de 2007.

Ese es uno de los objetivos recogidos en el Plan Estratégico de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social¹⁰ 2014-2018, encargada de apoyar e impulsar todas las fases del proceso, en un escenario de elevados índices de movimientos migratorios, el de la incorporación al Convenio Multilateral de países no iberoamericanos. Contempla igualmente extender la vigencia del mismo más allá de los 10 países en los que ya ha entrado en vigor, así como superar el número de 15 Estados que son los que lo han suscrito, sin olvidar una mayor coordinación con los Reglamentos Europeos de Seguridad Social.

También se concluye que, otra de las cuestiones pendientes de mejora en el Convenio es la de extender su ámbito material a otras prestaciones más allá de las que contempla el artículo 3 del Convenio. Es cierto que en su apartado final este artículo contempla la ampliación objetiva si así lo deciden dos o más Estados Parte, pero es deseable que se avance más al respecto, pues ello redundará en una protección más completa del trabajador coherente con situaciones en las que más necesita, por ejemplo, las prestaciones sanitarias.

Y, por último, también perjudica al trabajador si no se contempla la aplicación coordinada de las normas fiscales a las prestaciones que se totalicen. Es decir, que en la aplicación práctica del cálculo total de períodos para la determinación de la prestación a

⁸Art. 1.1 del Capítulo I del Acuerdo.

⁹Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, celebrado el 4 de febrero de 2016, en Auckland, Nueva Zelanda, aún no en vigor, ha sido firmado por Australia, Brunei, Canadá, Estados Unidos, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, Singapur, Vietnam, así como por Chile, México y Perú.

¹⁰ Ejerce la Secretaría del Comité Técnico Administrativo del Convenio.

Recibido: 07.09.2011. Aceptado: 13.11.2016

que vaya a tener derecho no se graven con porcentajes que resulten más elevados al trabajador que si se hubieran producido en un mismo Estado Parte.

ARTICULO 15

“Cuantías debidas en virtud de períodos de seguro voluntario

- 1. Los períodos de seguro voluntario acreditados por el trabajador en virtud de la legislación de un Estado Parte se totalizarán, si fuera necesario, con los períodos de seguro obligatorio o voluntario, cubiertos en virtud de la legislación de otro Estado Parte, siempre que no se superpongan.*
- 2. Cuando coincidan en el tiempo períodos de seguro obligatorio con períodos de seguro voluntario, se tendrán en cuenta los períodos de seguro obligatorio. Cuando coincidan en el tiempo dos o más períodos de seguro voluntario, acreditados en dos o más Estados Parte, cada Estado tendrá en cuenta los cumplidos en su territorio.*
- 3. No obstante, una vez calculada la cuantía teórica así como la real de la prestación económica, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13, la cuantía efectivamente debida será incrementada por la Institución Competente en la que se hayan cumplido los períodos de seguro voluntario en el importe que corresponda a dichos períodos de seguro voluntario que no hayan sido computados, de acuerdo con su legislación interna.*
- 4. Cuando en un Estado Parte no sea posible precisar la época en que determinados períodos de seguro hayan sido cumplidos, se presumirá que dichos períodos no se superponen con los períodos de seguro cumplidos en otros Estados Parte”.*

MARÍA ISABEL RIBES MORENO¹

Profesora Ayudante Doctora, Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

¹Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación financiado por el MINECO titulado “Problemas actuales y perspectivas de futuro del desplazamiento de trabajadores transnacional: el caso de los trabajadores del transporte” (DER2013-43423-R).

RESUMEN

El análisis del contenido del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social presenta numerosas similitudes con el del Reglamento comunitario de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004. De esta manera, el contenido del artículo 15 del Convenio multilateral (en adelante CMISS) también recoge algunas cuestiones ya estudiadas en el instrumento europeo, donde se establecen reglas para totalizar las distintas contribuciones a sistemas de Seguridad Social, tanto privados como públicos, a los efectos de establecer la carrera de seguro que permita acceder a una prestación. En este sentido, el artículo establece disposiciones específicas en orden a la determinación de las cuantías debidas a consecuencia de contribuciones a sistemas de seguro voluntarios o facultativos continuados. A tal efecto, consideramos necesario reflexionar sobre la necesidad de que se produzca un acercamiento entre las legislaciones nacionales de los Estados signatarios para evitar, en lo posible, estas diferencias.

PALABRAS CLAVE: Seguro voluntario o facultativos continuados, coordinación de sistemas de Seguridad Social, Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, artículo 15.

ABSTRACT

The analysis of the content of the Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security has many issues in common with the EU Regulation 883/2004 on the coordination of Social Security systems. Thus, the content of the paragraph 15 of the Multilateral Agreement (CMISS) establishes special rules, as the European regulation does, in respect on the aggregation of insurance periods of Social Security systems, public or private, to acquire benefits. The paragraph 15 lays down specific provisions to determine the rules about the contributions to optional continued or voluntary insurance. This situation should lead us to think about the need to work to harmonize the legislations in parties States in this framework.

KEYWORDS: Optional or voluntary Insurance Contribution, Coordination of Social Security, Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security, paragraph 15.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. SEGURO OBLIGATORIO Y SEGURO VOLUNTARIO

III. FÓRMULAS DE ASEGURAMIENTO VOLUNTARIO Y EL CONVENIO
MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

IV. LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 15

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El análisis del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social² presenta, como es sabido, grandes similitudes con los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 de la Unión Europea³, destinados en todos los casos a establecer una norma de coordinación entre los sistemas de Seguridad Social. En el caso del Convenio Multilateral, estamos ante una norma de coordinación que se empleará a los efectos de determinar la norma de Seguridad social de aplicación en los desplazamientos de trabajadores⁴ entre los Estados Iberoamericanos que lo ratifiquen y que, además, suscriban el Acuerdo de Aplicación⁵. El Convenio tiene como objetivo establecer un sistema de coordinación similar al realizado en el ámbito europeo, aunque con un carácter distinto habida cuenta de las diferencias que existen entre la Unión Europea, como entidad supranacional, y los Estados iberoamericanos⁶, donde existen modelos de Seguridad Social muy dispares entre sí y constituyendo un ámbito territorial que no está unificado ni en sentido político ni administrativo⁷.

Por tanto, aunque la norma multilateral toma como base los mismos principios que los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, también mantiene características propias⁸. A tal efecto, entre las diferencias que se evidencian entre ambos sistemas de coordinación,

²El convenio se adoptó en noviembre de 2007 en la cumbre Iberoamericana de Santiago de Chile.

³Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social y el Reglamento 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (DOUE de 30 de octubre). Sobre las relaciones entre estos Reglamentos y el Convenio multilateral 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, nº1/2016, pp. 1-22.

⁴Se aplica a las personas (de cualquier nacionalidad) que estén o hayan estado sujetas en algún momento a la legislación de Seguridad Social de dos o más Estados Parte del mismo, así como a sus familiares, beneficiarios y derechohabientes, aplicándose a prestaciones económicas de la Seguridad Social, por Invalidez, Vejez, Supervivencia, Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional.

⁵Sobre la génesis y significado del Convenio vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 26/2011, pp. 201-222; de la misma autora “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: Sánchez-Rodas Navarro, C.; Garrido Pérez, E.; (Dirs.) El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral. Laborum. 2015, disponible en <http://hdl.handle.net/11441/34282>, pp. 181-189; González Ortega, S. (coord.), El Convenio Multilateral Iberoamericano. Editorial Tirant lo Blanch. México. 2013; Pérez Amorós, F., “Los Derechos de Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes: Especial Consideración del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social del Taller Manzanilla. Año I, julio 2014, núm.1, pp. 216-238.

⁶Actualmente solo Argentina, España, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay, El Salvador, Brasil, Chile, Ecuador, Argentina y Bolivia, ya que son los únicos que han ratificado el Convenio y suscrito el Acuerdo de aplicación.

⁷Como sucede con la Unión Europea o con otras organizaciones regionales destinadas al intercambio comercial (aunque también ha firmado acuerdos políticos o de cooperación con otros estados) como es el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

⁸ Vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit., p. 206.

hemos de destacar que el ámbito material del Convenio Multilateral presenta un contenido inferior, ya que se circunscribe a las prestaciones contributivas de Seguridad Social. Ello es así puesto que mantiene una diferencia con los Reglamentos comunitarios que comprenden los regímenes de Seguridad Social, contributivos y no contributivos, generales y especiales, así como, los relativos a las obligaciones del armador, incluyendo prestaciones de enfermedad; las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; las prestaciones de invalidez; las prestaciones de vejez; las prestaciones de supervivencia; las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; los subsidios de defunción; las prestaciones de desempleo; las prestaciones de prejubilación y las prestaciones familiares.

Asimismo, se establece su plena aplicación entre los Estados parte, siempre que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes, en cuyo caso habrán de aplicarse las disposiciones más favorables al posible beneficiario, con el llamado recurso a la técnica del espiguelo⁹. En consecuencia, el Convenio no deroga a otros convenios internacionales vigentes que pudieran haber sido suscritos por los Estados parte del mismo, por lo que si las disposiciones que se contienen en estos son más favorables para los trabajadores migrantes serán las que prevalezcan frente al Convenio Multilateral. A tal efecto, el Anexo IV del Convenio debe incorporar los convenios bilaterales o multilaterales vigentes, lo que se hace constar a modo de registro¹⁰.

El CMISS tiene en el ámbito iberoamericano una importancia capital, habida cuenta de que en dicho ámbito se producen una gran cantidad de flujos migratorios –América Latina es considerada la zona con la mayor tasa de migración en el mundo¹¹–. En este sentido, los países signatarios del Convenio incorporan en sus ordenamientos jurídicos modelos dispares de sistemas de protección social, tanto sistemas de ahorro, de capitalización o incluso mixtos que aplican ambas técnicas de financiación¹². Por otra parte, la cobertura, la extensión o la intensidad de las prestaciones manifiestan también importantes diferencias, instituyendo distintos períodos de cotización mínimos exigibles para la obtención de las prestaciones¹³. El CMISS, al igual que sucede en los

⁹Lo que previsiblemente dará lugar a litigiosidad a juicio de Sánchez-Rodas Navarro, C.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit. p. 219. Sobre la situación que se deriva de la posible aplicación de Convenios bilaterales vigentes, de carácter más favorable en lo que respecta a los Reglamentos europeos 883/2004 y 987/2009, vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Convenios Internacionales de Seguridad Social y Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social” en: Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.); *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social: los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Laborum. Murcia. 2010.

¹⁰Sobre la gestación del convenio y su contenido, vid. Pérez Amorós, F., “Los Derechos de Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes: Especial Consideración del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit., pp. 216-238.

¹¹Arellano Ortiz, P., “Características y Desafíos de la Migración para la Seguridad Social en la Región Latinoamericana”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. Enero- Abril 13, Vol. 4, n°1, pp. 15-42.

¹² Para conocer más acerca de los distintos sistemas en los países iberoamericanos, puede consultarse en la página web de la OISS, el Banco de Información de los Sistemas de Seguridad Social Iberoamericanos que se publica con periodicidad bianual. La última edición, actualizada a 2014, puede consultarse on-line en la siguiente página electrónica <http://www.oiss.org/bissi/> (última consulta 30/08/16).

Reglamentos Europeos de coordinación, establece pautas para la totalización en orden a la determinación de las prestaciones cuando un trabajador ha cotizado en distintos Estados. Dichas reglas para el cálculo también refieren a períodos de seguro voluntario. Estas disposiciones resultan de interés en este ámbito, donde las distintas regulaciones nacionales en ocasiones, prevén la posibilidad de realizar un aseguramiento voluntario en situaciones en las que los sujetos no están obligados a afiliarse al régimen obligatorio de Seguridad Social. Por ello el convenio establece sobre este particular reglas sistematizadas, cuestión que es la que será objeto de análisis en las páginas subsiguientes.

II. SEGURO OBLIGATORIO Y SEGURO VOLUNTARIO

Antes de analizar las reglas que se recogen en el Convenio Multilateral sobre la totalización de períodos cotizados cuando intervienen contribuciones a seguro voluntario, consideramos oportuno diferenciar las distintas modalidades de protección social, esto es, la protección social pública y la privada, así como el seguro obligatorio y el voluntario, al objeto de contextualizar la cuestión tratada. Aunque el CMISS incorpora, en su artículo 1, definiciones a los efectos de aplicación del Convenio, dentro de las mismas no está contenida la de seguro voluntario, por lo que intentaremos aproximarnos a esta acepción¹⁴.

Atendiendo a lo previsto por la doctrina podemos distinguir dos tipos de protección social tomando como referencia el sujeto protector, la protección social pública y la privada¹⁵. Dentro del primer tipo, de carácter obligatorio, estaría comprendido el sistema de Seguridad Social, así como los sistemas nacionales de salud, la asistencia social y cualquier forma de protección social pública. Otras prestaciones se establecen mediante la iniciativa privada, es decir, que tienen carácter libre o voluntario configurándose mediante la Seguridad Social complementaria, Planes y Fondos de pensiones y las distintas modalidades de protección de carácter privado¹⁶.

¹³Será de 30, 25 ó 15 años de carencia según los países, en virtud de la información suministrada en la página web de la OISS, vid. supra.

¹⁴Esta misma situación se produce en los Reglamentos europeos de coordinación que tampoco incluyen una definición de seguro voluntario o facultativo, lo que ha dado lugar a numerosa controversia. En efecto, ni el Reglamento 1481/71 ni los subsiguientes Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de Abril sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, o su Reglamento de aplicación nº 987/2009, hacen mención alguna a este concepto. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado la necesidad de una interpretación amplia de la expresión, entendiéndolo que cubre “todos los tipos de seguro que tengan un elemento voluntario”: Sentencias 16 de marzo de 1977, *Liégeois* (93/76, Rec. P. 543) apartados 14 y 17, y de 18 de mayo de 1989, *Hartmann Troiani* (368/87, RE. P. 1333) apartado 12, entre otras. Sobre esta interpretación puede consultarse Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sentencia del Tribunal de Justicia de 12.2.2015, C-114/13 (Theodora Hendrika Bouman): el concepto comunitario de seguro voluntario”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Nº. Extra 1, 2016 (Ejemplar dedicado a: Doctrina judicial en materia de Seguridad Social: balance y análisis selectivo de sentencias del año 2015), págs. 449-454

¹⁵Alarcón Caracuel, M.R.; “Hacia el Derecho de la Protección Social” en: López López, J. (Coord.), *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*. Marcial Pons. Madrid. 1996; pp. 11 y sig.

¹⁶El criterio de distinción entre la Seguridad Social básica y la seguridad social complementaria está en quién ostenta la iniciativa para la implantación, gestión y financiación de la prestación. Si el sistema de acción protectora ha sido establecida imperativamente por el Estado nos encontramos ante la Seguridad Social básica. Si, por el contrario, se trata de una protección adicional creada, organizada y sufragada por

El seguro voluntario tiene como carácter fundamental la voluntariedad en su constitución y la libertad de los sujetos interesados para establecer las formas más convenientes para ellos¹⁷, modalidad a la que generalmente se recurre cuando el Estado no desarrolla figuras jurídicas que protejan al trabajador o éstas son insuficientes. En este sentido, determinados ordenamientos jurídicos prevén la posibilidad de establecer una afiliación voluntaria al sistema para determinados colectivos, de esta forma se produce una cobertura de los posibles vacíos existentes en el régimen de seguro obligatorio.

Esta modalidad de protección social cuenta con dos características esenciales a juicio de la doctrina¹⁸. Por un lado, su creación no es impuesta por una ley y, por otro lado, las condiciones de disfrute no están determinadas por su perceptor y su situación personal.

Asimismo, pueden ser complementarios o no de un sistema público, de este modo podemos estar ante instrumentos suplementarios que en otros casos se convierten en instrumentos supletorios de la modalidad pública. En la actualidad se confirma una proliferación de los regímenes de previsión social voluntaria por diversas razones, uno de las fundamentales es la insuficiencia en las coberturas –o existencia de vacíos– dentro de los regímenes de Seguridad Social, ya que, en esos supuestos, se recurrirá a sistemas voluntarios para garantizar una adecuada protección¹⁹.

Al mismo tiempo, la crisis financiera de los sistemas de la Seguridad Social ha justificado el replantear el papel de estos sistemas voluntarios²⁰. En todo caso, existe la opción en determinados ordenamientos jurídicos de efectuar prestaciones complementarias libres o voluntarias a los sistemas de Seguridad Social de carácter público y es también a éstas se le llama seguro voluntario.

En definitiva, se manifiesta el peligro de que puede dar lugar a una reforma de los Sistemas de Seguridad Social en favor de estos instrumentos de aportación o

la iniciativa privada en el marco de los cauces preparados ex profeso por el Estado, nos hallamos frente a la seguridad social complementaria, cfr. Martín Valverde, A.; *Las Mejoras Voluntarias de Seguridad Social*. Sevilla 1970. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla; p. 14.

¹⁷Escribano Gutiérrez, J., “La Previsión Social Voluntaria. Concepto. Significado Político Institucional de la Previsión Social Voluntaria” en: VV.AA.; *Flexibilidad y Compromiso por Pensiones. El Contrato de Seguro como Instrumento de Institucionalización*. Editorial Tirant lo Blanch, recuperado de tirantonline.com, Documento TOL234.812. Asimismo, sobre sistema de pensiones en este particular vid. Monereo Pérez, J.L., *Público y Privado en el Sistema de Pensiones*. Tecnos. Madrid. 1996.

¹⁸Acerca de las mejoras voluntarias en nuestro ordenamiento jurídico, vid. Martín Valverde, A.; *Las Mejoras Voluntarias de Seguridad Social*. Op. cit.; Yanini Baeza, J.; *Las Mejoras Voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del Seguro Colectivo Laboral*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1995. Aguilera Izquierdo, A.; Barrios Boudoir, G.; Sánchez-Irán Azaña, Y.; *Protección Social Complementaria*. Tecno. Madrid 2005. Gala Durán, C.: *El Régimen Jurídico de las Mejoras Voluntarias de Prestaciones de Seguridad Social*. Bosch. Barcelona. 1999.

¹⁹Roqueta Boj, R.; *Las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de Pensiones y los Contratos de Seguro*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010; pp. 17-24. Aportando distintas razones de carácter económico, vid. Escribano Gutiérrez, J., “La Previsión Social Voluntaria. Concepto. Significado Político Institucional de la Previsión Social Voluntaria”. Op. cit.

²⁰ Roqueta Boj, R., *Las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes /Fondos de Pensiones y los Contratos de Seguro*. Op. cit., pp. 17-24.

aseguramiento voluntario, que se acentúa en aquellos países en los que no existe una tradición de Seguridad Social, o defectos o insuficiencia de coberturas, o no se han suscrito compromisos internacionales en este sentido. Dicha situación se manifiesta con rotundidad en algunos países Iberoamericanos, donde se establecen sistemas de seguro voluntario complementarios o sustitutivos de los regímenes públicos.

III. FÓRMULAS DE ASEGURAMIENTO VOLUNTARIO Y EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Tal como hemos comentado existen modelos distintos para el establecimiento de la protección social. Esta situación se evidencia claramente al revisar el ordenamiento jurídico de los distintos países iberoamericanos. A tal efecto, antes de referir las reglas concretas establecidas en el Convenio enumeraremos, siquiera someramente, la normativa de aplicación en los firmantes, teniendo en cuenta que las normas de seguridad social en los países de Iberoamérica se encuentran en continua revisión y manifiestan entre ellas grandes diferencias.

Como es sabido, el Convenio se aplica únicamente a las prestaciones de invalidez, vejez, supervivencia y accidentes de trabajo y enfermedad profesional que corresponden a regímenes contributivos. En lo que respecta a nuestro país, dicho sistema de Seguridad Social es de gestión pública y está regulado en la Ley General de Seguridad Social, financiado por aportaciones de los trabajadores y/o los empresarios. El sistema, aunque con distintos regímenes, tiene incluido en su ámbito de aplicación a los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena. Sin embargo esta situación no se reproduce en todos los países que han suscrito el convenio según se verá, puesto que es en este último colectivo –los por cuenta propia– donde se aprecian las mayores diferencias entre los países signatarios, que en algunos casos están sometidos a la posibilidad de afiliación voluntaria. Por otra parte, en los países iberoamericanos se manifiesta una tendencia a la privatización total o parcial de los sistemas de Seguridad Social, por distintas razones²¹, pero que en general han derivado en modelos de gestión privada, donde también aparecen los mencionados regímenes voluntarios²². Esta situación contrasta con la que se manifiesta en Europa, donde los sistemas privados de pensiones son complementarios, no sustitutivos, de la acción protectora de la Seguridad Social²³, cuya finalidad es mejorar el nivel de cobertura de las prestaciones de Seguridad Social básica

²¹Entre las razones que se aluden como causa de dicha privatización se encuentra la inexistencia de un marco institucional sólido, Estados con una base económica y fiscal insuficiente para desarrollar funciones básicas de estabilidad, crecimiento y distribución, sin que haya un marco de regulación no dependiente ni una base social de afiliación creciente, vid. Jiménez Fernández, A.; Rodríguez Cabrero, G.; “Estado y Seguridad Social en Iberoamérica”. *Quórum, Revista de Pensamiento Iberoamericano*, nº 1-2000, pp. 85-97.

²²Estas mejoras voluntarias pueden tener distinto contenido, como prestaciones complementarias que protegen las mismas contingencias de la modalidad contributiva de seguridad Social, dependientes de la prestación que mejora, o bien, las prestaciones autónomas cuyo objeto es proteger los mismos riesgos que las prestaciones contributivas pero desconectadas de los requisitos de las prestaciones públicas. Por tanto, puede existir prestación privada sin que exista la pública, o que tenga distinta estructura prestaciones, cfr. Roqueta Boj, R.; *Las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de Pensiones y los Contratos de Seguro*. Op. cit., pp. 105-107.

²³Jiménez Fernández, A.; y Rodríguez Cabrero, G.; “Estado y Seguridad Social en Iberoamérica”. Op. cit., pp. 85-87.

o pública. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico -al igual que el comunitario europeo- no permitiría sustituir el sistema público por uno privado, garantizando mediante lo previsto en el art. 41 de nuestra Constitución dicho sistema público²⁴, aunque permitiendo asistencia y prestaciones complementarias de forma libre. Asimismo, la financiación de estos instrumentos es diversa, ya que algunos se conforman mediante un sistema tradicional de reparto con prestaciones definidas, otros tienen un sistema de capitalización individual con aportaciones definidas en el que los beneficios dependen de la gestión de los rendimientos financieros y la cuantía de los gastos de administración, en otros casos se establecen modelos mixtos en los que se combina un sistema de reparto más o menos amplio y un sistema de capitalización individual para ciertos tramos, donde en ocasiones se permite la opción a los trabajadores afiliados hasta una edad e intervalos determinados²⁵.

Sin embargo, como veremos a continuación, el Convenio Multilateral permite computar determinadas aportaciones a sistemas de previsión voluntaria de Estados parte. En este sentido, el CMISS establece en el artículo 12 cuándo podrá ser admitido un interesado al seguro voluntario. En este precepto se dispone que un trabajador sometido obligatoriamente a la normativa de un Estado, podrá ser admitido en otro a un régimen de seguro voluntario en materia de pensiones, siempre que anteriormente haya tenido el carácter de trabajador dependiente o no y sometido a la legislación de dicho Estado, cuando esta acumulación esté prevista en la del primer Estado parte²⁶. El significado de estas disposiciones es favorecer la continuidad de la cotización de personas de muy distintos colectivos, que pueden no estar sometidas en un momento determinado al régimen obligatorio, pero que se afilian y pagan las cuotas voluntariamente. En nuestra opinión, no se trata de cualquier aportación voluntaria a todo tipo de entidad privada sino que, aunque el Convenio no precisa esta acepción en su articulado, serán aportaciones a entidades públicas o privadas pero controladas por las autoridades públicas o administrados conjuntamente por empleadores y trabajadores, conforme a la normativa²⁷. Otra cosa carecería de sentido a la hora de totalizar los períodos, ya que la finalidad es mantener la carrera de seguro ante la Seguridad Social. De ahí precisamente la colaboración entre las distintas administraciones públicas competentes de los países afectados en materia de pensiones, exigida por el Convenio, para la totalización y pago de la pensión correspondiente. El Acuerdo de aplicación del CMISS determina la forma de admisión a estos seguros lo que podrá realizarse, en primer lugar, cuando haya habido afiliación a un sistema de seguro obligatorio en otro Estado con anterioridad a

²⁴Roqueta Buj, R.; Las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de Pensiones y los Contratos de Seguro. Op. cit.

²⁵Jiménez Fernández, A.; "La Reforma de los Sistemas Públicos en América Latina". *Ekonomiaz* n° 42, pp. 137-138.

²⁶Esta disposición viene a ser coincidente con lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento 883/2004.

²⁷En el sentido establecido por el Convenio 102 OIT, Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) donde en su artículo 6 se establece que *todo miembro podrá tener en cuenta la protección resultante de aquellos seguros que en virtud de la legislación nacional no sean obligatorios para las personas protegidas, cuando dichos seguros: (a) estén controlados por las autoridades públicas o administrados conjuntamente por los empleadores y los trabajadores, de conformidad con normas prescritas; (b) cubran una parte apreciable de las personas cuyas ganancias no excedan de las de un trabajador calificado de sexo masculino; (c) cumplan, juntamente con las demás formas de protección, cuando fuere apropiado, las disposiciones correspondientes del Convenio.*

los del período voluntario. En segundo lugar, se dispone que el interesado presentará, en estos casos, ante la Institución Competente del Estado Parte de que se trate certificación acreditativa de estos períodos cubiertos con anterioridad en otro Estado²⁸.

En tercer lugar, en caso de que el interesado no presente certificado, la Institución Competente a la que se ha dirigido para la afiliación voluntaria, podrá solicitarla directamente del otro Estado Parte, simplificando los trámites del interesado y produciendo un ahorro de costos. De este modo, la normativa hace referencia, a nuestro juicio, a dos cuestiones, por una parte, a la posibilidad de que un trabajador ya afiliado de forma obligatoria podrá recurrir a la opción de asegurarse voluntariamente en otro Estado a fin de obtener una prestación complementaria o mejorada -para ello se exige que haya estado sometido a la legislación del primer Estado por razón de su actividad, y que dicha acumulación sea admitida en el Estado en el que se realiza el aseguramiento voluntario-.

Pero por otra parte, a nuestro juicio, también puede interpretarse que este aseguramiento es posible, sin necesidad de que haya estado sometido previamente a otro aseguramiento obligatorio en otro Estado, sino que el trabajador se afilie a un seguro voluntario de un Estado cuando una vez finalizada la actividad que exigía su afiliación obligatoria, así lo desee y el ordenamiento jurídico de dicho país lo permita.

Las normas internas de cada Estado establecen diferentes regímenes relacionados con la posible suscripción de seguros voluntarios, como se ha referido, anudadas a la inexistencia para ciertos colectivos de afiliación obligatoria –como puede ser en el caso de los trabajadores por cuenta propia–, o bien, para colectivos que no generan ingresos pero que desean afiliarse – como las amas de casa–. Igualmente, podrán acogerse a esta modalidad los que desean pagar seguros voluntarios a tenor de sus ingresos, para obtener en el futuro una prestación o una mejora de la misma. Por ello resulta conveniente clarificar si los países signatarios recogen en su ordenamiento interno estos sistemas de aseguramiento voluntario o facultativo. Sin pretensión de ser exhaustivo, podemos señalar que Estados como Chile²⁹, Costa Rica³⁰, Ecuador³¹, Nicaragua³², Panamá³³, Perú³⁴, Portugal³⁵ y Venezuela³⁶, establecen dicha previsión.

²⁸Dicho certificado, solicitado a instancia del interesado, habrá de estar expedido, tal como establece el art. 12.2 del Acuerdo de aplicación del CMISS, *por la institución o por las instituciones que apliquen las legislaciones bajo las cuales haya cubierto esos períodos*.

²⁹La Ley n° 20.255, que modifica el D.L. núm. 3.500, de 1980, e introduce la reforma previsional con la figura del afiliado voluntario.

³⁰En virtud de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social N° 17 del 22 de Octubre, 1943, para ciertas categorías de trabajadores independientes no se exige la obligatoriedad de afiliación. La reforma efectuada por el Reglamento para la afiliación de trabajadores independientes ha limitado las personas exceptuadas de dicha obligación, y en esos casos cabe el aseguramiento voluntario. Asimismo, se permite conforme a lo dispuesto en el art. 5 de la Ley que el trabajador que por cualquier circunstancia deje de ser asegurado obligatorio y que voluntariamente desee continuar. Así se favorece la continuidad en el aseguramiento para obtener prestaciones en el futuro.

³¹La Ley de Seguridad Social ecuatoriana permite la afiliación voluntaria a los no obligados al seguro obligatorio. Asimismo, mediante la Resolución No. CD 467 se regula la afiliación voluntaria de personas con ingresos sin relación de dependencia o independientes y los ecuatorianos domiciliados en el exterior. También la Resolución C.D. 492 establece el Reglamento para la afiliación de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, de afiliación voluntaria.

En España, si bien no existen mecanismos similares a los seguros voluntarios establecidos en otros países, sí que se han instituido otras figuras que permiten mantener una carrera de seguro a aquellos que desplazados a otro país, no puedan alcanzar una protección mínima en el Sistema de la Seguridad Social española, dadas las carencias del país en que se trabaje. Por ello, al margen de la inexistencia de los regímenes voluntarios, podemos considerar asimilado a los anteriores, a los efectos oportunos, aquellas aportaciones realizadas en virtud de un Convenio Especial para los emigrantes o hijos de emigrantes³⁷, conforme a nuestra normativa interna de Seguridad Social³⁸. Efectivamente, del tenor de la Disposición Adicional Segunda de la Ley General de Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre³⁹, se ha desarrollado esta previsión mediante el Real Decreto 996/198, de 25 de abril por el que se regula la suscripción de un Convenio Especial de los emigrantes e hijos de emigrantes. De acuerdo con ello la Ley prevé la posibilidad de realizar aportaciones

³²Asimismo, en Nicaragua se regula la afiliación facultativa en la Ley Orgánica de la Seguridad Social (LOSS). Decreto núm. 964, de 1.02.82. artículo 6, donde cabe dicha afiliación para *a) los profesionales, ministros de cualquier culto, religiosas y demás trabajadores independientes, mientras no se hayan incorporado al régimen obligatorio. b) Las personas que hayan dejado de estar sujetas a los regímenes obligatorios del Seguro Social. c) Los familiares de un empleador que presten sus servicios sin remuneración. d) Las personas nicaragüenses que presten sus servicios en misiones diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país, así como los miembros de dichas misiones y organismos. e) Los dueños de propiedades agrícolas y demos empleadores que deseen hacerlo.*

³³Ley de 23 de marzo de 1941, constitutiva de la Caja de Seguro Social (CSS), modificada por el Decreto-Ley núm. 14, de 27 de agosto de 1954, establece en su artículo 3, los sujetos que pueden afiliarse voluntariamente. Entre otros, figuran los trabajadores independientes, los que hayan dejado de estar sujetos al régimen obligatorio de seguro social, trabajadores en territorio panameño fuera de su jurisdicción, empleados de personas o entidades privadas que no tengan domicilio legal en los distritos incluidos dentro de la obligatoriedad del seguro.

³⁴También se refiere dentro del D-Ley 19990, del Sistema Nacional de Pensiones, texto aprobado por Decreto Supremo 011-74-R a los sujetos que pueden hacer uso del seguro facultativo. El artículo 4 permite el aseguramiento voluntario al Sistema Nacional de Pensiones a las personas que realicen actividad económica independiente y a los asegurados obligatorios que cesen de prestar servicios y opten por la continuación facultativa.

³⁵Son diversas las normas que vienen a regular la posible inclusión dentro del sistema de aseguramiento voluntario. Entre otros colectivos podemos encontrar nacionales (incluidos los ciudadanos de la Unión Europea) y los ciudadanos extranjeros o apátridas que residen en Portugal desde hace más de un año, nacionales que ejercen la actividad profesional en territorio extranjero y que no están cubiertos por los instrumentos internacionales de seguridad social, los marinos portugueses en barcos de empresas extranjeras, marinos portugueses que participan en los buques de la actividad conjunta de empresas pesqueras, las tripulaciones de los buques inscritos en el Registro Internacional de Madeira, entre otros. Cada colectivo viene regulado en normas independientes.

³⁶Decreto N° 6.266, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social.

³⁷En general sobre el aseguramiento voluntario en nuestro ordenamiento jurídico vid. Panizo Robles, J.A.; “El Aseguramiento Voluntario en el Sistema de la Seguridad Social (la nueva regulación del Convenio Especial)”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales n° 49, pp. 83-125.

³⁸Vid. sobre este particular Barcelón Cobedo, S.; “Los Ámbitos Objetivo y Subjetivo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: González Ortega, S. (coord.), El Convenio Multilateral Iberoamericano. Op. cit., pp. 91-92.

³⁹Anteriormente recogida en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

mediante dicho Convenio Especial, lo que dará lugar en su día a prestaciones. Ello ha dado lugar a que, aunque no se trata de seguros voluntarios, sí son aportaciones voluntarias o facultativas a un sistema de Seguridad Social y, por tanto, han de considerarse de la misma naturaleza que los anteriores, a los efectos del Convenio.

IV. LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 15

Como es sabido, el Convenio parte de las fórmulas de “legislaciones separadas” y “totalización de períodos” aplicados de forma sucesiva. Por una parte, si el trabajador tiene derecho a la prestación contabilizando únicamente lo aportado a un Estado signatario no habrá que considerarse otros períodos. Sin embargo, por otra parte, si la condición anterior no se cumple y no hay derecho de ese modo a la prestación, habrán de totalizarse los períodos en los que hubiera cotizado en otro Estado y, a partir de ahí, calcular la “prestación teórica” y la proporción de “prestación real”⁴⁰. Así, dentro del articulado, al tratarse de una norma que establece un mecanismo de coordinación, se incorporan reglas destinadas a evitar la doble cotización y el cúmulo de prestaciones sobre la misma contingencia.

El artículo 15 del convenio viene a corregir, en cierto modo, el contenido de lo previsto en las normas que, incluidas en los artículos 13 y 14 del mismo texto legal, hacen referencia a las disposiciones particulares para las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia. Ahora bien, respecto a los períodos cotizados a un régimen de seguro voluntario se establecen pautas especiales⁴¹.

Así, la norma permite la totalización entre períodos de seguro voluntario acreditados, en caso de que fuese necesario, con otros períodos de seguro obligatorio o voluntario realizados en otro Estado que sea parte del Convenio, a los efectos de obtención de una prestación, aunque manteniendo la regla común presente en otros instrumentos internacionales o bilaterales⁴², de no superposición. Este mecanismo es necesario ya que no pueden computarse períodos concurrentes de cotización, ya que en caso de simultaneidad no cabe que se totalicen ambos. En este supuesto habrá de totalizarse una única vez para evitar acumulación injustificada de prestaciones de la misma naturaleza – como en el caso de concurrencia de dos pensiones de jubilación, una de autónomos y otra en supuestos de trabajadores por cuenta ajena–, si bien los períodos que excedan de dicha cotización contemporánea, en la que no se produzca coincidencia, si podrán ser totalizados.

⁴⁰Vid. en este sentido lo previsto en los artículos 13 y sig. del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

⁴¹Los Reglamentos europeos de coordinación tienen limitado su radio de acción a los mecanismos de previsión social obligatorios, aunque establecen también disposiciones sobre seguro voluntario o facultativo continuado, vid. art. 14 Reglamento 883/2004, Rodríguez Cardo, I.A.; “Problemas de Aplicación de la Seguridad Social en el Espacio: el Conflicto de Leyes en el Reglamento 883/2004” en: VV.AA., La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Laborum. Murcia. 2010, p. 43.

⁴²Vid. art. 10 del R 883/2004, que dispone que *Salvo disposición en contrario, el presente Reglamento no podrá conferir ni mantener el derecho a disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio*. En la misma línea vid. art. 12.2 Reglamento 987/2009.

En segundo lugar, al igual que en otros instrumentos internacionales el convenio otorga una clara preferencia al seguro obligatorio frente al voluntario o facultativo⁴³, que pudieran acreditarse en dos o más Estados parte. De este modo, que cuando se superponen dos períodos, en los que el trabajador estuviese afiliado obligatoriamente en un Estado y de forma facultativa en otro, solo se computarán los obligatorios. No obstante, en aras de no perjudicar a trabajadores que han cotizado en dos o más Estados a sistemas de seguro voluntario, a continuación, se instituye que en dicho supuesto cada Estado podrá tener en cuenta los períodos de cotización que se hayan contribuido en su territorio, sin que existan reglas de ajuste o minimización entre ellos, y sin que se lesione al trabajador en sus posibles derechos económicos.

De esta forma, igualmente a lo previsto en los Reglamentos europeos⁴⁴, a fin de evitar que estos trabajadores que han contribuido puedan verse en una situación inferior a la que se encontrarían trabajadores en la misma situación que no se hubieran desplazado, el CMISS hace mención expresa a que aquellos períodos cotizados a un seguro voluntario, que no hubiesen tenidos en consideración a los efectos anteriores, tras haberse calculado la cuantía teórica y real de la prestación económica que le corresponde al trabajador en virtud de las reglas previstas en el propio Convenio, se incrementarán dichas cuantías en lo que corresponda según lo que se haya aportado al seguro voluntario. Esta medida permite que pueda obtenerse en su caso una pensión más favorable para los intereses del trabajador, mejorando las cuantías de la prestación.

Por último, se establece una norma correctora para aquellos casos en los que no sea posible establecer indubitadamente la fecha a la que se refieren dichos períodos y, por tanto, si se superponen o no. La regla, prevista en el apartado 4 del artículo, permite computar en beneficio del trabajador migrante estos períodos de seguro ya que, utilizando una presunción *iuris tantum*, entendiéndose que no se superponen para evitar pérdidas ante esta situación. Esta medida se considera de interés, a juicio de parte de la doctrina⁴⁵, habida cuenta de la información que proporcionan algunas bases de datos nacionales iberoamericanas.

V. CONCLUSIONES

Como consecuencia de la globalización, se ha generado en América latina dinámicas en el mundo laboral que requieren de la institución de mecanismos jurídicos destinados a la conservación de los derechos sociales de los trabajadores migrantes. En este contexto podemos citar el papel que ha desempeñado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

⁴³Vid. art. 12 del R 987/2009, que dispone que *Cuando algún período de seguro o de residencia cubierto en el marco de un seguro obligatorio bajo la legislación de un Estado miembro coincida con un período de seguro cubierto en el marco de un seguro voluntario o facultativo continuado bajo la legislación de otro Estado miembro, solo se computará el período cubierto en el marco del seguro obligatorio.*

⁴⁴Art. 43.3 del Reglamento 987/2009.

⁴⁵Esta circunstancia se reproduce en el art. 14.1 c del Acuerdo. Vid. asimismo, Jacob Sánchez, F.M.; “Los Instrumentos de Aplicación del Convenio. El Comité Técnico Administrativo” en: González Ortega, S. (coord.), *El Convenio Multilateral Iberoamericano*. Op.cit., p.51.

En nuestra opinión, con carácter previo, entendemos que esta iniciativa sistematizadora, que subyace en el CMISS, para determinar los derechos de Seguridad Social del trabajador que se desplaza, es muy oportuna. Especialmente, teniendo en cuenta que existe un numeroso conjunto de convenios bilaterales entre los países signatarios con contenidos diferentes sobre estas cuestiones, que pueden plantear distorsiones.

Asimismo, no podemos obviar las evidentes diferencias que se manifiestan entre los Estados signatarios respecto a sus sistemas de Seguridad Social. Entre otras cuestiones, la existencia en numerosos países de los referidos sistemas de aseguramiento voluntario o facultativo ha exigido la introducción de reglas para su totalización, como son las previstas a tal efecto en el artículo 15 del CMISS que hemos venido analizando a lo largo de las páginas precedentes. Dichas normas favorecen el que un trabajador migrante, que contribuye de una forma u otra al Sistema de Seguridad Social, puede no verse perjudicado frente a sus derechos de pensiones con respecto a otros trabajadores que no se han movido de su país de origen y sin obstaculizar, por tanto, la movilidad de la fuerza de trabajo.

Sin embargo, este estudio permite la identificación de numerosos colectivos que solo acceden a la Seguridad Social a través de una decisión individual, autónoma, lo que nos confirma la importancia de la existencia de vacíos en el sistema. En definitiva, que no toda persona tiene derecho a la Seguridad Social, sino que todavía algunos tienen que tomar la decisión voluntaria de afiliarse. Por ello, entendemos que el Convenio contribuirá a un acercamiento entre los países, sus sistemas y coberturas de Seguridad Social. En nuestra opinión, ello debería tener como consecuencia una previsible mejora del régimen de protección de la Seguridad Social en Iberoamérica.

ARTÍCULO 16

“Régimen de prestaciones

1. Cuando se trate de regímenes de capitalización individual, los afiliados a la Entidad Administradora de Fondos de Pensiones o institución similar financiarán sus pensiones con el saldo acumulado en su cuenta de capitalización individual, en los términos establecidos en la legislación del Estado Parte de que se trate.

Si, de acuerdo a la legislación de un Estado Parte en el que se liquide la pensión se garantiza una pensión mínima, cuando la pensión generada con el saldo acumulado en la cuenta de capitalización individual fuera insuficiente para financiar pensiones de una cuantía al menos igual al de la citada pensión mínima, la institución competente del Estado Parte en el que se liquide la pensión procederá a la totalización de los períodos cumplidos en otros Estados Parte, de acuerdo al artículo 5, para acceder al beneficio de pensión mínima de vejez o invalidez en la proporción que corresponda, calculada de conformidad a lo dispuesto por el artículo 13. Igual derecho tendrán los beneficiarios de pensión de supervivencia.

2. Los trabajadores que se encuentren afiliados a un sistema de pensiones de capitalización individual correspondiente a un Estado Parte, podrán aportar voluntariamente en dicho sistema cotizaciones previsionales, siempre que la legislación nacional de aquél lo permita y durante el tiempo que residan en otro Estado Parte, sin perjuicio de cumplir, además, con la legislación de este último Estado relativa a la obligación de cotizar”.

MARÍA ASCENSIÓN MORALES RAMÍREZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad de Derecho

Universidad Nacional Autónoma de México

RESUMEN

Los trabajadores al migrar a otro país por razones laborales, se enfrentan tanto a problemáticas propias de su situación como las derivadas en materia de seguridad social y, específicamente, en el campo de las pensiones. Dentro de los instrumentos jurídicos más recientes que pretenden lograr la protección de estos trabajadores, se ubica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Dicho Convenio, en su artículo 16 da cabida al sistema de pensiones de capitalización individual, el cual en sí mismo es complejo y difícil de entender en sus diferentes modelos conceptuales. Aunque en forma generalizada, el precepto dedica especial atención a una figura jurídica como es la pensión mínima garantizada, en donde es posible apreciar los principios de totalización y *pro rata temporis*, como elementos que permitan el alcance de los derechos en materia de pensiones de vejez, invalidez y muerte en un sistema caracterizado por el financiamiento a cargo de los propios trabajadores. Asimismo, el precepto aborda un tema propio del sistema de capitalización individual: el ahorro voluntario.

PALABRAS CLAVES. Sistema de capitalización individual, pensión garantizada, aportaciones voluntarias, pensiones, ahorro individual.

ABSTRACT

On migrating to another country in search of work, workers not only face the problems arising from migration itself, but they also have to deal with additional complications regarding social security, and specifically pension-related matters. Among the most recent legal instruments that aim at protecting these workers, there is the Ibero-American Multilateral Social Security Convention. Article 16 of this convention brings in the individual capitalization pension system, which is complex and whose different conceptual models are hard to understand. However, in general terms, the provision gives special attention to the concept of minimum guaranteed pension. The inclusion of the principles of aggregation contributions and *pro rata temporis* as components of this concept makes eligibility for an old-age, disability and death pension possible in a system that is mainly financed by the workers themselves. This provision also addresses a specific issue inherent to the individual capitalization system: voluntary savings.

KEYWORDS: Individual capitalization system, guaranteed pension, voluntary contributions, pensions, individual savings.

Recibido: 10.09.2016. Aceptado: 10.11.2016

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 16 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL.

A. SISTEMA DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL.

B. PENSIÓN GARANTIZADA

C. AHORRO VOLUNTARIO

III. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Los trabajadores que migran para laborar en otros países no sólo enfrentan la problemática derivada de esta situación sino también tienen que afrontar las dificultades complementarias en el campo de la seguridad social y, en específico, en materia de pensiones.

El trabajador, al migrar, por un lado, corre el riesgo de perder la cobertura a la que tenía derecho en su país de origen y, por otro lado, encuentra serias restricciones en los sistemas de seguridad social de los países de acogida. Lo anterior, conlleva a la pérdida de derechos al no completar, en muchos casos, el período mínimo de cotización exigido en cada país para percibir la pensión correspondiente, a pesar de haber cotizado durante toda la vida activa.

Las pensiones y su portabilidad, inmersos en el fenómeno migratorio muy dinámico en las últimas décadas, alienta el conocimiento y análisis de instrumentos que reconsideren la situación de los trabajadores migrantes, frente a una realidad caracterizada por un proceso creciente de globalización e integración regional, máxime que en la actualidad los sistemas de pensiones tienen diferentes métodos financieros y de gestión.

Diversos documentos han pugnado por el respeto al derecho a la libre movilidad de las personas con miras a eliminar la pérdida de derechos de los trabajadores. En el camino han surgido una serie de instrumentos jurídicos supranacionales, los cuales integran y coordinan esquemas de seguridad social con el propósito de proteger a los trabajadores migrantes.

Dentro de los mecanismos jurídicos más recientes cobra singular importancia ante la comunidad jurídico-académica el estudio del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS). El Convenio se ubica como un paso adelante en la dimensión social de la globalización¹ para promover la cooperación a fin de alcanzar una protección justa de los trabajadores migrantes.

En este marco, reviste particular importancia la incorporación del “sistema de capitalización individual” en el texto del Convenio, específicamente, en el artículo 16. Puede adelantarse que se trata de un tema bastante complejo, por ello la redacción de dicho precepto pareciera ser muy general y no resultar del todo clara y comprensible. Con la finalidad de entender los alcances de dicho precepto, su estudio y análisis se realizará a partir de los temas que es posible desprender del mismo.

¹La dimensión social de la globalización abarca no sólo el acceso a un empleo decente, a la cobertura de salud oportuna y adecuada, a la educación y formación profesional, sino que incluye el conjunto de las aspiraciones de las personas a una vida digna y plena, en un entorno de prosperidad material, donde no existan dudas en torno al respeto de los derechos de las personas.

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 16 DEL CMISS

El artículo objeto de estudio se encuentra en el capítulo 2, denominado Coordinación de regímenes y legislaciones basados en el ahorro y la capitalización, bajo el título “Régimen de Prestaciones”, que a la letra dice:

“1. Cuando se trate de regímenes de capitalización individual, los afiliados a la Entidad Administradora de Fondos de Pensiones o institución similar financiarán sus pensiones con el saldo acumulado en su cuenta de capitalización individual, en los términos establecidos en la legislación del Estado Parte de que se trate.

Si, de acuerdo a la legislación de un Estado Parte en el que se liquide la pensión se garantiza una pensión mínima, cuando la pensión generada con el saldo acumulado en la cuenta de capitalización individual fuera insuficiente para financiar pensiones de una cuantía al menos igual al de la citada pensión mínima, la institución competente del Estado Parte en el que se liquide la pensión procederá a la totalización de los períodos cumplidos en otros Estados Parte, de acuerdo al artículo 5, para acceder al beneficio de pensión mínima de vejez o invalidez en la proporción que corresponda, calculada de conformidad a lo dispuesto por el artículo 13. Igual derecho tendrán los beneficiarios de pensión de supervivencia.

2. Los trabajadores que se encuentren afiliados a un sistema de pensiones de capitalización individual correspondiente a un Estado Parte, podrán aportar voluntariamente en dicho sistema cotizaciones previsionales, siempre que la legislación nacional de aquél lo permita y durante el tiempo que residan en otro Estado Parte, sin perjuicio de cumplir, además, con la legislación de este último Estado relativa a la obligación de cotizar.”

Del texto del artículo se desprenden tres temas: sistema de capitalización individual, pensión mínima garantizada y ahorro voluntario, los cuales por ser aspectos nodales del precepto en cuestión, resulta conveniente el análisis y desarrollo de cada uno en forma específica.

A. SISTEMA DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL

El primer párrafo del artículo 16 hace referencia al sistema de capitalización individual y al efecto dispone:

“Cuando se trate de regímenes de capitalización individual, los afiliados a la Entidad Administradora de Fondos de Pensiones o institución similar financiarán sus pensiones con el saldo acumulado en su cuenta de capitalización individual, en los términos establecidos en la legislación del Estado Parte de que se trate”.

Antes de realizar el comentario de este párrafo y entender su alcance, se hace necesario caracterizar el sistema de capitalización individual y sus modalidades.

El sistema de capitalización individual atrajo la atención en América Latina en los noventa, particularmente al tomar como antecedente la experiencia de Chile en 1981 al instaurar un sistema privado de pensiones basado plenamente en el ahorro obligatorio personal. El sistema es totalmente opuesto al sistema público de pensiones tradicional hasta ese entonces en la región, financiado por reparto o conocido también como de solidaridad intergeneracional, pues las personas en edad de trabajar compran, por la vía de financiamiento de las pensiones de quienes se han retirado de la fuerza de trabajo, el derecho a que las futuras generaciones financien a su vez sus pensiones cuando ellas se retiren de la etapa activa y tiene como características el ser de beneficios definidos, cotización indefinida y administración pública.

Posteriormente, once países de la región como Perú (1993), Argentina y Colombia (1994), Uruguay (1996), Bolivia y México (1997)², El Salvador (1998), Costa Rica (2001), Nicaragua (2000), Ecuador (2001) y República Dominicana (2001)³ realizaron reformas estructurales para cambiar el sistema de reparto por la introducción total o parcial del sistema de capitalización individual, que se constituía en ese momento en el nuevo paradigma⁴.

A la fecha, el sistema de capitalización individual está vigente sólo en siete países en razón de que en Ecuador el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley 2001-55⁵, entre los cuales se encontraban los referentes a la capitalización individual. En Nicaragua, fue derogada la Ley 340 fundamento de dicho sistema al considerarse que el período de transición significaría un alto costo e incidirá en el gasto público. Argentina, mediante la Ley 26.425 del 9 de diciembre de 2008⁶ eliminó el régimen de capitalización individual y regresó al sistema de reparto. Bolivia, a través de la Ley de Pensiones No. 65 de diciembre de 2010⁷ también eliminó el sistema y conformó un

²Panamá, en 1997 introdujo el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos.

³Promulgó la Ley 87-01 el 8 de mayo de 2001 y la implementación del sistema se realizó en forma gradual entre 2003 y 2006.

⁴En el establecimiento de la capitalización individual se señalaron como presupuestos o bondades del sistema: que al vincular la cotización con la prestación se favorecería el aumento de la cobertura, el cumplimiento de las obligaciones relativas a pensiones y la eliminación de las distorsiones del mercado laboral (evasión, mora, transferencias regresivas, retiro anticipado). Asimismo, que la competencia entre las administradoras aseguraría bajos costos administrativos y ofrecería mejores incentivos al mercado de trabajo, la tasa de rentabilidad sería mayor y contribuiría mediante sus mecanismos financieros a impulsar el desarrollo de mercado de capitales, el aumento del ahorro y el crecimiento económico.

⁵Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS); Banco de Información de los Sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid. 2007; p.56.

⁶Boletín Oficial, 9 de diciembre de 2008.

⁷Gaceta Oficial, Ley de Pensiones No. 65, 10 de diciembre de 2010.

nuevo⁸. Por su parte, Chile en 2008 reformó el sistema para incorporar un pilar solidario⁹. Los restantes países han realizado modificaciones al sistema.

1. CARACTERÍSTICAS

El sistema de capitalización individual consiste en que cada “afiliado”¹⁰ está obligado a financiar su propia pensión mediante el depósito de sus cotizaciones (y, en algunos casos, las de los empleadores también), en una cuenta individual.

El afiliado tiene que abrir la cuenta individual en una institución especializada en la administración de fondos de pensiones, de su elección. Este es el elemento clave del sistema que incluye el desplazamiento de buena parte de la responsabilidad previsional a un conjunto de nuevas instituciones.

Cada afiliado aporta un porcentaje fijo de su ingreso en la cuenta individual, destinado a formar un capital para ser invertido en diversos instrumentos financieros, dentro de los límites autorizados por el gobierno, el cual puede generar rendimientos financieros y, en su caso, ser agregados a la cuenta.

Por la administración, las instituciones especializadas en la materia tienen derecho a una retribución sobre la base de comisiones a cargo del afiliado. Éste puede cambiar de administrador periódicamente; pero debe trasladar el saldo total de su cuenta a la nueva entidad financiera.

El monto de la pensión está determinado por los ahorros de las contribuciones individuales y el rendimiento que logren obtener las entidades administradoras de todos los ahorros individuales, menos las comisiones que son los costos explícitos del sistema. Cuanto más invierta el trabajador, se supone, que será más alta la pensión y viceversa. El Estado conserva las atribuciones para imponer la obligatoriedad y la autoridad para fiscalizar, pero entrega a varios terceros el rol de productor de los beneficios.

El otorgamiento de la pensión puede ser bajo la forma de rentas vitalicias, compradas a compañías aseguradoras (por medio del pago de una prima única) con el saldo de los ahorros acumulados, o bien, o por retiros programados realizados con las propias administradoras u otras combinaciones (retiro programado con renta vitalicia, renta vitalicia con período garantizado, renta vitalicia personal, etc.)¹¹. También se tiene que adquirir el

⁸Creó un Sistema Integral de Pensiones, estructurado en tres niveles, los cuales otorgan distintos beneficios, de acuerdo a su regulación: a) no contributivo, b) contributivo y c) semi-contributivo.

⁹Además del componente solidario integrado denominado “Sistema de Pensiones Solidarias” (SPS), se reformó también el pilar contributivo de capitalización individual y se pretende la consolidación del pilar voluntario (individual y colectivo). Ley No. 22.255 del 17 de marzo de 2008.

¹⁰Por propósitos de simplificación, en este artículo se empleará el término masculino genérico clásico, en el entendido de que todas las menciones en tal género representan siempre hombres y mujeres.

seguro de sobrevivencia para cubrir el goce de pensiones de los beneficiarios con derecho a ellas.

En resumen, los elementos esenciales del sistema son:

a) Contribución definida. Se trata de un aporte fijo o uniforme indefinidamente, pues se piensa que la edad de la población como del sistema no la afectará.

b) Prestación indefinida. La pensión no está definida porque al tiempo de retiro el trabajador la recibe de acuerdo con el monto acumulado en su cuenta individual, el cual dependerá de factores diversos, como el salario, densidad de la cotización, el rendimiento de la cuenta individual, las comisiones y expectativa de vida al momento del retiro.

c) Método financiero. Capitalización plena, es decir, ahorro individual, en donde cada trabajador ahorra en actividad para el período inactivo.

d) Administración privada (parcial o total). El sistema está administrado por entidades financieras, generalmente privadas, con fines de lucro, de dedicación exclusiva, es decir, constituidas específicamente y solamente para esa función.

e) Rol subsidiario del Estado. Se limita a la definición del marco regulatorio, la fiscalización y a la entrega de apoyo financiero a los trabajadores de menores ingresos.

2. MODALIDADES

Los diseños del sistema de capitalización individual en América Latina fueron diferentes en cada país. Igualmente, su implementación en los nueve países de la región, se apartó en cierta medida del modelo exclusivo de capitalización chileno, dando lugar a diversos modelos conceptuales y a estrategias para privilegiar de cierta forma el pilar de ahorro obligatorio individual, de tal suerte, que la gama de opciones se sintetizó en tres grupos generales de acuerdo con la tipología de Mesa-Lago:¹²

a) Sustitutivo. Implicó el cierre del antiguo sistema de reparto hacia el futuro al no permitir nuevos afiliados y se sustituyó o cambió totalmente por el de capitalización individual, en consecuencia, la afiliación fue obligatoria para todos los trabajadores cubiertos así como para los de nuevo ingreso al mercado laboral. Este modelo fue adoptado por: Chile, Bolivia, El Salvador, México y República Dominicana.¹³

b) Paralelo. Este modelo dio lugar a la coexistencia del antiguo sistema de reparto y el nuevo de capitalización individual, en franca competencia entre sí. El antiguo sistema

¹¹En Chile, Colombia, El Salvador, Perú y Uruguay existe además el retiro programado con renta vitalicia. En Costa Rica, la renta permanente, la renta vitalicia personal y la renta vitalicia con período garantizado.

¹²Mesa-Lago, C.; "Las Reformas de Pensiones en América Latina. Modelos y Características, Mitos, Desempeños y Lecciones, ¿Públicos o Privados? Los Sistemas de Pensiones en América Latina después de dos Décadas de Reformas. Caracas. Nueva Sociedad. 2004.

¹³Este modelo conceptual tuvo dos variantes: a) cierre inmediato y total del antiguo sistema como sucedió en México y Bolivia al obligar a todos los asegurados a trasladarse al sistema de capitalización individual¹³ y b) cierre para los asegurados futuros y extinción gradual de los asegurados existentes que se quedaron en el antiguo, como es el caso de Chile, El Salvador y República Dominicana.

aunque no se cerró, fue completa o parcialmente reformado, empero terminó su monopolio con la creación del nuevo. El modelo fue adoptado por Perú y Colombia.

c) Mixto. Este modelo tuvo como característica la permanencia del sistema público (reformado) y la introducción de un componente de capitalización individual con carácter complementario. El nuevo elemento asumió parte de la prestación global, de modo que los beneficios se determinan sobre la base de un componente público y otro privado (sistema mixto). El antiguo paga una pensión básica (prestación definida) y el de capitalización individual una complementaria (prestación no definida). El modelo fue adoptado por Argentina, Uruguay y Costa Rica, aunque cada país imprimió características específicas en su diseño, resultando también diversas variantes de este modelo conceptual¹⁴.

Por último, resultaba importante la caracterización del sistema de capitalización individual dentro del sistema contributivo de pensiones a efecto de diferenciarlo de los regímenes o pilares dentro del sistema general público de pensiones: a) Primer nivel: régimen público (obligatorio); b) Segundo nivel: pensiones profesionales (voluntario)¹⁵ y c) Tercer nivel: planes individuales (a través de compañías de seguros de vida o de bancos con condiciones fiscales favorables)¹⁶.

Los dos últimos niveles, en el sistema general son utilizados como instrumentos, por un lado, para aliviar la presión sobre las finanzas públicas al diversificar las fuentes de financiamiento y, por otro, para complementar o incrementar el monto de la pensión. Esto es, se trata de (sistemas privados complementarios de pensiones) y, en su mayoría, siguen el modelo de capitalización en donde los recursos son invertidos.

Una vez caracterizado el sistema de capitalización individual, puede afirmarse que dentro de la generalidad del primer párrafo del precepto 16, éste se refiere exclusivamente a los supuestos de capitalización individual como componente contributivo principal y no como componente para complementar a pensión. Lo anterior, porque se limita a afirmar que en los sistemas de capitalización individual es el afiliado quien tiene que financiar (ahorrar) para su pensión. Asimismo, el párrafo en cuestión confirma que el afiliado tendrá su pensión de acuerdo a lo que haya ahorrado en la cuenta individual y podrá obtener dicha prestación con base en los requisitos establecidos en la legislación de su país, que generalmente serán la edad y años de cotización.

¹⁴Costa Rica, en 1995 introdujo el sistema de capitalización individual con carácter voluntario y complementario. En el 2000, lo hizo obligatorio y creó un sistema de pensiones multinivel: a) un primer nivel, cubierto por el antiguo sistema para invalidez, vejez y muerte; b) un segundo, de capitalización individual obligatoria, mediante el Régimen Obligatorio de Pensión Complementario; y c) el tercero, de capitalización individual voluntaria a través del Régimen Privado de Pensiones Complementarias que ampara vejez y muerte.

¹⁵En este régimen sólo pueden ser las personas que trabajan en determinados sectores, profesiones o empresas y se crean como consecuencia de acuerdos entre los empleadores y las organizaciones sindicales. Pueden ser de capitalización con prestación definida (la empresa otorga su garantía) o capitalización con cotización definida (el riesgo de inversión lo asume el partícipe).

¹⁶Se acuerdan directamente a través de un contrato directo con el proveedor.

A pesar de la generalidad del párrafo, puede señalarse que resulta positivo la incorporación del sistema de capitalización en el Convenio y, por ende, la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas al respecto, aunque el sistema resulte bastante complejo.

Por último, un aspecto a destacar del primer párrafo del artículo objeto de estudio y que pareciera de menor importancia, es el empleo del término de “afiliados”, el cual confirma la responsabilidad individual del sistema, en lugar del concepto “asegurado”, utilizado preferentemente en los sistemas públicos tradicionales.

B. PENSIÓN GARANTIZADA

El segundo párrafo del precepto objeto de estudio, considera la figura denominada “pensión garantizada”, la cual, dentro del sistema de capitalización individual se otorgan cuando se cumplen los requisitos (edad y cotizaciones), pero el saldo acumulado en la cuenta individual no es suficiente para comprar una renta vitalicia, razón por la cual el Estado aporta el monto necesario. Esta pensión es diferente a la que se garantiza en los sistemas públicos, independientemente de los años de trabajo y de cotización.

A la letra, el párrafo señala:

“Si, de acuerdo a la legislación de un Estado Parte en el que se liquide la pensión se garantiza una pensión mínima, cuando la pensión generada con el saldo acumulado en la cuenta de capitalización individual fuera insuficiente para financiar pensiones de una cuantía al menos igual al de la citada pensión mínima, la institución competente del Estado Parte en el que se liquide la pensión procederá a la totalización de los períodos cumplidos en otros Estados Parte, de acuerdo al artículo 5, para acceder al beneficio de pensión mínima de vejez o invalidez en la proporción que corresponda, calculada de conformidad a lo dispuesto por el artículo 13. Igual derecho tendrán los beneficiarios de pensión de supervivencia.”

REGULACIÓN

Algunos países regularon la “pensión garantizada” con diversas características. Chile, Perú, Colombia, El Salvador, México y República Dominicana, dentro del sistema de capitalización y en atención al cumplimiento de requisitos legales, por ejemplo; en Chile hasta antes de la reforma de 2008, sólo se otorgaba a quienes cotizaran 20 años como mínimo¹⁷; en Colombia (en el sistema privado) se concede siempre que tengan 62 años

¹⁷Con la reforma de 2008, la incorporación del pilar solidario vino a reemplazar a la pensión mínima garantizada y a los programas de pensión asistencial. Dicho pilar está dirigido a la obtención de una pensión básica universal para las personas que no reciban una pensión contributiva. Asimismo, dicho pilar, también comprende un “Aporte Previsional Solidario, el cual complementará la pensión que el beneficiario logre en la cuenta de capitalización individual, cuando sea inferior o igual a la pensión básica solidaria.

los hombres y 57 las mujeres y hayan cotizado 23 años (1150 semanas)¹⁸; en Perú cuando se haya nacido antes del 31 de diciembre de 1945, tener 65 años y haber realizado cotizaciones por 20 años a cualquiera de los dos sistemas (público o privado); El Salvador exige 25 años de contribuciones para su otorgamiento, se calcula en base al promedio gravable y está limitada a la disponibilidad de recursos fiscales. República Dominicana la condiciona a los mayores de 65 años y que hayan cotizado por lo menos 300 meses (25 años)¹⁹. En Uruguay y Costa Rica dada la naturaleza de su sistema, se encuentra considerada en el componente público del sistema mixto. En tanto, Bolivia no tomó en cuenta el otorgamiento de dicha pensión mínima.

En la mayoría de dichos países, la pensión garantizada equivale a un salario mínimo mensual general²⁰, y en algunos, no es ajustada a la inflación. Con este tipo de pensión, se pretende justificar la existencia del principio de “solidaridad” en el sistema de capitalización individual.

Una vez abordada la regulación de la pensión garantizada, desde nuestro personal punto de vista, es realmente en este segundo párrafo del primer numeral del artículo 16 en donde se pretende la aplicación del Convenio y, por ende, su coordinación. Lo anterior, porque en el supuesto de la pensión garantizada se hace referencia a los principios de totalización de las cotizaciones y de *pro rata temporis* y el Estado el que debe pagarla, no las administradoras de fondos de pensiones, porque la característica de dicha pensión es que opera cuando los recursos de la cuenta individual son insuficientes.

El párrafo en cuestión, parte del hecho de que no se cumplan los requisitos, en este caso, el período de cotización, razón por la cual se solicita la totalización de las cotizaciones realizadas en los diversos países en los cuales se haya laborado y aplique el Convenio, siempre que no se superpongan.

Así, para el otorgamiento de la pensión mínima garantizada cada Estado computará la prestación como si todas las cotizaciones acreditadas por el interesado en los diversos Estados se hubiesen efectuado en un único país, esto es, cada Estado calculará el porcentaje que representa el período de cotización efectuado en el mismo, respecto del total de cotizaciones acreditadas por el interesado en los diversos países (pensión teórica). Ese porcentaje constituirá el importe de la “pensión real” que cada Estado deberá pagar.

Esta posibilidad únicamente daría lugar a la obtención de la pensión mínima garantizada prevista en el sistema de capitalización individual, pero de ninguna manera implicaría el otorgamiento de una pensión mayor a ésta.

¹⁸A partir del 1 de enero de 2009, el número de semanas se incrementó en 25 cada año hasta alcanzar 1325 en el 2015.

¹⁹Véase Pensiones en América Latina. Dos Décadas de Reforma. Lima. Organización Internacional del Trabajo, 2001.

²⁰En México la pensión se otorga bajo la forma de retiros programados y se paga por el propio Instituto Mexicano del Seguro Social. Esta pensión se suspenderá cuando el trabajador se reincorpore al régimen obligatorio.

Por último, con la totalización de las cotizaciones, el párrafo pretende evitar la pérdida de derechos de materia de pensiones de vejez, invalidez y supervivencia, respecto de la pensión garantizada.

C. AHORRO VOLUNTARIO

El artículo objeto de estudio, en su numeral dos hace referencia al ahorro voluntario dentro del sistema de capitalización individual y al efecto señala:

“Los trabajadores que se encuentren afiliados a un sistema de pensiones de capitalización individual correspondiente a un Estado Parte, podrán aportar voluntariamente en dicho sistema cotizaciones previsionales, siempre que la legislación nacional de aquél lo permita y durante el tiempo que residan en otro Estado Parte, sin perjuicio de cumplir, además, con la legislación de este último Estado relativa a la obligación de cotizar.”

APORTACIONES VOLUNTARIAS

En el sistema de capitalización individual cobra gran importancia la cuenta individual y su integración respectiva. Además de las cotizaciones obligatorias (en donde existe un porcentaje fijo), en algunos países, los afiliados pueden realizar aportaciones voluntarias a la propia cuenta individual o a una “Cuenta de Ahorro Voluntario”²¹, para depositar los cantidades que desee y con la periodicidad que estime conveniente así como, en su caso, las convenidas con su empleador, con el objeto de incrementar el monto de la pensión o de constituir el capital requerido para pensionarse anticipadamente. Respecto de este tipo de aportaciones, el afiliado puede efectuar retiros cada año calendario, el número de veces que permita su legislación.

Con base en lo expuesto anteriormente, es importante dejar claro que el sistema de capitalización individual, no sólo fomenta, sino que también requiere de las “aportaciones voluntarias” para que el afiliado pueda tener una pensión mayor, ya que él es quien financia su pensión. Con mayor razón tienen cabida y son necesarias las aportaciones voluntarias, cuando el afiliado está laborando en otro Estado parte, porque aunque no se realicen las cotizaciones obligatorias, la cuenta individual sigue operando en su país de origen, con todas las consecuencias legales, ya que el afiliado es el propietario de dicha cuenta. En este orden, a fin de no ver reducido aún más su monto acumulado por laborar en otro país, las aportaciones voluntarias sirven de soporte para la futura pensión.

²¹En Chile la Cuenta de Ahorro Voluntario fue incorporada al sistema en 1987 y en 1990 se creó la cuenta de ahorro de indemnización, para los casos de interrupción de la relación laboral. En el artículo 21 del original Decreto Ley 3.500 las cotizaciones voluntarias sólo estaban permitidas: a) Hasta un 10 % de su remuneración y b) hasta un 20 % de la parte que excediera de la remuneración obligatoria y que no rebasara las 120 Unidades de Fomento del último día del mes anterior al pago. Sin embargo, esta disposición se modificó, permitiéndose a los trabajadores porcentajes superiores a efecto de que acumulara recursos adicionales en su cuenta individual. En ese mismo sentido, se permitieron los “depósitos convenidos” con el empleador.

Parecería innecesario este párrafo porque, como ya se expresó, el sistema de capitalización individual requiere de aportaciones voluntarias, las cuales están previstas en las legislaciones de los países que receptaron el sistema, sin embargo, lo que abunda no daña.

Por último, es necesario precisar que las aportaciones voluntarias son totalmente diferentes a las cotizaciones a un seguro o régimen voluntario dentro de un sistema de pensiones general, a efecto de evitar interpretaciones erróneas con respecto a este párrafo.

III. CONCLUSIONES

Es justificada la preocupación por un fenómeno que no parece obvio: quien a pesar de haber cumplido con una vida laboral, pudiera verse desamparado, principalmente, en su vejez. Con mayor razón con un sistema de capitalización individual que como nuevo paradigma, es el afiliado quien financia su propia pensión.

El sistema de capitalización es bastante complejo y, por ello, el Convenio en su artículo 16 tiene el mérito de considerarlo aunque en forma muy general, pero en forma específica, uno de sus temas como lo es la pensión mínima garantizada, que a la luz de los trabajadores resulta de vital importancia, cuando a nivel internacional se tiene conocimiento que con dicho sistema cuando mucho algunos alcanzarán la pensión mínima garantizada y otros ni ella.²²

De los países que tienen el sistema de capitalización individual en sus diferentes modelos conceptuales, siete han ratificado el Convenio (Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Perú, República Dominicana y Uruguay). Tres han suscrito el Acuerdo de Aplicación respectivo (Chile, El Salvador y Uruguay).²³

²²Véase Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional, Reforma al sistema de pensiones en Chile, Santiago, Gobierno de Chile, vol. 1, 2006. Holzman, R y H intz, R.; Soporte del Ingreso en la Vejez en el Siglo Veintiuno: Una Perspectiva Internacional de los Sistemas de Pensiones y sus Reformas. Washington, D.C. Banco Mundial. 2005.

²³OISS, Boletín Informativo de la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social, n° 60/2016.

ARTÍCULO 17

“Transferencia de fondos

Los Estados Parte en los que estén vigentes regímenes de capitalización individual podrán establecer mecanismos de transferencia de fondos a los fines de la percepción de prestaciones por invalidez, vejez o muerte”.

PEDRO CONTADOR ABRAHAM

Magister. Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Escuela de Derecho, Universidad de Talca-Chile

PATRICIA MONJES MC HUGH

Abogada. Magister en Gerencia y Políticas Públicas
Universidad Adolfo Ibáñez-Chile

RESUMEN

Los Convenios de Seguridad Social han asumido tradicionalmente la función de otorgar protección al trabajador migrante, a través de ciertos principios rectores, entre los cuales se encuentran el reconocimiento y totalización de períodos de seguro o de cotizaciones y el pago a prorrata de beneficios, aplicándose en lo demás la legislación interna de los países involucrados. Con el establecimiento en algunos países de sistemas de pensiones basados en la capitalización individual, se han ido modificando estos criterios. Primero replicando en los Convenios de Seguridad Social la regla en virtud de la cual, los afiliados a estos sistemas deben financiar sus prestaciones con el saldo acumulado en sus cuentas de capitalización individual, hasta permitir como hace el artículo 17 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, que los Estados Parte celebren acuerdos de traspaso o transferencia de fondos entre sistemas de capitalización individual, a objeto de financiar las prestaciones que les correspondan en virtud del Convenio. Sin embargo, es posible constatar que la citada norma no menciona ni hace referencia a algunos de los elementos esenciales para el desarrollo de estos acuerdos, dejando estas definiciones a las negociaciones de los Estados que resuelvan celebrarlos. Mientras ello no ocurra, parece ser ilustrativo conocer el alcance, contenidos y resultados del acuerdo de transferencia de fondos previsionales, materializado bajo el amparo del Convenio de Seguridad Social entre Chile y Perú.

PALABRAS CLAVE: Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, Convenio de Seguridad Social entre Chile y Perú, acuerdos de transferencia o traspaso de fondos previsionales, sistemas de capitalización individual.

ABSTRACT

Traditionally, Social Security Agreements have assumed the protection of migrant workers through certain guiding principles among which is the recognition and aggregation of periods of insurance or contributions and pro rata payment of benefits, while internal legislation of the countries involved applies in everything else. With the establishment in some countries of pension systems based on individual capitalization, these criteria have been changing, first replicating in the Social Security Agreements the rule under which affiliates of these systems must finance their benefits with the accumulated balance in their individual capitalization accounts to allow States Parties, as does Article 17 of the Iberoamerican Multilateral Agreement on Social Security, to enter into agreements on portability or transfer of funds between individual capitalization systems, in order to finance the benefits that apply under said Agreement. However, it is verified that the abovementioned rule does not refer to some essential elements for the development of these agreements, leaving these definitions to the negotiations of the States that decide to enter into them. As long as this is the case, it seems instructive to know the scope, content and outcome of the agreement on transfer of pension funds, materialized pursuant to the Agreement on Social Security between Chile and Peru.

KEYWORDS: Iberoamerican Multilateral Agreement on Social Security, Agreement on Social Security between Chile and Peru, agreements on portability or transfer of pension funds, individual capitalization systems.

SUMARIO

- I. LA FINALIDAD, FUNDAMENTOS Y MECANISMOS DE APLICACIÓN DE UN CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL
- II. EL TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS EN EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL
- III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MECANISMOS QUE PERMITEN EL TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS
- IV. EL TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS EN EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE CHILE Y PERÚ
- V. REQUISITOS PARA EL TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS EN EL CONVENIO CHILENO-PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL
- VI. NATURALEZA Y EFECTOS DEL TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS EN EL CONVENIO CHILENO-PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL
- VII. NÚMERO Y MONTO TOTAL EN DÓLARES, DE TRASPASOS O TRANSFERENCIAS DE FONDOS EFECTUADOS ENTRE SISTEMAS DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL DE CHILE Y PERÚ
- VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA PARA CELEBRAR UN ACUERDO DE TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS PREVISIONALES
- IX. CONCLUSIONES

I. LA FINALIDAD, FUNDAMENTOS Y MECANISMOS DE APLICACIÓN DE UN CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL¹

Los Convenios de Seguridad Social pueden ser definidos como instrumentos jurídicos de carácter internacional, suscritos por dos o más Estados, que tienen por finalidad atender las necesidades de seguridad social -en particular el derecho a recibir pensiones- que enfrentan los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familias, que prestan o han prestado servicios en uno o más Estados Parte del Convenio.

Su fundamento se encontraría en la necesidad de establecer normas supraestatales de continuidad previsional, que resguarden el derecho de los trabajadores migrantes a mantener los beneficios de seguridad social, que se encontraban en posibilidad de adquirir al salir de un determinado país, para ingresar al sistema de previsión social de otra nación.

Con este objeto el acceso al derecho a la pensión se regula conforme a la normativa interna de cada uno de los Estados Parte, estableciendo los Convenios ciertas reglas de concurrencia de cada Parte para la constitución de la pensión. En los sistemas de seguridad social basados en el reparto, esta contribución se efectúa a través de uno de los principios de los Convenios de Seguridad Social, cual es la “totalización de períodos de seguro, cotizaciones o empleo”, en virtud de la cual los períodos cotizados o considerados como tales, en uno de los Estados Parte, son reconocidos en otro de los Estados, para efectos de adquirir, mantener o recuperar derechos previsionales. La totalización de períodos de seguros admite, en el evento que resulte necesario y siempre que no se superpongan, sumar los períodos acreditables en ambos o varios Estados, cuestión que le permitirá al afiliado “abrir” idealmente el derecho a prestaciones de seguridad social en uno, ambos o varios de los Estados Parte. No obstante ello, las reglas de cálculo y pago de estas prestaciones se rigen por la ley interna que resulte aplicable y solo por los períodos de seguros, cotizaciones o empleo efectivamente efectuados en el país de que se trata.

Sin embargo, esta forma de computar cotizaciones previsionales registradas en un tercer país, no puede aplicarse a los sistemas de capitalización individual, en los que el derecho a la pensión no se adquiere por la acreditación de un número mínimo de años de cotizaciones, sino que por el cumplimiento de la edad para pensionarse por vejez, pues la regla general es que las pensiones en este tipo de sistemas, se financien exclusivamente con el saldo acumulado en la cuenta de capitalización individual del respectivo afiliado. No obstante lo anterior y aunque la información de datos de afiliación o de cotizaciones en otros países, pudiera no resultar relevante para el financiamiento de las prestaciones, esos tiempos de cotización o afiliación pueden ser informados al otro Estado Parte, para efectos de cumplir eventualmente los años exigidos por dicho Estado para acceder a una pensión. Por tal razón, los Convenios de Seguridad Social suscritos por los Estados Parte que cuentan con

¹Extractado de Cifuentes Lillo, H.; Arellano Ortiz, P.; y Walker, Errázuriz, F.; Seguridad Social, Parte General y Pensiones. Librotecnia. Santiago de Chile. 2013, pp. 167-174. Y Contador Abraham, P. El Tratamiento de las Prestaciones no Contributivas en el Marco de los Convenios de Seguridad Social ratificados por Chile. En Arellano Ortiz, P. (Ed.). Trabajadores Migrantes y Seguridad Social. Librotecnia. Santiago de Chile. 2015, pp. 101-108.

sistemas de capitalización individual, suelen reconocer el derecho de sus afiliados a totalizar períodos de seguro, cotizaciones o empleo para impetrar el beneficio de garantía estatal de pensión mínima, no contemplándose hasta ahora y salvo lo que se indicará a continuación, mecanismos de traspaso de fondos en tales instrumentos internacionales².

Cabe indicar finalmente que las reglas antes descritas, aplicables a los sistemas de capitalización individual están expresamente previstas en el apartado 1 del artículo 16³ y en el artículo 17 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

II. EL TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS EN EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en su Capítulo 2 del Título II denominado “Coordinación entre regímenes y legislaciones basada en el ahorro y la capitalización” prescribe en su artículo 17 que “Los Estados Parte en los que estén vigentes regímenes de capitalización individual podrán establecer mecanismos de transferencia de fondos a los fines de la percepción de prestaciones por invalidez, vejez o muerte”.

Del análisis de esta norma internacional, es posible concluir que para que opere la transferencia de fondos entre los Estados Parte del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Ser Estado Parte del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, vale decir, que el Estado sea miembro de la Comunidad Iberoamericana⁴ y que haya firmado, ratificado, aceptado o adherido a este Convenio, conforme lo disponen los artículos 29 y 30 de ese instrumento⁵.

²Cifuentes Lillo, H.; Convenio Multilateral y Seguridad Social Chilena, Capítulo XI en: González Ortega, S. (Coordinador); El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Tirant Lo Blanch. 2013, pp. 365-366.

³“ARTÍCULO 16.- Régimen de prestaciones

1. Cuando se trate de regímenes de capitalización individual, los afiliados a la Entidad Administradora de Fondos de Pensiones o institución similar financiarán sus pensiones con el saldo acumulado en su cuenta de capitalización individual, en los términos establecidos en la legislación del Estado Parte de que se trate.

Si, de acuerdo a la legislación de un Estado Parte en el que se liquide la pensión se garantiza una pensión mínima, cuando la pensión generada con el saldo acumulado en la cuenta de capitalización individual fuera insuficiente para financiar pensiones de una cuantía al menos igual al de la citada pensión mínima, la institución competente del Estado Parte en el que se liquide la pensión procederá a la totalización de los períodos cumplidos en otros Estados Parte, de acuerdo al artículo 5, para acceder al beneficio de pensión mínima de vejez o invalidez en la proporción que corresponda, calculada de conformidad a lo dispuesto por el artículo 13. Igual derecho tendrán los beneficiarios de pensión de supervivencia.”.

⁴La Comunidad Iberoamericana, está integrada por los siguientes países: Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela. Visto en: <http://segib.org/paises/> (22.08.2016).

⁵“ARTÍCULO 29.- Firma

El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados Miembros de la Comunidad Iberoamericana.”.

2. Que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social haya entrado en vigencia⁶, respecto de los Estados Parte que celebren estos mecanismos de transferencia de fondos.
3. Que estos Estados Parte mantengan un sistema de capitalización individual dentro de sus esquemas de seguridad social.

Al efecto, cabe indicar que tradicionalmente la doctrina ha hecho presente que cuando se menciona a los sistemas de capitalización, normalmente se está refiriendo a una forma de organización de los regímenes financieros de la seguridad social, es decir, a la regulación de sus ingresos, reservas y a su plan de inversiones, lo que en definitiva constituye el método por el cual se van a asignar los recursos de la seguridad social, para la satisfacción de los estados de necesidad que sufren sus afiliados y sus familias, siendo los regímenes de capitalización, aquellos que se formulan en base a la capitalización o a la inversión de los fondos que se aportan para su financiamiento, los que juntos con la rentabilidad que generan, permiten financiar las respectivas prestaciones. Dicha acumulación de recursos se prolonga por períodos extensos que se determinan actualmente, con el objeto de obtener además los intereses que financiarán, tanto las prestaciones como los gastos de administración. La capitalización individual, por su parte, se caracteriza porque el sistema abre una cuenta individual con las cotizaciones obligatorias de los propios afiliados y los aportes del empleador y el Estado, si existieren⁷.

En el caso del sistema de capitalización individual chileno, los fondos previsionales son de propiedad del afiliado, ya sea que se registren en su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias y voluntarias, de depósitos convenidos, así como de ahorro previsional individual o colectivo, o bien en alguna de las otras cuentas voluntarias que

“ARTÍCULO 30.- Ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

1. El presente Convenio estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en la Secretaría General Iberoamericana a través de la OISS.

2. El presente Convenio estará abierto a la adhesión de todos los Estados que forman parte de la Comunidad Iberoamericana. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General Iberoamericana a través de la OISS.”.

⁶“ARTÍCULO 31.- Entrada en vigor

1. 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. No obstante, éste producirá efectos entre dichos Estados una vez que el Acuerdo de Aplicación sea suscrito por los mismos.

2. Para cada Estado que ratifique o se adhiera al presente Convenio después de haberse depositado el séptimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que ese Estado haya depositado el instrumento pertinente, no obstante éste producirá efectos una vez que el Acuerdo de Aplicación sea suscrito por el mismo. La Secretaría General Iberoamericana a través de la OISS comunicará dicho acto a los demás Estados Parte.”.

⁷Lanata Fuenzalida, G.; Manual de Legislación Previsional. Editorial Legal Publishing. Santiago de Chile. 2014, pp. 37- 43.

contempla el sistema, conforme lo disponen los artículos 20, 20 A, 20 F, 20 H⁸ y 21 del decreto ley N° 3.500, de 1980, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Asimismo se ha indicado, que en este tipo de sistema de pensiones cada afiliado posee una cuenta individual, donde se depositan sus cotizaciones previsionales las cuales se capitalizan y ganan la rentabilidad de las inversiones, que las administradoras realizan con los recursos de los fondos que gestionan. Al término de la vida activa, este capital le es devuelto al afiliado o a sus beneficiarios sobrevivientes en la forma de alguna modalidad de pensión. La cuantía de las pensiones dependerá del monto del ahorro, existiendo por lo tanto una relación directa entre el esfuerzo personal y la pensión que se obtenga⁹.

Respeto del objeto de estos acuerdos entre los Estados Parte, ellos deben permitir, por un lado, la transferencia de fondos entre sus sistemas de capitalización individual y segundo, deben tener por exclusiva finalidad la percepción de prestaciones por vejez, invalidez o muerte, en los términos del apartado 1 del artículo 3 del Convenio¹⁰. De esta forma y dado que la característica fundamental de los sistemas de capitalización individual, es que por regla general los afiliados financian sus prestaciones con el saldo acumulado en su cuenta de capitalización individual¹¹, no sería posible que los acuerdos celebrados bajo el amparo del citado artículo 17, tuvieran por objeto directo o indirecto, permitir la devolución o retiro de los fondos acumulados en las referidas cuentas de capitalización individual.

Asimismo, y si bien el artículo 17 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social no prevé el registro de este tipo de acuerdo, creemos que es pertinente, por analogía,

⁸Artículo 20 H del decreto ley N°3.500, de 1980, establece que “*Los recursos originados en los aportes efectuados por el trabajador serán siempre de su propiedad. Por su parte, los recursos originados en los aportes efectuados por el empleador serán de propiedad del trabajador una vez que se cumplan las condiciones establecidas en el contrato respectivo. De esta forma, si el contrato de ahorro establece un período mínimo de permanencia en la empresa, para que los aportes del empleador sean definitivamente de propiedad del trabajador, se requerirá que éste cumpla íntegramente dicho período o que se configure algunas de las causales establecidas expresamente en el contrato para ello.*”.

⁹A partir de definición dada para el sistema de capitalización individual chileno, por la Superintendencia de Pensiones. Visto en: http://www.safp.cl/safpstats/stats/sist_previsional/cont2_sistema.html (22.08.2016).

¹⁰ “*Artículo 3.- Campo de aplicación material*

1. El presente Convenio se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con:

- a) las prestaciones económicas de invalidez;*
- b) las prestaciones económicas de vejez;*
- c) las prestaciones económicas de supervivencia; y,*
- d) las prestaciones económicas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.”.*

¹¹Como se indicara anteriormente, el mecanismo de financiamiento de las prestaciones a través del acumulado en la cuenta de capitalización individual, está expresamente previsto en el apartado 1 del artículo 16 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. En el caso chileno, así se establece en el artículo 51 del decreto ley N° 3.500, de 1980 que establece el Sistema de Pensiones de Vejez, de Invalidez y Supervivencia derivado de la capitalización individual.

que estos acuerdos se registren en el anexo III del Convenio, contenido en el apartado 5 de su artículo 3¹².

Ahora bien, conforme a la información disponible¹³, los países de la Comunidad Iberoamericana que tienen un sistema de capitalización individual o alguno de sus elementos que lo caracterizan son los siguientes: Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Perú, Panamá, República Dominicana y Uruguay. De estos países, de acuerdo a la información proporcionada por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social¹⁴, solo Bolivia, Chile, El Salvador, Perú y Uruguay, estarían en condiciones hoy de celebrar acuerdo de transferencia de fondos a que se refiere el artículo 17 del Convenio, por tener la calidad de Estados Parte del Convenio, en tanto que Colombia, Costa Rica y República Dominicana únicamente han suscrito el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MECANISMOS QUE PERMITEN EL TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS

Considerando que el citado artículo 17 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, sólo establece requisitos marco para la celebración de los acuerdos de transferencia de fondos, pero sin definir su contenido ni sus finalidades específicas, así como tampoco se contienen regulaciones o directrices generales en materias o puntos que son cruciales para un acuerdo de esta naturaleza, entendemos que para dar eficacia a la transferencia de fondos entre los Estados Parte del Convenio, se requeriría un nuevo tratado internacional¹⁵ entre los países involucrados, conforme la definición que otorga el artículo 2 letra a)¹⁶ de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, debe recordarse que de acuerdo el artículo 11 de la misma Convención, el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado, puede manifestarse mediante la

¹²Artículo 3, apartado N° 5: “*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. Las reglas correspondientes a los regímenes y/o prestaciones que hayan sido objeto de extensión, conforme a lo previsto en el apartado anterior, afectarán únicamente a los Estados que las hayan suscrito, sin que surtan efectos para los demás Estados Parte.*”.

¹³Información proporcionada por la Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones (FIAP). Visto en: <http://www.fiapinternacional.org/en/pension-systems-reform/> (22.08.2016).

¹⁴Visto en: <http://www.oiss.org/Estado-de-Situacion.html>(14.11.2016).

¹⁵Doctrinariamente se ha definido al tratado internacional como un acuerdo de voluntades celebrado por escrito entre sujetos de derecho internacional y regido por el derecho internacional. En Vargas Carreño, Edmundo. Derecho Internacional Público, de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2007, p. 124.

¹⁶ “*a) Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.*”.

firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido y que a su vez, la letra b) del citado artículo 2 de la Convención, entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.

Sobre la ratificación se ha señalado que es el respectivo derecho constitucional, el que determina cuáles el órgano interno llamado a efectuar la ratificación, generalmente tal función corresponde a los Jefes de Estado, quien ordinariamente requiere la aprobación previa del Parlamento para proceder a la ratificación de ciertos tratados. Como contrapartida, la práctica internacional contemporánea ha tendido a abreviar los trámites de conclusión de un tratado. Así, el procedimiento de ratificación, precedido de una aprobación parlamentaria, no es ya exigido por las Constituciones más modernas, sino solo para determinado tipo de tratados¹⁷.

El Acuerdo de Aplicación, indicado en el artículo 21 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, así como los acuerdos entre las Autoridades Competentes a que se refieren los artículos 3, 8, y 11 del Convenio, están sujetos a este procedimiento simplificado de conclusión y entrada en vigencia, más aún si el propio Convenio que autoriza a celebrarlos, ya fue sujeto de ratificación por los Estados Parte.

Sin embargo y como se señalara, el artículo 17 del Convenio además de permitir la celebración de los acuerdos para establecer los mecanismos de transferencia de fondos y definir su finalidad esencial, no describe el contenido de esta transferencia, las cotizaciones que comprende, el destino de los fondos traspasados, los requisitos para que opere la transferencia, el régimen tributario o impositivo que será aplicable entre los países involucrados en el acuerdo, si el traspaso de fondos implicará la desafectación o desvinculación de la seguridad social del país que transfirió los fondos, etc. En definitiva, puede estimarse que el artículo 17 del Convenio carece de suficiente densidad de normas sustantivas, cuestión que dificulta enormemente a los Estados Parte, acogerse a un acuerdo simplificado que le dé ejecución o desarrollo a un mecanismo de transferencia de fondos.

En efecto, y a lo menos en el modelo constitucional chileno conforme al artículo 54 numeral 1) inciso cuarto de su Constitución Política, las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor, no requerirán de nueva aprobación del Congreso – como podrían ser considerados en un primer análisis aquellos que se refiere el artículo 17 del Convenio-, a menos que se trate de materias propias de ley, carácter que tiene la garantía constitucional del derecho a la seguridad social, por lo que necesariamente tales acuerdos deben someterse a la aprobación previa del Congreso Nacional¹⁸.

¹⁷En Vargas Carreño, E.; Derecho Internacional Público, de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2007, pp. 128-133.

¹⁸ “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:
18º.- El derecho a la seguridad social.

En consecuencia, podemos concluir que la norma del artículo 17 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es esencialmente programática, ya que si bien permite el establecimiento de mecanismos de transferencia de fondos entre sistemas de capitalización individual, en definitiva tales mecanismos no fueron sustancialmente regulados, como si se hizo para la determinación de las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, a través del mecanismo de totalización de períodos de seguro, de cotización o de empleo, propios de los regímenes de reparto, en el Capítulo 1 del Título II del Convenio.

La dificultad antes apuntada se puede constatar revisando el estado de situación actual del Convenio, pues a la fecha a pesar de encontrarse actualmente vigente y operativo en once Estados Parte¹⁹, aún no se conocen que se hayan suscrito acuerdos que permitan la portabilidad de fondos entre sistemas de capitalización individual, situación que nos lleva a la necesidad de efectuar una breve revisión de la regulación, así como de los resultados del mecanismo sobre la portabilidad o transferencia de fondos contenido en el Convenio de Seguridad Social entre la República de Chile y la República del Perú, que es el único instrumento internacional en materia de seguridad social, que contempla este tipo de beneficio para los afiliados a regímenes de capitalización individual, de los cuales se pudieran extraer elementos de juicio para analizar la factibilidad de extender el mecanismo de transferencia de fondos, como forma de conceder beneficios de seguridad social al amparo de un Convenio Internacional.

IV. EL TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS EN EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE CHILE Y PERÚ

El Convenio de Seguridad Social entre Chile y Perú fue suscrito el 23 de agosto de 2002 en la ciudad de Santiago de Chile y entró en vigencia internacional, el 1º de abril de 2004, de conformidad a lo establecido en su artículo 29. Su Acuerdo Administrativo para la Implementación del Convenio, también fue suscrito en la ciudad de Santiago, el 23 de agosto de 2005 y entró en vigor el 1º de octubre de 2006. Finalmente, este marco normativo es concluido por el Acuerdo Complementario para la Transferencia de Fondos Previsionales entre la República de Chile y la República del Perú, suscrito en la ciudad de Lima, Perú con fecha 26 de mayo de 2006, entre la ex Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones de Chile, hoy la Superintendencia de Pensiones²⁰ y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones del Perú.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.”.

“Artículo 63.- Sólo son materias de ley:

4) Las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social;”.

¹⁹ Visto en: [www.http://www.oiss.org/Estado-de-Situacion.html](http://www.oiss.org/Estado-de-Situacion.html)(14.11.2016).

²⁰De 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.

Cabe señalar que el artículo 18 del Convenio de Seguridad Social entre Chile y Perú, reconoce el derecho de los afiliados a los sistemas de capitalización individual a la transferencia de sus fondos previsionales, con el fin de que éstos sean administrados por una Administradora de Fondos de Pensiones o AFP del país en que residirán definitivamente, estableciendo normas que contienen los requisitos para que opere dicho beneficio, como también expresando que la finalidad que se pretende obtener a través de la transferencia de fondos, es el otorgamiento de prestaciones en los sistemas de pensiones involucrados.

Al respecto, cabe señalar que el apartado 2 del artículo 18 del Convenio de Seguridad Social entre Chile y Perú contiene las disposiciones que permiten la transferencia de fondos entre el Sistema de Pensiones creado por el decreto ley N°3.500, de 1980, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y el Sistema Privado de Pensiones del Perú (SPP)²¹.

V. REQUISITOS PARA EL TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS EN EL CONVENIO CHILENO-PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Según el artículo 18 del Convenio de Seguridad Social entre Chile y Perú, se exigen ciertos requisitos copulativos para la procedencia de la transferencia de fondos entre el Sistema de Pensiones del decreto ley N°3.500, de 1980 y el Sistema Privado de Pensiones del Perú, a saber:

Solo procede respecto de los afiliados a algún sistema de capitalización individual.

Se debe acreditar residencia permanente y un período de 60 meses cotizados en el sistema previsional basado en capitalización individual, en el país al que se desea traspasar los fondos. Cabe señalar que el apartado 2 del artículo 18 del Convenio prevé que este requisito de aportación en el país de destino, podrá ser modificado por acuerdo de las Autoridades Competentes de ambas Partes, ya sea ampliándolo o bien reduciéndolo.

No será necesario acreditar un período mínimo de aportaciones, en caso de tener la calidad de beneficiario de pensión en el país de destino.

Se debe traspasar la totalidad de los fondos.

Saldo a traspasar. El trabajador que opta por trasladar sus recursos previsionales, se le deberá incluir la totalidad de los mismos, es decir, las cotizaciones obligatorias; bono de reconocimiento; cotizaciones voluntarias y depósitos convenidos. En el caso que no correspondiera la liquidación del bono de reconocimiento, éste será transado en el mercado secundario formal del país donde se retiran los fondos. De no disponer esta transacción, se comunicará que el monto se enviará cuando se liquide el respectivo instrumento.

²¹Texto Único Ordenado Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones del Perú, Decreto Ley N° 25897 y modificatorias. Decreto Supremo N° 054-97-Ministerio de Economía y Finanzas, publicado el 14 de mayo de 1997.

Tributación. Como existe una asimetría en los regímenes legales tributarios o impositivos de ambos países, lo que se expresa que en Chile se tributa por las pensiones²² y en Perú por los aportes, el Convenio dispone que los beneficios previsionales que se otorguen en Chile, quedarán afectos a las normas de tributación chilena, solo en la parte cuyo financiamiento corresponda a los aportes efectuados en Chile y a la rentabilidad de los fondos traspasados. Respecto a los fondos que se traspasen desde Chile a Perú, el Convenio establece que solo el retiro de los aportes voluntarios estará afecto a las normas tributarias chilenas.

Garantía Estatal de Pensión Mínima²³. El Convenio establece que solo es aplicable la legislación del país de destino, por cuanto la portabilidad genera una desvinculación con el sistema previsional del país de origen.

Procedimiento. Cabe hacer presente que tanto en el artículo 8° del Acuerdo Administrativo como en el Acuerdo Complementario, se establecen normas y un detallado procedimiento que regulan la transferencia de fondos entre las Administradoras de Fondos de Pensiones de ambos Estados y que pueden resumirse en lo siguiente:

Presentación por el propio interesado o bien por un mandatario especialmente facultado para estos efectos, de la solicitud de transferencia de fondos en la AFP del país de destino,

²²En el caso chileno, la jubilación o pensión es un ingreso para el jubilado o pensionado, al que se aplica la tributación general de la Ley sobre Impuesto a la Renta (LIR), y por tanto es constitutivo de renta, al no estar incluida en la lista taxativa de Ingresos No constitutivos de Renta del artículo 17 de la LIR.

En consecuencia, se afectan con Impuesto de Segunda Categoría (impuesto a las rentas del trabajo) las pensiones o jubilaciones mensuales superiores a 13,5 Unidades Tributarias Mensuales (UTM) (US\$955 mensuales aproximadamente) y con Impuesto Global Complementario (impuesto personal sobre el total de las rentas) las rentas anuales inferiores a 13,5 Unidades Tributarias Anuales (UTA) (US\$11.459 anuales aproximadamente).

Por ello, por regla general, dependiendo de su monto, la jubilación o pensión está afecta al Impuesto Único a los Trabajadores, que es retenido y enterado al Fisco mensualmente por la institución pagadora de la respectiva jubilación o pensión. En aspectos generales de la tributación de pensiones y jubilaciones. Minuta de la Biblioteca del Congreso Nacional.

Visto:

en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15614/1/JPCH_%20Minuta_Tributacion%20de%20pensiones%20y%20jubilaciones_.doc. (22.08.2016).

²³La garantía estatal de pensión mínima consistía en un beneficio que pagaba el Estado chileno a los pensionados de vejez, invalidez o sobrevivencia del decreto ley N° 3.500, de 1980 que operaba, en términos generales, una vez que se agotaban los fondos depositados en sus cuentas de capitalización individual, en la modalidad de pensión de retiro programado o bien, cuando la modalidad de renta vitalicia convenida llegaba a ser inferior a al monto de la pensión mínima.

Las disposiciones sobre el beneficio de garantía estatal de pensión mínima (artículos 73 a 81 de decreto ley N° 3.500, de 1980), hoy se encuentran derogadas por el artículo quinto transitorio de la ley N° 20.255 y otorgaban esta prestación para los afiliados de 65 años o más si son hombres y 60 años de edad o más si son mujeres y requería, para tener derecho a ella, de 20 y 10 años de cotizaciones en cualquier sistema previsional para la vejez y sobrevivencia, respectivamente. Tratándose de la invalidez se exigía como mínimo 2 años de cotizaciones previsionales en los últimos 5 años anteriores a la invalidez, o estar cotizando al momento en que sea declarada la invalidez en caso que ocurra un accidente o completar 10 años de imposiciones efectivas. Para beneficiarse de la garantía estatal era necesario que la persona que lo solicitaba no percibiera pensiones, rentas y remuneraciones imponibles iguales o superiores a la respectiva pensión mínima (antiguo artículo 80 del decreto ley N° 3.500).

la cual debe ser presentada en la AFP del país de residencia, con la cédula de identidad para extranjeros y el certificado de residencia definitiva.

Verificación de la solicitud y documentación anexa por la AFP receptora, dentro de los 10 días hábiles desde la recepción (Se debe verificar que el solicitante cuente con el requisito de 60 meses de cotizaciones al sistema de capitalización individual del país de destino, o bien que tenga la calidad de beneficiario de pensión).

Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud, la AFP receptora deberá rechazar la solicitud, si el afiliado no cumple los requisitos exigidos, informando de ello al afiliado dentro de los 5 días hábiles siguientes.

Certificado de afiliación dentro de los 15 días hábiles. Se remite a la AFP del país de origen, además del original de la solicitud de transferencia y el certificado de residencia en el país de destino.

Aceptada la solicitud de transferencia, la AFP de origen deberá constituir el saldo total de la cuenta individual, incluyendo las cotizaciones voluntarias y los depósitos convenidos y proceder a efectuar las gestiones de recuperación de tales cotizaciones si fuere necesario, en caso de cotizaciones en rezago o con morosidad, así como la emisión y liquidación del bono de reconocimiento, si corresponde.

La transferencia de fondos debe ser efectuada en un plazo máximo 90 días calendarios siguientes, a la fecha de recepción de la solicitud de transferencia por parte de la AFP de origen.

La AFP de origen deberá mantener abierta la cuenta de capitalización individual, hasta la recuperación total de los fondos involucrados.

La desvinculación del sistema de seguridad social en el país de origen, se produce cuando se haya transferido la totalidad del saldo del afiliado, no quedando rubros pendientes.

La recepción de fondos en el país de destino, deberán ser ingresados por la AFP de destino en la cuenta individual del trabajador en calidad de cotizaciones obligatorias.

Finalmente, se establece que la AFP del país de origen conjuntamente con emitir la constancia de la transferencia de los fondos previsionales del trabajador, debe enviar a la AFP de destino los antecedentes en que se funda la solicitud.

VI. NATURALEZA Y EFECTOS DEL TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS EN EL CONVENIO CHILENO-PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Sobre este punto, es importante mencionar que a partir de la lectura de los apartados 1 y 2 del indicado artículo 18²⁴ del Convenio de Seguridad Social entre Chile y Perú, es posible sostener que la finalidad de la transferencia de fondos entre los sistemas de capitalización individual, es permitir la consolidación de la situación previsional del trabajador, en el país en el cual residirá en forma definitiva, de manera tal que pueda incrementar sus fondos, a objeto poder acceder a mejores beneficios en el sistema de capitalización individual conforme al cual se pensione²⁵.

En cuanto a los efectos que esta transferencia de fondos produce en el sistema de seguridad social del país de origen, cabe recordar que el artículo 18 del Convenio establece que al optar el trabajador por trasladar sus recursos previsionales, debe incorporar la totalidad de éstos, es decir, las cotizaciones obligatorias, el bono de reconocimiento, las cotizaciones voluntarias y los depósitos convenidos. De modo tal que el artículo 9° del Acuerdo Complementario del Convenio dispone que una vez efectuada la transferencia total de los fondos previsionales del trabajador hacia la Administradora de Fondos de Pensiones del país de destino, se producirá su desvinculación total del sistema previsional del país de origen, de tal manera que él no podrá invocar derecho a prestación alguna en aquel país.

En este contexto, puede plantearse la discusión si los efectos de la desvinculación a la seguridad social del país de origen alcanzan o no, tanto a las prestaciones contributivas como a las no contributivas que éste otorga y, si esta exclusión comprende o no a la certificación de períodos de seguro o cotización, efectuadas inicialmente en el país de origen antes del traspaso de fondos, con el propósito de acceder a la garantía estatal de

²⁴ “Artículo 18°

Traspaso de Fondos Previsionales entre Sistemas de Capitalización

1. *Para efecto de las prestaciones que otorgue el Sistema de Capitalización Individual de Chile y el Sistema Privado de Pensiones de Perú, se reconoce el derecho de los trabajadores de transferir el saldo acumulado en sus cuentas de capitalización individuales de una Parte Contratante a otra, con el fin que sean administrados por la Administradora Privada de Fondos de Pensiones de su elección.*
2. *El traslado de fondos implica la transferencia de los fondos de pensiones depositados en sus cuentas individuales de capitalización hacia otra Entidad Gestora o Institución Competente del sistema de capitalización individual del otro país, en donde se vaya a residir de modo permanente. Para garantizar la naturaleza previsional, se deberá acreditar aportación a un sistema de capitalización individual de al menos 60 meses o tener la calidad de pensionado en el país al que se desea trasladar los fondos. Las Autoridades Competentes, de común acuerdo, podrán establecer la ampliación o reducción del mencionado límite. Para tal efecto, este proceso implica el traslado de los recursos de la cuenta individual más el bono de reconocimiento, si lo hubiera, y en tanto se cumpla con los requisitos de redención o liquidación de cada país, de acuerdo a lo estipulado en el numeral 4.”.*

²⁵ Sin embargo, a partir de la dictación en el Perú de la ley N° 30.425 de 21 de abril 2016, que estableció diversas causales y porcentajes para la devolución de fondos a los afiliados del Sistema Privado de Pensiones, se abre la interrogante de si esta finalidad única de la transferencia de fondos entre sistemas de capitalización individual se mantendrá en el tiempo.

pensión mínima en el país de destino, percibiendo de esa manera una proporción del beneficio en función de los años cotizados bajo esa legislación.

VII. NÚMERO Y MONTO TOTAL EN DÓLARES, DE TRASPASOS O TRANSFERENCIAS DE FONDOS EFECTUADOS ENTRE SISTEMAS DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL DE CHILE Y PERÚ

De acuerdo a la información oficial²⁶, la transferencia de fondos desde Chile a Perú en el período enero-diciembre de 2015, fue de US\$ 2.541.175 y durante el mismo período, la transferencia de fondos desde Perú a Chile alcanzó la cifra de US\$ 3.529.116.

Por su parte, en el período 2007-2015 se han aprobado 946 solicitudes de transferencia de fondos, de las cuales 460 correspondieron a traspasos de Chile a Perú y 486 en sentido inverso. El siguiente cuadro muestra, desde que entró en vigencia este sistema, una tendencia al aumento tanto del número como de los montos comprometidos de las solicitudes de transferencia de fondos, cuestión que permite aseverar que este mecanismo constituye una opción no solo conocida, sino que utilizada por los flujos migratorios de ambos países, que cumplen los requisitos establecidos para la transferencia de fondos previsionales entre Chile y Perú²⁷.

Número y montos de transferencias de fondos efectuados convenio de seguridad social Chile-Perú

CUADRO 1

Años	Transferencias desde Chile a Perú	Monto US\$	Transferencias desde Perú a Chile	Monto US\$
2007	3	39.560	22	1.434.749
2008	16	78.631	38	1.673.824
2009	30	310.401	34	1.141.798
2010	43	728.842	50	1.898.309
2011	44	1.519.892	62	2.864.936
2012	62	1.610.132	55	1.958.044
2013	69	696.679	81	3.787.499
2014	85	1.122.387	56	1.798.876
2015	108	2.541.175	88	3.529.116
Total	460	8.647.699	486	20.087.151

²⁶Visto en: <http://www.spensiones.cl/safpstats/stats/pageCCEE.php?menu=sci&item=trfclpe> (22.08.2016).

²⁷Visto en: <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/biblioteca/convenios-internacionales-de-seguridad-social/> (22.08.2016).

VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA PARA CELEBRAR UN ACUERDO DE TRASPASO O TRANSFERENCIA DE FONDOS PREVISIONALES²⁸

A partir de los planteamientos antes formulados, y producto de la experiencia acumulada en la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre Chile y Perú, en particular de aquella derivada del acuerdo de transferencia de fondos, es posible delinear un conjunto de criterios que se deben considerar y definir previamente antes de negociar un tratado de esta naturaleza:

-Oportunidad del traspaso de fondos: se debe evaluar el establecimiento de restricciones a la oportunidad del traspaso de fondos, con el objeto de evitar traslados por motivos meramente especulativos y no previsionales, particularmente en períodos de diferencias sustanciales de rentabilidad entre los países involucrados. Asimismo, se deberían adoptar medidas para evitar que grandes trasposos de fondos coyunturales, afecten tanto a los mercados de capitales como cambiarios de los respectivos Estados Parte. Por tanto se deberá resolver, si el traspaso se producirá durante la vida activa del trabajador o al momento de acogerse a pensión en el país de destino.

-Legislación aplicable: tras pasados los fondos, solo se debiera aplicar la legislación del país de destino. De esta forma el traspaso debería estar limitado al traslado de cuentas y no involucrar el traslado o reconocimiento de otros derechos, generándose de esta forma una desvinculación del sistema previsional del país de origen. En este punto debería resolverse si el trabajador perderá su derecho a beneficios no contributivos, bajo la legislación del país desde el cual retira sus fondos previsionales, pues de lo contrario, se sometería a los Estados a otorgar estas prestaciones en base a legislaciones y riesgos económicos de otros países.

-Período mínimo de cotizaciones: correspondería exigir que el afiliado haya realizado aportes en los Estados Parte, siendo necesario estudiar la posibilidad de establecer un período mínimo de cotizaciones en los Estados, de manera que el monto a traspasar justifique los costos de la operación.

-Modalidad del traspaso de fondos: se debe estudiar la simplicidad del sistema, así como evaluar los costos operativos que conlleva, tomando en cuenta además si dicho traspaso involucrará la totalidad de los recursos previsionales en una misma oportunidad o no.

-Voluntariedad de la portabilidad: el traspaso debe ser voluntario, debido a que puede conllevar una desvinculación del sistema previsional en el país de origen, que puede significar una pérdida importante de beneficios del pilar contributivo de la seguridad social.

-Reconocimiento de cotizaciones del sistema de reparto: se deberá evaluar si los aportes a dicho sistema, se considerarán de alguna forma en los montos tras pasados.

²⁸ Análisis extraído de Oficio N° 13990, de 12 octubre de 2010, de la Superintendencia de Pensiones de Chile.

-Regímenes tributarios o impositivos: Al no existir uniformidad en la legislación de los Estados Parte, el traspaso de fondos provocará ciertas situaciones que deben tenerse presentes al momento de negociar este tipo de beneficios. Entre ellas:

- Cuando las cotizaciones obligatorias estén exentas y las pensiones se encuentren afectas al impuesto a la renta.
- Cuando las cotizaciones obligatorias estén afectas a impuestos a la renta y las pensiones encuentren exentas.
- Cuando, tanto las cotizaciones obligatorias como las pensiones estén exentas.

En cualquiera de estos escenarios, se podrían incentivar los traspasos de fondos por razones especulativas aprovechando las ventajas tributarias, especialmente en el retiro de excedentes de libre disposición²⁹ o las cotizaciones voluntarias comprendidos en el saldo a traspasar.

IX. CONCLUSIONES

Si bien el artículo 17 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, permite a los Estados Parte celebrar acuerdos que establezcan mecanismos para el traspaso de fondos entre sistemas de capitalización individual, a los fines de percibir las prestaciones de invalidez, vejez o muertes amparadas por el Convenio, su escaso desarrollo normativo ha dejado enteramente a las negociaciones entre las Partes, la definición de aspectos medulares para el funcionamiento de estos acuerdos de traspaso. Esta misma consideración, permite afirmar que se requeriría que los Estados Parte celebren un nuevo tratado internacional y dicten la normativa complementaria, a fin de resolver los aspectos mínimos que hagan operativo el sistema.

1. No se conocen hasta la fecha iniciativas entre países, encaminadas a concretar un acuerdo de transferencia de fondos en el marco del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.
2. El acuerdo de traspaso de fondos contenido en el Convenio de Seguridad Social entre Chile y Perú, constituye la primera experiencia que de forma concreta plantea un mecanismo de concurrencia al financiamiento de las prestaciones de los trabajadores migrantes, distinta a la totalización de períodos de seguro, de cotizaciones o de empleo y al pago a prorrata de las prestaciones, reconociéndoles el derecho de los trabajadores de transferir el saldo acumulado en sus cuentas de capitalización individuales de uno de los Estados Parte al otro, con el fin que sean

²⁹En el caso chileno, los excedentes de libre disposición son fondos remanentes en la cuenta de capitalización individual, luego de efectuado el cálculo del monto necesario para la obtención de pensión y descontado del saldo acumulado, el cual queda a disposición del afiliado para los usos que estime conveniente, siempre que tenga a lo menos diez años de afiliación en cualquier sistema previsional; obtenga una pensión igual o mayor al 70% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas de los últimos diez años anteriores al mes en que se acogió a pensión, y que la pensión obtenida sea igual o superior al 100% de la pensión máxima con aporte solidario, vigente a la fecha que se acoja a pensión. Visto en: <http://www.safp.cl/portal/orientacion/580/w3-propertyvalue-6159.html> (22.08.2016).

administrados por la AFP de su elección y para efectos de acceder a las prestaciones que otorgue el sistema de capitalización individual de Chile o Perú, pretendiendo de esta forma asegurar la naturaleza estrictamente previsional y no especulativa del mecanismo.

3. En este mismo contexto, se inscriben la exigencias en orden a que el traspaso comprenda la totalidad de las cotizaciones obligatorias y voluntarias, incluidos sus rendimientos acumulados en la cuenta individual del afiliado en el país de origen, y que para proceder al traspaso deban registrarse un mínimo de 60 meses de cotizaciones u otro que se determine, así como contar con residencia permanente en el país donde se vayan a transferir los fondos.
4. Asimismo, no deben de perderse de vista los efectos que un mecanismo de traspaso de fondos pudieran generar en la seguridad social del país de origen, particularmente en lo que se refiere a la desvinculación que produciría.
5. Finalmente, la diversidad de la legislación tributaria de los países involucrados, es también un elemento a considerar a la hora definir el mecanismo de traspaso de fondos.

ARTÍCULO 18

“Determinación del derecho a prestaciones

El derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional será determinado de acuerdo con la legislación del Estado Parte a la que el trabajador se hallase sujeto en la fecha de producirse el accidente o de contraerse la enfermedad”.

M^aJOSÉ CERVILLA GARZÓN

Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

RESUMEN

Análisis del contenido del artículo 18 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, cuyo contenido versa sobre la determinación del derecho a prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En términos generales, lo exíguo de su contenido, en comparación con lo previsto en los Reglamentos comunitarios 883/2004 y 987/2009, determina que pueda resultar poco eficaz para garantizar el derecho a las prestaciones derivadas de estas contingencias cuando se desarrollen actividades profesionales en diversos Estados firmantes.

PALABRAS CLAVE: Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, prestaciones sociales.

ABSTRACT

This report analyses the content of art.18 of the Multilateral Ibero-American Agreement on Social Security. Its content concerns the determination of the right to benefits derived from occupational accidents and diseases. In general terms, the lack of its content, as compared with the provisions of Community Regulations 883/2004 and 987/2009, determines that it may prove ineffective to guarantee the right to benefits arising from these contingencies when professional activities are carried out in several signatory States.

KEYWORDS: Multilateral Ibero-American Agreement, accident at work and occupational disease, social benefits.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

III. PRESTACIONES INCLUIDAS EN EL ÁMBITO DEL CONVENIO

IV. ASPECTOS NO REGULADOS EN COMPARACIÓN CON EL CONTENIDO DEL REGLAMENTO 883/2004, DE 29 DE ABRIL, SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 18 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es el único incluido en el Capítulo 3 titulado “Prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional” y se ha denominado “Determinación del derecho a prestaciones”. La primera apreciación que nos sugiere dicho precepto está en relación con la propia ubicación elegida en el texto del Convenio para esta materia. Y es que, en principio, no nos parece comprensible la técnica utilizada por el legislador para afrontar esta regulación, pues tiene poco sentido crear un Capítulo en el texto con un único artículo al que, además, se ha dotado de tan escaso contenido. Dentro del Capítulo 1, en el propio art. 13 titulado “Determinación de las prestaciones”, habría podido tener cabida el exiguo tratamiento que reciben las peculiaridades que puede tener el derecho a prestaciones de Seguridad Social cuando la contingencia determinante es el accidente de trabajo o la enfermedad profesional. En cualquier caso, sí hay que elogiar la opción legislativa de otorgar un tratamiento diferenciado a los problemas de coordinación que se pueden producir según si la contingencia determinante del accidente o la enfermedad es común o profesional.

El concepto de contingencia profesional no cabe duda que puede tener una diversa regulación en cada uno de los países incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio¹ y por ello es importante que la función de coordinación normativa pretendida por dicha norma alcance a esta materia, no en vano ello permitirá cumplir con los objetivos principales del mismo: la garantía de igualdad de trato y de protección de derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores migrantes y sus familias. Esta diversidad puede aparecer, no sólo en el alcance que pueda tener el concepto de accidente de trabajo y enfermedad profesional, sino también en la modulación que la contingencia profesional pueda provocar en el derecho a las prestaciones de Seguridad Social (en los sujetos a los que alcance la protección, requisitos de acceso, cálculo de la cuantía, responsabilidad del pago del empresario, nacimiento, duración...etc.)².

Si atendemos al ordenamiento jurídico español (y también al de otros Estados Parte del Convenio) el concepto de accidente de trabajo está muy ligado a la exigencia de un nexo de causalidad con el desarrollo de una actividad profesional y, por ende, vinculado al lugar y el momento en que dicha prestación de servicios se desarrolla³. Por ello,

¹Han ratificado el Convenio Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay, Venezuela y España.

²Por citar algún ejemplo, en Argentina la protección está limitada a los trabajadores dependientes y Funcionarios (Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, art. 2), pero se amplía a los trabajadores autónomos en España y Chile (Ley 16744, de 1 de febrero de 1968, por la que se establecen normas sobre accidente de trabajo y enfermedad profesional, art. 2, en Chile, art. 316 Ley General de Seguridad Social, en España. En Argentina y Chile el concepto de enfermedad profesional se centra en su inclusión en una lista cerrada, aun cuando también se admite acreditar la causalidad de una enfermedad con el desarrollo de un trabajo (arts. 6.2 y 7 de las normas anteriormente citadas). En España el concepto se amplía abarcando las enfermedades agravadas e intercurrentes, art. 156. 2 f) y g) Ley General Seguridad Social.

parece que el ámbito de aplicación del Convenio se va a circunscribir a aquellas situaciones en las cuales un trabajador deba desplazarse, por razón de su trabajo, entre distintos Estados Partes del Convenio, teniendo distintos centros de trabajo en cada uno de ellos. En función de la legislación que sea aplicable, incluso es posible que pueda tener la consideración de accidente de trabajo el producido durante el desplazamiento entre un centro de trabajo y otro⁴.

Sin embargo, cuando la contingencia que pueda generar el derecho a prestación sea una enfermedad derivada del desarrollo de una actividad profesional las circunstancias pueden ser distintas, dado que la enfermedad se caracteriza por ser un proceso que altera la salud pero no es de manifestación súbita⁵. Así, es posible que, habiéndose desarrollado una actividad profesional en un determinado momento y lugar, la enfermedad generada por la misma se manifieste en una circunstancia temporal y espacial diferente, pudiendo encontrarse el trabajador en un Estado Parte distinto de aquel en cuyo Sistema de Seguridad Social esté integrado. En definitiva, a diferencia del accidente no es requisito “sine qua non” para que sea necesaria la aplicación del Convenio que la actividad profesional del trabajador se desarrolle en más de un Estado Parte, es posible que sólo se efectúe en uno pero la enfermedad se manifieste en otro distinto. Además, puede producirse otra situación que es todavía más compleja en la resolución del derecho a las prestaciones de Seguridad Social de un trabajador: puede desarrollarse una misma actividad en distintos Estados Partes, en momentos temporales distintos. Si dicha enfermedad se manifiesta, el problema va a estar en la determinación del Estado Parte cuya legislación será de aplicación, pues no hay conexión entre el momento en que se contrae y cuando vaya a producir una alteración de la salud. Por otra parte, el concepto de enfermedad profesional puede ser más amplio que la mera enfermedad directamente provocada por el trabajo, extendiéndose la causalidad hacia la agravación de padecimientos anteriores las enfermedades que interfieren en el proceso de curación, dependiendo de la legislación aplicable.

En conclusión, la problemática que puede presentarse en esta materia es distinta según atendamos a la presencia de accidentes o enfermedades profesionales y podríamos, por lo tanto, colegir que el legislador debería contemplar, de forma diferenciada, ambas situaciones. Procedamos, a continuación, a analizar el contenido del precepto

³Art. 156.1 Ley General de Seguridad Social en España. En Chile, la Ley16744, de 1 de febrero de 1968 define el accidente de trabajo, en su art. 5, como “lesión a causa o con ocasión del trabajo”, y en idénticos términos en Colombia, en el art. 3 de la Ley 1562, de 11 de julio de 2012, por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales. Por todos, Toscani Jiménez, D.;“Las Ampliaciones Legales del Concepto de Accidente de Trabajo”. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 161.

⁴Sobre el concepto de accidente de trabajo “en misión”, por todos Álvarez Moreno, A.;“Accidente de Trabajo en Misión”. Revista Doctrinal Aranzadi Social 56/2012, parte presentación.

⁵Sobre el particular, Fernández Collado, B.;“Las Enfermedades del Trabajo”. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 146/ 2010, y Martínez Barroso, M.R.;“Las Enfermedades Asimiladas al Accidente de Trabajo en la Doctrina de los Tribunales”. Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España. 2004; p. 17.

comentado, para determinar si el Convenio alcanza a dar solución eficaz a estas cuestiones.

De forma extraordinariamente exigua, el artículo 18 únicamente establece que “*El derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional será determinado de acuerdo con la legislación del Estado Parte a la que el trabajador se hallase sujeto en la fecha de producirse el accidente o de contraerse la enfermedad*”. En una primera lectura del mismo ya podemos destacar dos grandes errores del legislador. Por una parte, no existe división entre la problemática derivada de la concurrencia de accidentes de trabajo y la derivada de la enfermedad profesional que, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, va a ser diferente. Por otra parte, se toma en el texto, como punto de referencia, la fecha en que se contraiga la enfermedad, lo cual puede ser imposible de precisar habida cuenta de los procesos más o menos largos de incubación que éstas puedan tener. Formalmente, por lo tanto, el texto cuenta con importantes imprecisiones. Vamos a analizar, a continuación, las distintas cuestiones que se citan en el comentado artículo y las que deberían haber sido incluidas en el Convenio a la luz del contenido de las normas que, en el ámbito comunitario, han establecido un sistema de coordinación entre los Sistemas de Seguridad Social de los países miembros, puesto que son el mejor referente de las materias que deberían estar incluidas en el Convenio Multilateral Iberoamericano al ser idéntica la problemática que, en este ámbito, se va a plantear.

II. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

El artículo 18 incorpora una remisión a la determinación de la legislación aplicable a aquella que, con carácter general, esté prevista en el propio Convenio, al establecer que será “*la legislación del Estado Parte a la que el trabajador se hallase sujeto*”. Por lo tanto, atendiendo al contenido del capítulo 2, en el que se precisa la legislación aplicable, habrá que estar a las disposiciones normativas del Estado parte en cuyo territorio ejerza el trabajador su actividad y que dé lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación de su ordenamiento jurídico⁶. Asimismo, serán aplicables las reglas especiales que, a estos efectos, tiene previsto el Convenio⁷, por lo cual:

-Si la contingencia profesional sobreviene cuando el trabajador dependiente se traslada para prestar servicios temporales a un Estado Parte distinto de aquel en el cual está la sede de su empresa, durante doce meses le será de aplicación la legislación del Estado Parte en el que está la sede de su empresa, prorrogable por un plazo similar.

-En el caso de los trabajadores independientes o autónomos, si la contingencia profesional sobreviene cuando se ha trasladado a desarrollar su actividad en su Estado Parte distinto a aquel en el que está asegurado por su actividad profesional como

⁶Artículo 9.

⁷Artículo 10.

autónomo, se mantiene la aplicación de la legislación del Estado Parte en que está asegurado si la duración previsible del trabajo no excede de doce meses.

-Si la contingencia profesional le sucede a personal itinerante al servicio de empresas de transporte aéreo, será de aplicación la legislación del Estado Parte en cuyo territorio tenga la empresa su sede principal.

-Para los trabajadores del sector marítimo-pesquero, tradicionalmente bastante afectado por la concurrencia de accidentes de trabajo, si la actividad determinante del accidente de trabajo o la enfermedad profesional se desarrolla a bordo de un buque, se aplicará la legislación del Estado Parte que enarbola el pabellón del buque salvo que el trabajador esté remunerado por una empresa que tenga su sede o domicilio en otro Estado, en cuyo caso será aplicable la legislación de este último. En el caso de empresas pesqueras mixtas (buque abanderado en el Estado Parte de residencia del trabajador y empresa constituida en un Estado Parte diferente) determinará la contingencia la legislación del Estado Parte que sea el país de residencia del trabajador. Por último, para los trabajadores empleados en labores de carga, descarga, reparación de buques y servicios de vigilancia en puerto, la determinación de la contingencia profesional se va a producir por la legislación del Estado Parte a cuyo territorio pertenezca el puerto. En este último caso, parece difícil que el accidente se pueda producir en un Estado Parte diferente, salvo que se trate de un desplazamiento temporal por motivos de trabajo.

-Para los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales padecidos por funcionarios públicos, la legislación determinante será la del Estado Parte al que pertenece la Administración de la cual dependen.

-Para el personal administrativo y técnico y los miembros del personal de servicio de las Misiones Diplomática y Oficinas Consulares, sin son nacionales del Estado Parte acreditante pueden optar entre la legislación de dicho Estado o la de otro, por lo que la legislación del Estado elegido determinará la naturaleza de la contingencia sufrida. Esta opción debe hacerse en los tres meses siguientes a la fecha de iniciación del trabajo. Puede suceder, por lo tanto, que el trabajador sufra el accidente o la enfermedad antes de que transcurra dicho plazo, lo cual le da opción a elegir la legislación que sea más favorable en cuanto al alcance de su acción protectora frente a la contingencia profesional. Este mismo derecho se extiende a las personas al servicio privado y exclusivo de los miembros de las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares, que sean nacionales del Estado Parte acreditante.

-Por último, los accidentes y enfermedades sufridos por las personas enviadas en misiones de cooperación al territorio de otro Estado parte se valorarán por la legislación del Estado Parte que envía al trabajador.

En muchos supuestos, por lo tanto, el accidente va a suceder o la enfermedad se va a manifestar en un Estado Parte distinto a aquel que tiene que valorar el derecho a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social. No cabe duda que, dados los

requisitos que exige el reconocimiento de la existencia de accidente de trabajo y enfermedad profesional, sobre todo en lo que a prueba de existencia de causalidad entre la contingencia y la actividad profesional desarrollada se refiere, es imprescindible en esta materia la articulación de algún procedimiento para que existan canales de comunicación entre los distintos Estados Parte acerca de las circunstancias que han rodeado a la enfermedad o el accidente, sobre todo en este último caso (lugar donde ha sucedido, momento, si ha sido en el trayecto hacia algún sitio o dentro del centro de trabajo, si ha existido imprudencia profesional o no...). Y de ello sólo puede ocuparse el Estado en el cual se ha producido la contingencia por lo que, si esta comunicación no existe, la investigación de dichas circunstancias va a ser imposible y no se podrá valorar la concurrencia de la contingencia profesional, en ningún caso. Este procedimiento de comunicación no está, en ninguna medida, previsto. Habría que acudir a la genérica previsión del art. 20.2 del Convenio, en cuanto a que las Autoridades e Instituciones Competentes de los Estados Parte deben prestarse “buenos oficios” y actuar como si aplicase su propia legislación, para establecer la obligación, del Estado Parte en que se ha producido el accidente o manifestado la enfermedad, de investigar las circunstancias acreditativas de su carácter profesional.

Como última matización, la mención en el art. 18 a la fecha de contraerse la enfermedad habrá que entenderla en el sentido de tener en cuenta la fecha en que se produce la alternación de la salud, es decir, la fecha en que la enfermedad se manifiesta. Así, es posible que la enfermedad se haya contraído por la actividad desarrollada en un Estado Parte, pero la alteración de la salud sobrevenga cuando dicho Estado ya no sea competente (por ejemplo, se contrae la enfermedad cuando un Estado manda a un trabajador en misión de cooperación a otro Estado Parte y ésta se manifiesta cuando la relación con ese Estado ha finalizado y se esté desarrollando una misión por mandato de otro Estado Parte distinto).

III. PRESTACIONES INCLUIDAS EN EL ÁMBITO DEL CONVENIO

El artículo 18 nada indica sobre las concretas prestaciones que pueden reconocerse derivadas de contingencias profesionales que están incluidas en el ámbito del Convenio. El artículo 3.1 del mismo sí indica que el Convenio se aplicará a “*las prestaciones económicas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional*”, debiendo entenderse por tales a las mencionadas en el propio precepto, cuales son la invalidez y la muerte y supervivencia (también se incluye la vejez, pero ésta no va a estar afectada por la distinción entre contingencia común y profesional).

La prestación por asistencia sanitaria, muy importante a efectos de la contingencia analizada, está excluida de su ámbito de aplicación en el contenido de dicho precepto (bajo la denominación de “prestaciones médicas”), lo cual constituye una importante diferencia en relación al contenido de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 que

determinan las reglas de coordinación en el ámbito de la Unión Europea⁸. Sólo podrá solventarse esta importante laguna en el cuadro de prestaciones afectadas por las reglas de coordinación mediante los acuerdos bilaterales o multilaterales que se suscriban entre los Estados Parte del Convenio para ampliar su ámbito objetivo⁹. Ahora bien, al margen de las previsiones establecidas en el Convenio, es posible que los Estados Parte tengan una legislación interna que dé cobertura sanitaria a los extranjeros que se encuentren en su territorio, como así sucede en el ordenamiento jurídico español¹⁰.

Relacionado con el derecho a la asistencia sanitaria, lo que sí se prevé, en el art 19, es la posibilidad de que se efectúen los pertinentes reconocimientos médicos, necesarios a efectos de acceso y mantenimiento del derecho a prestaciones de Seguridad Social, a requerimiento de la Institución competente, teniendo derecho al reembolso de costos el Estado parte que lo efectúe por parte del obligado a su financiación

Asimismo, tampoco hay mención de las prestaciones asimiladas a las que el ordenamiento jurídico español regula como “incapacidad temporal”, concepto que no cabe integrar en la mención a la invalidez del artículo 3.1. Sin embargo, al aludirse, de forma genérica, a las “prestaciones económicas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, cabe entender que habrá que incluir en el ámbito objetivo del Convenio a todas las que, para esta contingencia, tenga reconocido el Estado Parte cuya legislación se aplica. Ello va a tener singular importancia en ordenamientos jurídicos como el español, en el cual la situación de incapacidad temporal es, siempre que sea posible, obligatoriamente previa a la calificación de los grados de invalidez¹¹.

También está previsto, en el artículo 3.3 del Convenio, la posibilidad de que los Estados Parte restrinjan las prestaciones económicas a las que será de aplicación y que están reseñadas en su Anexo II. En función de su contenido, y por lo que pueda afectar a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, Argentina y Ecuador excluyen las prestaciones monetarias por Enfermedad.

⁸Así lo destaca Sánchez-Rodas, C.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 26/2011, p. 215 y en “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: AA.VV.; “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral”. Laborum. Murcia. 2015, p. 187.

⁹Como así prevé el artículo 3.5.

¹⁰Sánchez-Rodas, C.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit., p. 216, actualmente con las limitaciones establecidas por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

¹¹Artículo 193.2 Ley General de Seguridad Social: “la incapacidad permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal”.

IV. ASPECTOS NO REGULADOS EN COMPARACIÓN CON EL CONTENIDO DEL REGLAMENTO 883/2004, DE 29 DE ABRIL, SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

En diversos aspectos, el contenido del Convenio está basado en lo establecido por los Reglamentos comunitarios, sobre todo el 883/2004, regulador de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea¹². En la materia que nos ocupa, el contenido del citado Reglamento es considerablemente más amplio, si bien es cierto que varias de sus disposiciones son de aplicación a la prestación por asistencia sanitaria, que ya hemos comentado está excluida del ámbito de aplicación del Convenio.

En primer lugar, el Reglamento 883/2004, en su art. 37, incluye la previsión del abono de los gastos de transporte del trabajador que sufre la contingencia profesional, así como del cuerpo del fallecido por esta circunstancia. Así, la institución competente de los Estados miembros cuya legislación tenga previsto la asunción de los gastos de transporte de la persona que sufre el accidente de trabajo o contrae la enfermedad profesional, asumirá estos gastos hasta el Estado miembro de residencia de la persona. A falta de regulación de esta cuestión en el Convenio, entendemos que, en cualquier caso, siempre que el pago de los gastos de transporte del trabajador esté previsto por la legislación del Estado Parte competente, éste deberá proceder al mismo como parte de las prestaciones reconocidas en caso de contingencia profesional.

En segundo lugar, el artículo 38 el Reglamento 883/2004 contempla la determinación de la legislación aplicable cuando, en caso de enfermedad profesional, el trabajador haya estado expuesto a los mismos riesgos en varios Estados miembros. Esta situación, que no puede producirse en caso de accidente de trabajo, se resuelve en el sentido de establecer, como legislación aplicable, la del último de los Estados en el cual se haya desarrollado la actividad profesional. El silencio del Convenio en relación a esta materia podría reconducirse a una solución similar, si aplicamos la interpretación anteriormente manifestada en cuanto a que la legislación aplicable será la del Estado Parte a la que el trabajador se hallase sujeto en la fecha de manifestarse la enfermedad.

En tercer lugar, el citado Reglamento, en su artículo 39, también va a resolver los problemas de coordinación en los casos de agravación de la enfermedad profesional originaria, circunstancia igualmente excluida en caso de accidente de trabajo. Se contemplan, para ello, dos situaciones distintas:

¹²Sánchez-Rodas, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: AA.VV. “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral”. Op.cit., p. 183 y “Aproximación a la Coordinación de Regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Revista Internacional de la Protección Social nº1/2016, pág. 4. Como “auténtico legatario de las normas europeas de coordinación” lo define el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión “La Dimensión Exterior de la Coordinación en Materia de Seguridad Social de la Unión Europea” (COM 2012).

-Por una parte, si el interesado no ha ejercido, bajo la legislación de otro Estado miembro, una actividad profesional que pueda provocar o agravar la enfermedad. En tal caso, se hace cargo de la prestación, teniendo en cuenta la agravación conforme a su legislación, el primer Estado miembro, es decir, el que reconoce la prestación original.

-Por otra parte, si el interesado ha ejercido posteriormente una actividad profesional que pueda provocar o agravar la enfermedad, el primer Estado miembro no se hará cargo de las posibles consecuencias económicas de la agravación, que deberán ser asumidas por el Estado miembro en que dicha actividad se ha ejercido si es el Estado competente. Por lo tanto, este último se hará cargo de cualquier incremento en la cuantía que, conforme a su normativa, le pudiese corresponder. Se prevé, además, que en tales supuestos no pueden hacerse valer las cláusulas de reducción, suspensión o supresión contenidas en la legislación de alguno de los dos Estados miembros. En estos casos, en definitiva, una misma prestación sería abonada por dos Estados miembros diferentes.

La ausencia de tratamiento de esta cuestión en el Convenio resulta difícil de subsanar, puesto que la agravación no es, en sí misma, una enfermedad independiente, y esto es lo único que contempla el art. 18 al atender a la fecha en que se contrae la enfermedad. En una interpretación literal del mismo, parece que la solución jurídica abocaría a imputar los efectos de la agravación en la cuantía de la prestación al primer Estado parte, en el primer caso, y al segundo Estado parte, en el segundo caso, en atención al Estado en el cual se ha contraído la enfermedad de forma clara.

En cuarto lugar, el artículo 40 del Reglamento 883/2004 establece reglas para la equivalencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que, o bien hayan sobrevenido o bien se hayan reconocido posteriormente bajo la legislación de otro Estado miembro, cuando se evalúe el grado de incapacidad, el derecho a prestaciones o la cuantía de las mismas. En ambos casos, la regla general para aplicar la equivalencia es que no deben haber dado lugar a indemnización en virtud de la legislación del Estado miembro que fuese competente. Ninguna previsión similar o respecto a la cual aplicar la analogía tenemos en el Convenio, por lo que, inicialmente, esta equivalencia no va a producirse.

Por último, anteriormente comentamos que una de las lagunas más apreciables en el texto del Convenio es la falta de determinación de los procedimientos de comunicación de las circunstancias concurrentes en el accidente o la enfermedad entre los distintos Estados parte. Y es que esta laguna puede dificultar en gran manera, incluso hacer inviable en la práctica, el reconocimiento del derecho a prestaciones derivadas de contingencias profesionales. Todo ello se desarrolla, en el ámbito de la Unión Europea, en el Reglamento 987/2009, por el que se adoptan normas de aplicación del Reglamento 883/2004, que dedica a la materia de accidente de trabajo y enfermedad profesional su capítulo II¹³. Sin entrar en un análisis pormenorizado del mismo, están previstos

¹³Artículo 34 y ss.

procedimientos de información entre los Estados afectados cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional ocurra en un Estado miembro distinto del Estado competente, en cuyo caso se debe notificar a la institución competente con remisión de los certificados médicos correspondientes, incluso en caso de accidente “in itinere” se prevé la cooperación entre instituciones para evaluar los atestados correspondientes¹⁴. Asimismo, en caso de exposición a enfermedad profesional en más de un Estado miembro también está establecido un procedimiento para la transmisión entre Estados de todos los documentos relativos a la misma, incluidos diagnósticos e informes médicos. Incluso si una incapacidad laboral anterior o posterior deviene de un accidente ocurrido mientras el interesado se hallaba sometido a la legislación de un Estado miembro que no distingue según el origen de la incapacidad, se prevé la posible solicitud de datos al otro Estado que permitan determinar si dicha incapacidad es o no de carácter profesional¹⁵.

En definitiva, el desarrollo normativo de esta cuestión tiene un elevado grado de complejidad por las numerosas circunstancias diversas que pueden plantearse en el desarrollo de prestaciones de servicios en diversos Estados que no se abordan, de ningún modo, en el Convenio Multilateral Iberoamericano, y que lo convierten en un instrumento normativo de difícil aplicación práctica en esta materia.

V. CONCLUSIONES

Del análisis efectuado sobre el contenido del artículo 18 del Convenio la conclusión más evidente es que lo exiguo de su contenido en comparación con los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, sin que haya un desarrollo posterior en ninguna parte del texto del Convenio, va a determinar que su efectiva aplicación práctica pueda tener un alcance muy limitado. Aun cuando es loable que se haya introducido en el texto una diferencia de trato entre las contingencias comunes y profesionales, por los distintos problemas de coordinación que unas y otras puedan plantear, ni la ubicación del precepto nos parece correcta, ni va a ser posible la verificación de la contingencia padecida por el trabajador si no se articulan procedimientos de intercambio de las circunstancias concurrentes en el accidente o la enfermedad entre los Estados miembros.

Asimismo, se aprecian significativas lagunas en cuanto al tratamiento específico de las peculiaridades derivadas de las enfermedades profesionales, concepto al cual es, incluso, difícilmente aplicable la regla que el precepto introduce en cuanto a tomar en cuenta la “fecha de producirse”, pues más bien debería ser la fecha en la cual la enfermedad se manifiesta. Similar falta de desarrollo normativo se puede destacar respecto de las enfermedades agravadas y de las prestaciones incluidas en la protección por contingencia profesional, aun cuando en este último caso entendemos es subsanable

¹⁴Artículo 34.

¹⁵Artículo 39.

si interpretamos que serán las reconocidas en el Estado parte cuya legislación sea de aplicación.

En definitiva, se impone que el referente de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 esté mucho más presente en esta materia, que deberá ser, inevitablemente, objeto de mayor desarrollo si se pretende la eficacia real del Convenio.

ARTICULO 19

“Exámenes médico-periciales

1. A requerimiento de la Institución Competente, los reconocimientos médicos previstos por la legislación de un Estado Parte, a efectos del acceso o mantenimiento de las correspondientes prestaciones de seguridad social, podrán ser efectuados en cualquier otro Estado Parte por la institución del lugar de residencia del solicitante o del beneficiario de las prestaciones, teniendo esta institución derecho a que se reembolsen los costos que le irrogó efectuar dichos exámenes, por parte de los obligados a su financiamiento.

2. Tales reconocimientos médicos serán financiados, en los términos que establezca el Acuerdo de Aplicación, por la Institución Competente del Estado Parte que solicitó los exámenes y/o, si así lo determina la legislación interna, por el solicitante o beneficiario, para lo cual, la Institución Competente del Estado Parte que solicitó la evaluación médica podrá deducir el costo que le corresponde asumir al solicitante o beneficiario, de las prestaciones económicas devengadas o del saldo de su cuenta de capitalización individual, en su caso.

3. Para efectos de facilitar la evaluación a que se refiere el apartado precedente, la Institución Competente del Estado Parte en cuyo territorio reside la persona, deberá, a petición de la Institución Competente del otro Estado Parte, remitir a esta última, sin costo, cualquier informe o antecedentes médicos pertinentes que obren en su poder, de acuerdo a lo señalado en el artículo 20. Esta información deberá ser utilizada exclusivamente a efectos de la aplicación del presente Convenio”.

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona

RESUMEN

En este trabajo se analiza el artículo 19 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, el cual regula la coordinación de las legislaciones nacionales en materia de exámenes médico-periciales para el reconocimiento de pensiones, con el objeto de garantizar los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, protegidos por los distintos Sistemas nacionales de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, pensiones, migración, exámenes médicos.

ABSTRACT

In this paper is analysed Article 19 of the Ibero-American Multilateral convention on Social Security, that regulates the coordination of national laws on medical-expert examinations for recognizing pension, in order to guarantee the rights of migrant workers and their families, protected by the various national social security systems of the different Ibero-American States.

KEYWORDS: Social Security, pensions, migration, medical exams.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA REALIZACIÓN DE LOS EXÁMENES MÉDICO-PERICIALES ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?

III. EL REEMBOLSO DE LOS GASTOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO Y MÉDICO

IV. COINCIDENCIAS CON EL REGLAMENTO 883/2004/CE Y CON LOS CONVENIOS BILATERALES CELEBRADOS ENTRE ESPAÑA Y UN PAÍS IBEROAMERICANO

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es una norma de carácter internacional, acordada por varios Estados¹ que no tiene por finalidad armonizar ni unificar los sistemas de Seguridad de los Estados Parte del mismo, sino tan sólo coordinar los distintos sistemas de Seguridad Social de los Estados Parte² con el objeto de establecer unas reglas comunes para la protección de los derechos de Seguridad Social de los ciudadanos nacionales que se desplazan por los mismos, aunque en el caso de que convivieran simultáneamente este Convenio con otros convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte podrán aplicarse las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario³, como es el caso de España con otros países, como por ejemplo: Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay o Uruguay.

Entre los principios básicos del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se encuentra el de la colaboración administrativa que implica, con carácter general, que la solicitud de las presentaciones se llevará a cabo ante la Institución Competente, del lugar en que resida el trabajador en el momento de formular la solicitud, pudiéndose presentar incluso ante la Institución Competente del Estado Parte de residencia, aunque el trabajador solicitante de la prestación nunca haya estado sujeto a su legislación e incluso también podrá dirigirse directamente ante la Institución Competente del Estado Parte del Convenio, en cuyo sistema de Seguridad Social hubiese estado asegurado en último lugar.

Forma parte de esta cooperación administrativa entre los Estados Parte que han aprobado el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social⁴, la realización de los exámenes médico-periciales, que se regula en el artículo 19 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, y el

¹Los jefes de Estado y de Gobierno iberoamericanos se reunieron en noviembre de 2007 en Santiago de Chile con el objetivo de avanzar hacia la cohesión social con la aprobación de un Convenio multilateral de Seguridad Social el 10 de noviembre de ese mismo año (Instrumento de Ratificación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Santiago de Chile el 10 de noviembre de 2007. BOE, nº 103, de 30 abril 2011, [pág. 43814]), aprovechando el enorme flujo migratorio de iberoamericanos que en ese año, según datos de CELADE/CEPAL, alcanzaba los 5,5 millones de personas en España y afectando a 45 millones de inmigrantes iberoamericanos a la entrada en vigor del Convenio el 1 de mayo de 2011 Artículo 37. Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Aplicación provisional. BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2011, p. 1630 y ss), según señala Zúñiga González, F.; Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Sesión III. Perspectivas de Organismos internacionales, sector privado y sociedad civil sobre experiencias de programas de trabajadores migrantes temporales, del Taller de Programas para Trabajadores Migratorios Temporales realizado en la Ciudad de San Salvador, El Salvador, los días 23 y 24 de abril de 2009. Compilación de trabajos. CEPAL; p. 75.

²Sánchez-Rodas Navarro, C.; "El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social". Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº26/2011 p. 205.

³Artículo 8. Campo de aplicación material. Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

⁴El Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009, que España venía aplicando provisionalmente desde el 13 de octubre de 2010, entró definitivamente en vigor para España el 27 de diciembre de 2011. Entrada en vigor del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11-9-2009. BOE, núm. 39, de 15 de febrero 2012, [pág. 13444].

posterior reembolso de los gastos regulado en el artículo 25 del Acuerdo de aplicación del mismo.

En este trabajo se analizarán estos dos artículos y se contrastarán con la regulación de esta misma materia contenida en los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social de la Unión Europea, en el marco de la libre circulación de personas, y los distintos Convenios Bilaterales que el Reino de España ha celebrado con algunos de los Estados Iberoamericanos en el marco de la cooperación en el ámbito de la Seguridad Social y la garantía de los derechos de los trabajadores de cada uno de los dos Estados que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro.

II. LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA REALIZACIÓN DE LOS EXÁMENES MÉDICO-PERICIALES ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?

En el Título III del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se regulan los mecanismos de cooperación administrativa, entre los cuales se encuentran, en el artículo 19, los exámenes médico-periciales.

En este precepto se establece que los reconocimientos médicos previstos por la legislación de un Estado Parte, a efectos del acceso o mantenimiento de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, podrán ser efectuados, a requerimiento de la Institución Competente, en cualquier otro Estado Parte por la institución del lugar de residencia del solicitante o del beneficiario de las prestaciones. Lo que en la práctica es de gran importancia para la aplicación efectiva del Convenio, al admitir dictámenes médicos realizados por profesionales de otro país, evitando que el beneficiario tenga necesidad de trasladarse para cumplir con los requerimientos de las gestiones pertinentes para acceder a una prestación⁵.

Además, la Institución que sea requerida para realizar este reconocimiento médico tendrá derecho a que se reembolsen los costos que le irrogó efectuar dichos exámenes, por parte de los obligados a su financiamiento.

Respecto a los obligados a su financiamiento, en el segundo punto de este artículo se establece que estarán obligados a financiar estos reconocimientos médicos, en los términos que establezca el Acuerdo de Aplicación: la Institución Competente del Estado Parte que solicitó los exámenes y/o el solicitante o beneficiario, si así lo determina la legislación interna.

En el caso que sea el solicitante o beneficiario el obligado a financiar el reconocimiento médico, la Institución Competente del Estado Parte que solicitó la evaluación médica podrá deducir el costo de la revisión médica al solicitante o beneficiario, deduciéndolo sobre las prestaciones económicas devengadas o del saldo de su cuenta de capitalización individual, en su caso. Por tanto, en todos los casos será la Institución Competente del Estado Parte que solicitó la evaluación médica la que reembolse los gastos a la institución que la haya realizado, sin perjuicio de la posterior deducción de estos.

⁵Vidal Amaral, F.A; Bortagaray Flangini, A. A.; Burgueño Álvarez, M.I.; Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. VII Premio OISS. Edita: Secretaría General de la OISS: 2012; p. 83.

Finalmente, en el tercer punto del artículo 19, se prevé la remisión, por la Institución Competente del Estado Parte en cuyo territorio reside la persona, a petición de la Institución Competente del otro Estado Parte y sin costo –como así prevé el artículo 20.2–, de cualquier informe o antecedentes médicos pertinentes que obren en su poder, con la finalidad de facilitar la evaluación médica, a cuya petición, establece el artículo 20.3, deberán responder en un plazo razonable (sin que se nos facilite elementos acerca de qué se entiende en cada Estado Parte por «plazo razonable») y, a tal efecto, comunicarán a las personas interesadas cualquier información necesaria para hacer valer los derechos que les otorga el presente Convenio.

Así, por ejemplo, el artículo 15 del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, establece que, para la determinación del grado de invalidez la Institución Competente de cada uno de los Estados Parte efectuará su evaluación de acuerdo con su legislación, para lo cual habrá de tener en cuenta los documentos e informes médicos así como los datos de índole administrativa que obren en su poder y sean remitidos, sin costo, por la Institución de cualquier otro Estado Parte, donde haya cotizado el trabajador y haga valer sus derechos para la obtención de una pensión de incapacidad.

Además, en su tercer punto establece también que en el caso de que la Institución Competente del Estado Parte que efectúe la evaluación de la incapacidad o invalidez estime necesario, por su propio interés, la realización de exámenes médicos adicionales en el Estado Parte en que resida el trabajador, los mismos serán financiados de acuerdo con la legislación interna del Estado Parte que solicita los exámenes.

III. REEMBOLSO DE LOS GASTOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO Y MÉDICO

Respecto al reembolso de los gastos de control administrativo y médico a que hace mención el apartado segundo del artículo 19 de Convenio, el artículo 25 del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, establece que los reconocimientos médicos serán reembolsados a la Institución que los haya realizado, por la Institución Competente del Estado Parte que solicitó los exámenes y/o, si así lo determina la legislación interna, por el solicitante o beneficiario, en los términos previstos por el apartado 2 del artículo 19 del Convenio, el cual establece que tales reconocimientos médicos serán financiados, en los términos que establezca el Acuerdo de Aplicación, por tanto, creando un rizo sin fin de remisión legislativa sin solución.

No obstante, acto seguido, el mencionado artículo 25 desarrolla la regulación del reembolso, añadiendo que dos o varios Estados Parte, o sus respectivas Autoridades Competentes, podrán concertar, si su legislación interna así lo permite, otras formas de reembolso, especialmente en la modalidad a tanto alzado, o renunciar a toda clase de reembolsos entre instituciones, exigiéndose en tal caso que tales acuerdos sean inscritos en el Anexo 5 del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Inscripción que también será obligatoria para que sean aplicables otros acuerdos existentes en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo entre dos o más Estados Parte del Convenio. Cabe decir que en el anexo 5, sobre acuerdos sobre reembolsos de gastos administrativos y médicos, comprobamos que el Estado del

Salvador no aplica el artículo 25.2, es decir, no prevé otras formas de reembolso o la renuncia a toda clase de reembolsos entre instituciones.

Por tanto, no queda claro cómo se financia este reembolso de los gastos de control administrativo y médico a que hace mención el apartado segundo del artículo 19 de Convenio. En el primer borrador del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social⁶, en su artículo 28, el que ahora es artículo 25, establecía originalmente que serían reembolsados a la institución que los hubiera realizado por la institución a cuenta de la cual hubieran sido efectuados, y con arreglo a la tarifa que aplicara la primera, pero en el texto definitivo no se determina nada en este sentido, por lo que cabe entender que, a falta de acuerdo, por ejemplo que fije previamente un baremo del coste de cada servicio de común acuerdo –lo cual parece difícil de llevar a la práctica⁷–, deberá ser la institución que solicite la realización de los exámenes médicos la que concierte con la institución que los realiza el coste de cada servicio concreto en cada momento.

Cabe decir, a modo de ejemplo, que el artículo 15.3 del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, respecto a la determinación de la disminución de la capacidad de trabajo a efectos de la concesión de las correspondientes prestaciones de incapacidad o invalidez, establece que la Institución Competente del Estado Parte que realice la evaluación de incapacidad efectuará el reembolso del costo total de estos exámenes a la Institución Competente del otro Estado Parte, pudiendo requerir del afiliado el porcentaje a su cargo, si lo determina su legislación, pudiendo, la Institución Competente del Estado que realiza la evaluación, deducir el costo que le corresponda asumir al afiliado de las pensiones devengadas en dicho Estado o del saldo de su cuenta de capitalización individual, siempre que su legislación lo permita, salvo que la reclamación sea interpuesta por una Institución Competente que otorga la pensión o por una Compañía de Seguros, tratándose de sistemas de capitalización individual, en cuyo caso no se aplicarán las anteriores previsiones.

IV. COINCIDENCIAS CON EL REGLAMENTO 883/2004/CE Y CON LOS CONVENIOS BILATERALES CELEBRADOS ENTRE ESPAÑA Y UN PAÍS IBEROAMERICANO

Como señala SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO es claramente apreciable la influencia del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social⁸ en la redacción dada a muchos artículos del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social⁹ y, en concreto, en el artículo 19 de coordinación de las legislaciones

⁶Vid. http://actrav-courses.itcilo.org/es/a2-51942/trabajos-y-conclusiones/primer-acuerdo-borrador-de-aplicacion-del-convenio-multilateral-iberoamericano-de-sst/at_download/file

⁷Vidal Amaral, F.A; Bortagaray Flangini, A. A.; Burgueño Álvarez, M.I. Op.cit.; p. 84

⁸Reglamento 883/2004/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. DOL 30 abril 2004, nº166, [pág. 1, Núm. Págs. 123].

⁹Sánchez-Rodas Navarro, C.;“El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº26/2011, p. 201; y Sánchez-Rodas Navarro, C.;“Capítulo XII. Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de
e-Revista Internacional de la Protección Social, ISSN 2445-3269. 2016, Vol. I, Nº 2
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2016.i02.20>

nacionales en materia de exámenes médico-periciales para el reconocimiento de pensiones y en las normas para el reembolso de los gastos que ocasionen estos exámenes médicos.

Sin embargo, como también señala Jiménez Fernández¹⁰, la principal diferencia del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social con el Reglamento de la Unión Europea se encuentra en que el Convenio consigue un acuerdo en materia de Seguridad Social en un ámbito en el que no existe una previa asociación política¹¹, aunque las estrechas relaciones que ha habido entre estos Estados han propiciado que se hayan celebrado Convenios Bilaterales en esta materia.

No obstante, el Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, de aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad¹², ya regulaba en su artículo 87 la posibilidad de realizar los reconocimientos médicos previstos por la legislación de un Estado miembro en el territorio de cualquier otro Estado miembro, por la Institución del lugar de estancia o de residencia del beneficiario de las prestaciones, a requerimiento de la Institución competente y con arreglo a las condiciones señaladas por el reglamento de aplicación o, en su defecto, con arreglo a las condiciones concertadas entre las autoridades competentes de los Estados miembros interesados, señalando que estos reconocimientos médicos efectuados conforme a las condiciones previstas, serían considerados como si hubieran sido efectuados en el territorio del Estado competente.

Posteriormente, en el artículo 82 del Reglamento 883/2004, sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social, se regula los reconocimientos médicos de forma casi idéntica a como lo hacía el artículo 87 del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, aunque elimina la consideración de los reconocimientos médicos efectuados por otro Estado miembro, conforme a las condiciones previstas, como si hubieran sido efectuados en el territorio del Estado competente, aunque en el artículo 87.2 de su Reglamento de aplicación¹³ se establezca que las constataciones hechas por la institución del lugar de estancia o de residencia tendrán validez ante la institución deudora.

Seguridad Social” en: *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral*. Laborum. Murcia. 2015; p. 183.

¹⁰Secretario General de la OISS entre 1996 y 2013 y actual Presidente de Honor, nombrado por Acuerdo de su Comité Permanente, y quien es sin duda una de las personas más relevantes de España en materia de Seguridad Social, nacional e internacional.

¹¹Jiménez Fernández, A.; “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VV.AA. *El Futuro de la Protección Social*. Laborum. Murcia. 2010; p.375.

¹²Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, Aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. DOL 5 julio 1971, núm. 149, [pág. 2, Núm. Págs. 49].

¹³Reglamento 574/1972, de 21 de marzo. Establece las modalidades de aplicación del Reglamento 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad. DOL 27 marzo 1972, núm. 74, [pág. 1, Núm. Págs. 83].

En el artículo 51 del Reglamento 574/1972, de 21 de marzo, de aplicación del Reglamento 1408/71, sobre control administrativo y médico se establecía que cuando un beneficiario de pensión se hallara o residiera en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél donde radicaba la institución deudora, el control administrativo y médico sería ejercido, a requerimiento de la institución mencionada, por la institución del lugar de estancia o de residencia del beneficiario según las normas establecidas en la legislación aplicada por esta última institución. No obstante, la institución deudora conservaba la facultad de disponer que un médico designado por ella controlara al beneficiario. Esta redacción coincidirá con la que hallamos en el artículo 87 del Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre, que adopta las normas de aplicación del Reglamento 883/2004¹⁴, aunque en este último algo más desarrollada.

Respecto a los gastos resultantes del control administrativo, así como los gastos de reconocimientos médicos, debían ser reembolsados a la Institución a cuyo cargo se habían realizado, con arreglo a la tarifa que aplicara la misma, por la Institución a cuenta de la cual hayan sido efectuados pudiendo concertarse otras formas de reembolso, especialmente en la modalidad a tanto alzado, o renunciar a toda clase de reembolsos entre instituciones, exigiéndose que tales acuerdos fueran inscritos en el Anexo 5 del Reglamento de aplicación y manteniéndose la aplicación de los acuerdos que estuvieran vigentes el día anterior a la de entrada en vigor del Reglamento, siempre que figurasen en dicho Anexo (Artículo 105 del Reglamento 574/1972, de 21 de marzo).

Como se puede advertir, la redacción del artículo 105 del Reglamento de aplicación del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, es casi idéntica al artículo 25 del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, con las únicas diferencias que en el reglamento comunitario se determinaba que los gastos se determinarían con arreglo a la tarifa que aplicara la Institución que lo había realizado y en el Convenio incluye a los solicitantes o beneficiarios como posibles obligados al reembolso. Sin embargo, en el artículo 87.6 del Reglamento de aplicación del Reglamento 883/2004 sólo se establece que la cantidad efectiva de los gastos de los exámenes médicos y del control administrativo la abonará la Institución deudora a la que se hubiera pedido hacerlas a la Institución que las solicitara.

Igualmente, la regulación del artículo 19 del Convenio Multilateral tiene una gran similitud a la regulación del artículo 87 del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, redacción que sería casi idéntica a la posterior regulación que encontramos en el artículo 82 del Reglamento 883/2004/CE, de 29 de abril. Por tanto, al menos en lo que respecta al artículo 19 del Convenio Multilateral y artículo 25 del Acuerdo de Aplicación del mismo, la influencia en su regulación encuentra su origen más en los reglamentos 1408/1971 y 574/1972, que en los actuales Reglamentos 883/2004 y 987/2009.

Por otro lado, respecto a los Convenios bilaterales de Seguridad Social celebrados por España con otros Estados iberoamericanos, actualmente están vigentes con: Andorra, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Teniendo en cuenta que con Portugal rige el

¹⁴Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre, que adopta las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, de 29-4-2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. DOL 30 octubre 2009, núm. 284, [pág. 1].

Reglamento 883/2004, de coordinación de los sistemas de seguridad social entre los países de la Unión Europea.

La existencia de estos Convenios bilaterales es trascendente ya que como establece el artículo 8 del Convenio Multilateral en los casos en que existan convenios bilaterales o multilaterales, registrados en el Anexo IV del Convenio Multilateral, se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario, aunque no dice nada de qué se aplicará cuando sea indiferente para este, pero sí pueda ser más beneficioso para uno de los Estados Parte.

Respecto a los nueve Estados en los que actualmente se aplica el Convenio Multilateral, España tiene vigentes Convenios bilaterales con: Brasil, Chile, Paraguay, Ecuador y Uruguay, con los cuales se puede aplicar las disposiciones de los Convenios bilaterales que resulten más favorables al beneficiario.

Así, en materia de reconocimientos médicos, en el artículo 31 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 16 de mayo de 1991 (en vigor desde 1 de diciembre de 1995)¹⁵; en el artículo 36 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, de 28 de enero de 1997 (en vigor desde el 13 de marzo de 1998)¹⁶; en el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República oriental del Uruguay, de 1 de diciembre de 1997 (en vigor desde 1 de abril de 2000)¹⁷; en el artículo 27 del Convenio de Seguridad Social entre la República del Paraguay y el Reino de España, de 24 de junio de 1998 (en vigor desde el 1 de marzo de 2006)¹⁸; y en el artículo 26 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador, de 4 de diciembre de 2009 (en vigor desde el 1 de enero de 2011)¹⁹, regulan que las Instituciones Competentes de ambas Partes Contratantes podrán solicitarse, en cualquier momento, reconocimientos médicos y que los gastos que en consecuencia se produzcan serán reintegrados, sin demora, por la Institución Competente que solicitó el reconocimiento o la comprobación, cuando se reciban los documentos justificativos de tales gastos.

Por otro lado, en el caso del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, de 28 de enero de 1997, el artículo 21 establece que para la determinación de la disminución de la capacidad de trabajo a efectos del otorgamiento de las correspondientes prestaciones de invalidez, los reconocimientos médicos necesarios serán efectuados por la Institución del lugar de residencia a petición de la Institución competente. Asimismo, la Institución competente de la Parte en que resida el trabajador o, en su caso, el familiar beneficiario, deberá realizar y financiar los exámenes médicos adicionales, que la Institución competente de la otra Parte requiera.

¹⁵BOE nº 13, de 15 de enero de 1996.

¹⁶BOE nº 72, de 25 de marzo de 1998.

¹⁷BOE nº 47, de 24 de febrero de 2000.

¹⁸BOE nº 28, de 2 de febrero de 2006.

¹⁹BOE nº 32 de 7 de febrero de 2011.

Por otro lado, España también tiene vigentes otros convenios bilaterales con Estados Iberoamericanos con los que a día de hoy no se aplica el Convenio Multilateral, pero con los que también se regula que las Instituciones Competentes de ambas Partes puedan solicitarse, en cualquier momento, reconocimientos médicos y que los gastos que en consecuencia se produzcan, sean reintegrados, sin demora, por la Institución Competente que solicitó el reconocimiento cuando se reciban los justificantes detallados de tales gastos, como es en el caso del artículo 21 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, de 25 de abril de 1994. (en vigor desde 1 de enero de 1995)²⁰; en el artículo 21 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina de 28 de enero de 1997 (en vigor desde 1 de diciembre de 2004)²¹; en el artículo 38 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, de 9 de noviembre de 2001 (en vigor desde el 1 de enero de 2003)²²; en el artículo 32 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, de 16 de junio de 2003. (en vigor desde el 1 de febrero de 2005)²³; y en el artículo 26 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana, de 1 de julio de 2004. (en vigor desde 1 de julio de 2006)²⁴.

V. CONCLUSIONES

1. Uno de los problemas es la limitada aplicación del Convenio y, por tanto, también de su artículo 19, puesto que para que entre en vigor, según el artículo 31 del mismo, no sólo debe estar ratificado al menos por siete Estados Parte, sino que además no surtirá efecto entre los Estados que lo hayan ratificado hasta que el Acuerdo de Aplicación sea suscrito por los mismos y, en el caso concreto de España, para desplegar eficacia el Convenio Multilateral entre España y el resto de los Estados que han firmado el Acuerdo de Aplicación es preciso que sean publicados los Acuerdos de Aplicación en el Boletín Oficial del Estado, como requisito que exige el artículo 96 de la CE, para la incorporación de los Tratados Internacionales válidamente celebrados al ordenamiento interno²⁵.

Por tanto, la situación actual es que de los 22 Estados iberoamericanos que podían firmar el Convenio, sólo lo han hecho 15²⁶, de estos 3 están pendientes de ratificarlo²⁷ y

²⁰BOE nº 65, de 17 de marzo de 1995

²¹ BOE nº 297, de 10 de diciembre de 2004 y BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2007.

²² BOE nº 290, de 4 de diciembre de 2002.

²³ BOE nº 31, de 5 de febrero de 2005.

²⁴ BOE nº 139, de 12 de junio de 2006.

²⁵Sánchez-Rodas Navarro, C.; Op. cit.; p. 204.

²⁶Los países que han firmado el Convenio han sido: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Países pendientes de firmar el Convenio: Andorra, Cuba, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Panamá.

²⁷Están pendientes de ratificarlo: Colombia, Costa Rica y República Dominicana.

otros 3 de suscribir el Acuerdo de Aplicación²⁸; por lo tanto, sólo en 9 de los 15 Estados Parte²⁹ es aplicable a día de hoy el Convenio y, por tanto, su artículo 19, quedando además otros 7 Estados sin firmarlo, lo cual limita enormemente el posible ámbito de cobertura de muchos inmigrantes iberoamericanos, potenciales beneficiarios de este.

2. Respecto a la determinación del coste de las revisiones médicas realizadas por un Estado Parte a solicitud de otro, no se determina, en el caso de no existir algún tipo de acuerdo o renuncia al reembolso, concretamente si se aplicará las tarifas que determine la Institución que los haya realizado, como parece ser lógico.

En cambio, en el artículo 105 del Reglamento de aplicación del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, se regulaba que los gastos se determinarían con arreglo a la tarifa que aplicara la Institución que lo hubiera realizado, aunque posteriormente, el artículo 87.6 del Reglamento de aplicación del Reglamento 883/2004 tampoco hiciera referencia al modo de determinar dicho coste.

3. Otro inconveniente a solucionar es conocer los términos en los cuales se ha de realizar el reembolso de los gastos de control administrativo y médico, puesto que ni el artículo 19 de Convenio ni tampoco el artículo 25 del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, lo determina.

4. Tampoco la regulación del Convenio Multilateral se determina que se entienda por «plazo razonable» durante el cual, la Institución Competente del Estado Parte en cuyo territorio reside la persona debe remitir los informes o antecedentes médicos pertinentes cuando se lo solicite por la Institución Competente que tiene que reconocer la pensión, con la finalidad de facilitar la evaluación médica.

Esta indeterminación en el plazo sólo puede suponer, en la práctica, que cada Institución remitente actué con arbitrariedad en el plazo de envío, lo cual intenta darse solución en los convenios bilaterales firmados por España estableciéndose que deben reintegrarse sin demora por la Institución Competente que solicitó el reconocimiento o la comprobación, cuando se reciban los documentos justificativos de tales gastos.

5. Finalmente, a pesar de la previsión de la aplicación de aquella regulación más favorable al beneficiario, contenida en los Convenios bilaterales, no se dice nada de qué

²⁸ Están pendientes de suscribir el Acuerdo de Aplicación: Argentina, Perú y Venezuela.

²⁹ El Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009, ya se venía aplicando provisionalmente en España desde el 13 de octubre de 2010 (BOE, núm. 7, de 8 enero 2011, [pág. 1630], hasta su entrada en vigor para España el 27 de diciembre de 2011. En el resto de Estados el Acuerdo de Aplicación fue firmado el 18 de abril de 2011 por parte del Estado Plurinacional de Bolivia (BOE, núm. 103, de 30 abril 2011, [pág. 43815]); el 19 de mayo de 2011 por parte de la República Federativa de Brasil (BOE, núm. 163, de 9 julio 2011, [pág. 73100]); el 20 de junio de 2011 por parte de la República Federativa de Ecuador (BOE, núm. 177, de 25 julio 2011, [pág. 82524]); el 26 de julio de 2011 por parte de la República Oriental del Uruguay (BOE, núm. 241, de 6 octubre 2011, [pág. 104883]); el 1 de septiembre de 2011 por parte de la República de Chile (BOE, núm. 241, de 6 octubre 2011, [pág. 104885]); el 28 de octubre de 2011 por parte de la República del Paraguay (BOE, núm., 304, de 19 diciembre 2011, [pág. 138625]); el 17 de noviembre de 2012 por parte de la República de El Salvador (BOE, núm. 27, de 31 enero 2013, [pág. 7275]); y el 19 de marzo de 2013 por parte de la República Portuguesa (BOE, núm. 97, de 23 abril 2015, [pág. 35244]).

Recibido: 08.09.2016. Aceptado: 09.11.2016

se aplicará cuando sea indiferente para este, pero sí pueda ser más beneficioso para uno de los Estados Parte.

ARTÍCULO 20

“Intercambio de información

1. Las Autoridades Competentes de los Estados Parte se comunicarán la información relacionada con:

*a) las medidas adoptadas para la aplicación del presente Convenio, y
b) las modificaciones de sus respectivas legislaciones que puedan afectar a la aplicación del presente Convenio.*

2. A efectos de la aplicación del presente Convenio, las Autoridades e Instituciones Competentes de los Estados Parte se prestarán sus buenos oficios y actuarán como si se tratase de aplicar sus propias legislaciones. La asistencia administrativa facilitada por dichas autoridades e instituciones será, por regla general, gratuita.

3. Las Instituciones Competentes, conforme el principio de buena administración, responderán a todas las peticiones en un plazo razonable y, a tal efecto, comunicarán a las personas interesadas cualquier información necesaria para hacer valer los derechos que les otorga el presente Convenio.

4. De igual modo, las personas interesadas quedan obligadas a informar cuanto antes a las instituciones del Estado Parte competente y del Estado Parte de residencia, de cualquier cambio en su situación personal o familiar que tenga incidencia en su derecho a las prestaciones establecidas en el presente Convenio”.

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ CONDE

Doctorando. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Murcia

RESUMEN

El artículo 20 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social tiene especial relevancia porque sin intercambio de información no se podría dar cumplimiento a los principios inspiradores del Convenio

PALABRAS CLAVE: Autoridades competentes, instituciones competentes, información, Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad.

ABSTRACT

Article 20 of the Iberoamerican Multilateral Agreement on Social Security is of particular relevance because without exchange of information the principles underlying the Convention Without could not be fulfilled

KEYWORDS: Competent authorities, competent institutions, Iberoamerecan Multilateral Agreement.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

III. MEDIDAS SIMILARES REGULADAS EN OTROS CONVENIOS BILATERALES

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Suele atribuirse a Francis Bacon la autoría de la famosa cita “la información es poder”. Si bien, este artículo no podrá confirmar dicho extremo, si se puede utilizar esta frase como punto de inicio al comentario ahora propuesto.

Tomando la cautela de revisar y actualizar la cita, se puede decir que la información en sí no es poder, sino la administración y la coordinación razonable de la información¹, y aquí es donde radica la grandeza de este precepto legal.

El artículo 20 del Convenio Multilateral Iberoamericano² (en adelante CMI), por tratarse de un artículo de trámite o procedimiento, insertado en el Título III sobre “mecanismos de cooperación administrativa”, puede pasar inadvertido en un primer estudio de la materia, a diferencia de aquellas reglas para la determinación de la legislación aplicable (ámbito personal, campo material, igualdad de trato, totalización de periodos, derechos adquiridos, revalorización de pensiones, relaciones del Convenio con otros instrumentos de coordinación de Seguridad Social, etc.) o de las disposiciones específicas para las distintas categorías de prestaciones (régimen de prestaciones, pensiones de invalidez, vejez y supervivencia, transferencia de fondos, etc.).

Lo cierto y verdad es que sin intercambio de información no se podría dar cumplimiento a los principios inspiradores del Convenio, resumidos en la urgencia de contar con un instrumento de coordinación de las distintas legislaciones nacionales en materia de pensiones, que garantice los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos, y que les permita disfrutar de los beneficios generados con su trabajo en los países receptores.

II. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Tradicionalmente, dentro de los Convenios Bilaterales, se observa un triple contenido, de acuerdo a la naturaleza jurídica y alcance normativo o no de las cláusulas en ellos contenidos.

El articulado es susceptible de ordenarse en tres categorías, en función de si atienden al contenido necesario³, al contenido normativo⁴ o al contenido obligacional⁵.

¹www.documentalistaenredado.net/834/la-informacion-en-si-no-es-poder/

²El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, Boletín Oficial del Estado, nº 7, de 8 de enero de 2011, pp.1645-1665, de forma contigua al texto del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, pp. 1630-1643.

³Las cláusulas identificativas de las altas partes contratantes, las autoridades administrativas competentes, las entidades e instituciones gestoras encargadas del cumplimiento de las prestaciones comprometidas, la determinación del ámbito personal y sus excepciones, la determinación del ámbito temporal (la entrada en vigor del convenio o la duración del convenio, el ámbito territorial donde será aplicado, y el ámbito objetivo.

⁴Las contingencias protegidas, los principios que rigen el contenido normativo (principio de igualdad de trato, conservación de los derechos adquiridos, mantenimiento de los derechos en curso de adquisición)

⁵Las obligaciones relativas a la ayuda administrativa mutua, los compromisos asumidos en orden a concertar con posterioridad acuerdos administrativos para la aplicación del convenio, las referencias expresas a las obligaciones contraídas derivadas de la ratificación del convenio, y los medios para la solución de conflictos de aplicación.

El intercambio de información se ubica dentro la categoría de contenido obligacional, al producir efectos obligacionales al igual que cualquier otro contrato, aunque aquí modalizado por ser un pacto entre Estados, es decir, se trata de una parcela del contenido que no tiene, pues, alcance para los nacionales pertenecientes a los respectivos Estados, sino que sólo es exigible entre y por las partes firmantes respectivas⁶.

El contenido obligacional de los convenios bilaterales está integrada por las cláusulas articuladas que, desde el punto de vista del Derecho internacional público, regulan la relación jurídica que se origina, a partir de y por el instrumento bilateral, entre los Estados firmantes y, de forma derivada, entre las autoridades administrativas competentes, por un lado, y entre las entidades gestoras respectivamente competentes de la Seguridad Social, por otro⁷.

La obligación de ayuda administrativa mutua, de uso consolidado en Derecho internacional público⁸, resulta el máximo exponente del principio de colaboración administrativa. Esta colaboración administrativa se manifiesta con una serie de pequeñas actuaciones, que como se detallará en el apartado siguiente sobre la comparativa entre Convenios Bilaterales, pueden darse o no juntas o por separado.

Estas obligaciones de información recíproca pueden consistir en:

- El sometimiento a reconocimientos médicos necesarios para el cumplimiento de las disposiciones legales de un Estado contratante, respecto de las personas que se encuentran en el territorio del otro Estado.
- El idioma de comunicación por parte de las autoridades como entidades competentes (en este caso español y portugués), hasta el punto que se puede utilizar la propia lengua oficial y la contraparte no se puede negar a admitir cualquier tipo de documentación (instancias, recursos, etc.) por el hecho de estar redactados en la lengua oficial del otro Estado.
- El lugar de presentación de documentos y escritos tanto administrativos como judiciales.
- El intercambio de información tanto respecto de las medidas adoptadas para la aplicación del convenio como las modificaciones legislativas o normas complementarias que pudieran repercutir en la aplicación del convenio.
- La bonificación o exención de tasas e impuestos.
- El compromiso de coordinación financiera, en atención a pagos, transferencias monetarias, errores de pagos, liberación de obligaciones.

Por tanto, se puede afirmar que el Convenio Multilateral es un instrumento internacional ideado para facilitar la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Iberoamericana, si bien no tiene por objeto ni armonizar ni unificar los

⁶Pérez Pérez, M.; "Convenios Bilaterales de Seguridad Social Ratificados por España". Relaciones Laborales, tomo 1/1985, p. 189.

⁷Pérez Pérez, M.; "Convenios Bilaterales...Op.cit. pág. 189.

⁸Montoya Melgar, A.; "El Derecho Internacional de la Seguridad Social". Revista de Política Social nº 61/1964, p. 412. Además, señalaba el autor como un sector de la doctrina francesa había inducido que las relaciones internacionales de Seguridad Social formarían parte de un pretendido "Derecho administrativo internacional" o, incluso, de un "Derecho de la coordinación administrativa internacional", al respecto, Simons: "La Conception du Droit International Privé d'après la Doctrine et la Pratique en Allemagne". Recueil des Cours, 1926, V, págs. 437 y ss.

sistemas de Seguridad de los Estados signatarios, sino que tiene una finalidad mucho más restringida: coordinar únicamente las prestaciones contributivas de Seguridad Social de los Estados Parte⁹.

El CMI es considerado ejemplo y auténtico legatario de las normas europeas de coordinación. En este sentido, el art. 84 del antiguo Reglamento 1408/71 (nuevo Reglamento 883/2004) contiene disposiciones que tratan de superar las posibles barreras administrativas de gestión, liquidación o pago de las prestaciones, facilitando la validez de los reconocimientos médicos realizados al efecto en cualquier Estado, del pago de las prestaciones en el país de residencia por parte de dicho Estado aunque no sea el obligado, de la recaudación de cotizaciones en el territorio de un Estado que no sea el que las ingresa, de la validez y facilidad de la presentación y curso de solicitudes y documentos en Estados que no sea el encargado de tramitarlas¹⁰.

De igual manera, la aplicación de estas disposiciones administrativas en el Convenio Multilateral, están supeditadas a la celebración de Acuerdos administrativos, donde se designarán los respectivos Organismos de Enlace, se acordará la intercomunicación de las medidas adoptadas en el plano interno para la aplicación del Convenio y se notificarán todas las disposiciones legales y reglamentarias modificativas del mismo, y prestarse los Estados la más amplia colaboración administrativa, en concreto¹¹:

- Las diferencias que puedan surgir en la interpretación y aplicación del Convenio se resolverán de común acuerdo entre las Autoridades de los Estados Parte. Las diferencias insalvables serán resueltas de conformidad a una Comisión arbitral¹² (art. 28 CMI).
- Las solicitudes y documentos presentados ante las Autoridades o Instituciones Competentes de cualquier Estado Parte donde el interesado acredite períodos de seguro, cotización o empleo o tenga su residencia, surtirán efecto como si se hubieran presentado ante las Autoridades o Instituciones Competentes correspondientes del otro Estado Parte, siempre que el interesado lo solicite expresamente o, si de la documentación presentada se deduce la existencia de períodos de seguro, cotización o empleo en este último Estado Parte (art. 21 CMI).
- Cuando la Institución Competente de un Estado Parte haya abonado prestaciones y se proponga actuar contra la persona que las haya percibido indebidamente, la Institución Competente del lugar de residencia de esta persona, o la institución designada al efecto por la Autoridad Competente del Estado Parte en cuyo

⁹Sánchez-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, Revista Internacional de la Protección Social", vol. 1, nº1/2016, p. 4.

¹⁰Sánchez 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 nº 47/2003, p. 44.

¹¹Sánchez Carrión, J.L.; "Los Convenios Bilaterales...Op.cit. p.45.

¹²Dentro de los Convenios bilaterales firmados por España aparecen dos modalidades de solución de conflictos: además de la Comisión arbitral (los Convenios con EEUU, Uruguay, Marruecos, Chile, Filipinas, Méjico, Perú, Andorra, Túnez, Ecuador, Paraguay, y Acuerdo administrativo con Australia), la vía diplomática (los Convenios con Rusia, Ucrania, Argentina, Brasil, Australia, Canadá, Venezuela).

territorio resida dicha persona, ayudará, en la medida que lo permita su ordenamiento jurídico, con sus buenos oficios a la primera institución (arts. 26.1 y 27.1 Acuerdo Aplicación CMI).

- Los reconocimientos médicos serán financiados, por la Institución Competente del Estado Parte que solicitó los exámenes y/o, si así lo determina la legislación interna, por el solicitante o beneficiario, para lo cual, la Institución Competente del Estado Parte que solicitó la evaluación médica podrá deducir el costo que le corresponde asumir al solicitante o beneficiario, de las prestaciones económicas devengadas o del saldo de su cuenta de capitalización individual, en su caso (art. 19 CMI).
- Los Organismos de Enlace de los diferentes Estados Parte intercambiarán las estadísticas referentes a los abonos de prestaciones efectuados a los beneficiarios de un Estado Parte que residan en otro Estado Parte. Estas estadísticas contendrán, como mínimo, el número de beneficiarios, tipo de prestaciones y la cuantía total de las prestaciones abonadas durante cada año calendario o civil (art. 27.2 Acuerdo Aplicación CMI).
- Las prestaciones reconocidas por aplicación de este Convenio 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 (art. 6.2 CMI)

Tal es la relación entre el Reglamento de coordinación europeo y el CMI, que hasta el Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) lo destacó en la presentación del CMI al Comité Económico y Social europeo, reseñando además en su intervención la necesidad ibérica de contar con un instrumento, en parte similar al europeo, dado el alto flujo migratorio en la región, pues a pesar de las afinidades históricas, culturales e idiomáticas¹³, existe una carencia de base jurídico-política como la existente en la UE o MERCOSUR, situación que ha requerido de una gran voluntariedad y unanimidad política en la coordinación multilateral de los sistemas de pensiones, tan diferentes de un país a otro¹⁴.

Por tanto, se destaca la coordinación como la nota común entre ambos instrumentos¹⁵, aunque ni en el ámbito del Derecho de la Unión Europea ni en el articulado del Convenio Multilateral cuentan con una definición jurídica precisa, aunque de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE se infiere que la coordinación¹⁶:

- No implica unificación ni armonización de sistemas de Seguridad Social.
- No 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.

¹³www.oiss.org/El-Secretario-General-de-la-OISS,6125.html

¹⁴Jiménez Fernández, A.; "Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social" en: VV.AA.: "El Futuro de la Protección Social". Laborum. Murcia. 2010; p. 375.

¹⁵Sánchez-Rodas Navarro, C.; "El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social". Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social nº26/2011, p. 215

¹⁶Sánchez-Rodas Navarro, C.; "Aproximación...op.cit. pp. 5-6.

- 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) y en el ámbito de la Unión Europea por lo que respecta al Reglamento 883/2004.
- 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 vean mermados sus derechos y/o expectativas de derecho en materia de Seguridad Social.
- Tanto el Reglamento 883/2004 como el Convenio Multilateral garantizan a los sujetos incluidos dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación un trato igual al dispensado a los trabajadores nacionales.

El intercambio de información previsto por el art. 20 CMI se caracteriza por ser un contenido múltiple y sentido bidireccional. El primer punto de este artículo obliga a las Autoridades Competentes de los Estados Parte la comunicación de la información relacionada no sólo con las medidas adoptadas para la aplicación del presente Convenio, sino también de las modificaciones de sus respectivas legislaciones que pudieran afectar a la aplicación del Convenio.

Para alcanzar tal objetivo, las Autoridades e Instituciones Competentes de los Estados Parte deberán prestar sus buenos oficios y actuaciones como si se tratase de aplicar sus propias legislaciones, facilitando con carácter general, asistencia gratuita.

Además, las instituciones competentes responderán a todas las peticiones en un plazo razonable informando a las personas interesadas sobre cualquier extremo necesario para hacer valer los derechos que reconocidos por el CMI.

De otro lado, las personas interesadas quedan obligadas a informar cuanto antes a las instituciones del Estado Parte competente y del Estado Parte de residencia, de cualquier cambio en su situación personal o familiar que pudieran tener incidencia en el derecho a las prestaciones.

En cuanto a las limitaciones al intercambio de información se pueden señalar de dos tipos: directas e indirectas.

Las primeras están contenidas en el propio convenio, la cláusula del art. 5 CMI sobre protección de datos personales, estableciendo que las comunicaciones con datos personales a otra institución extranjera se regirán por la legislación en materia de protección de datos de carácter personal del Estado emisor, mientras que será de aplicación la legislación en materia de protección de datos del Estado receptor de dichas comunicaciones por lo que respecta a la protección, registro, modificación o destrucción de dichos datos.

Igualmente, de conformidad con el art 3.3 del Convenio Multilateral, existe una limitación al afirmar que éste no será de aplicación a las prestaciones económicas reseñadas en el Anexo II, y bajo ninguna circunstancia podrá incluir alguna de las ramas de seguridad social señaladas en el apartado 1 de este artículo. En relación al Anexo II España ha notificado el auxilio por defunción.

En cuanto a las segundas, sobre las limitaciones indirectas cabría señalar aquella información que no se tramitará por no ser materia objeto de acuerdo del propio convenio. En este sentido, respecto al ámbito de aplicación personal, de acuerdo a la previsión del art. 3.2 CMI, España ha notificado en el Anexo I la exclusión de los

régimenes especiales de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia.

Igualmente, las prestaciones no contributivas no están contempladas dentro del Convenio Multilateral, y en tales supuestos se exigirá la residencia en territorio nacional para percibir los complementos por mínimos ya que éstos tienen naturaleza no contributiva.

III. MEDIDAS SIMILARES REGULADAS EN OTROS CONVENIOS BILATERALES

Se puede extraer otra idea acerca de la extensión del artículo 20 CMI respecto de los Convenios Bilaterales de cada uno de aquellos Estados firmantes que hayan ratificado el Convenio y suscrito el Acuerdo, e incluso, entre los propios Convenios bilaterales de estos Estados entre sí.

En primer lugar, el Estado español cuenta con Convenios Bilaterales¹⁷ firmados con cada uno de los socios mencionados que han satisfecho ambos requisitos, a excepción de Bolivia y El Salvador. Para el resto, la tónica respecto al intercambio de información, es la previsión de un artículo rubricado «ayuda administrativa entre instituciones» como recogen los Convenios con Brasil (art. 31), Chile (art. 36), Ecuador (art. 26), Uruguay (art. 23) y Paraguay (art. 27). No obstante, ninguno de ellos es homologable al contenido del art. 20 CMI.

En general, lo que predomina en cada uno de estos artículos es el intercambio de información, pero derivada del establecimiento de mecanismos de control, tales como reconocimientos médicos, comprobaciones de hechos y actos de los que puedan derivarse la adquisición, modificación, suspensión, extinción o mantenimiento del derecho a prestaciones por las otras instituciones.

Asimismo, aparecen también previsiones para el reintegro de dichos gastos por la Institución Competente que solicitase el reconocimiento o la comprobación. Igualmente, existen previsiones para la retención de prestaciones, cuando una Institución competente comprobase que ha pagado al beneficiario de prestaciones una cantidad superior a la debida, solicitándolo a la Institución competente de la otra Parte.

Pero esta situación también se produce respecto a convenios firmados con otros países, por ejemplo, el convenio con Argentina (art. 21 colaboración administrativa entre instituciones), con Ucrania (art. 19 colaboración administrativa entre administraciones competentes) o con Venezuela (art. 28).

En cambio, el artículo 24 del Convenio hispano-japonés, sí prevé una colaboración administrativa más en línea con el artículo 20 CMI, esto es, comunicarse mutuamente tan pronto como sea posible, toda la información sobre las modificaciones de su

¹⁷Cfr. entre los Convenios de carácter multilateral sobre Seguridad Social suscritos por España: El Convenio entre los Gobiernos de España, República Federal de Alemania y República francesa relativo a la extensión de ciertas disposiciones de Seguridad Social (BOE de 27 de enero de 1979). El Convenio entre los Gobiernos de España, República francesa y República portuguesa, relativo a la ampliación del beneficio de determinadas disposiciones de los Convenios de Seguridad Social, concertados entre dos de dichos Estados, a los nacionales de tercer Estado (BOE 8 de mayo de 1984). El Convenio Europeo de Seguridad Social (BOE de 12 de noviembre de 1986). El Convenio sobre Relaciones Consulares (BOE de 24 de enero de 1968). El Convenio sobre relaciones Consulares (BOE de 6 de marzo de 1970).

legislación y cualquier otro cambio que afecte a la aplicación de este Convenio, y dentro del campo de sus respectivas competencias, prestándose asistencia mutua para la aplicación de este Convenio las Autoridades e Instituciones competentes de ambas Partes con carácter gratuito.

En segundo lugar, desde la óptica del vecino ordenamiento de Portugal, destacan el art. 29 de su Convenio con Venezuela¹⁸ sobre comunicación directa, las referencias al intercambio de información y asistencia mutua, en el art. 27 del Convenio Bilateral con Australia¹⁹, donde es llamativo el hecho de la posibilidad de intercambios administrativos en una tercera lengua, francés, y las previsiones de cooperación de las autoridades e instituciones competentes del art. 33 del Convenio con Marruecos²⁰, o art. 38 del Convenio con Túnez²¹, o el art. 27 del Convenio con Moldavia²².

En tercer lugar, desde la vertiente latinoamericana, con carácter general, se puede señalar el art. 10 de cooperación administrativa, del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur²³ (MERCOSUR) que dispone el examen pericial entre las Administraciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, realizados por la Entidad Gestora de un Estado Parte y a cuenta de la Entidad Gestora del Estado solicitante.

Con carácter más específico, se encuentran entre otros:

Los Convenios firmados por la República de Chile²⁴ con: Colombia (art. 24 asistencia recíproca y colaboración administrativa), Finlandia (art. 16 acuerdo administrativo e intercambio de información), Dinamarca (art. 20), Alemania (art. 15. asistencia administrativa y judicial), Luxemburgo (asistencia mutua en materia administrativa), República Checa, Reino Unido (art.10), Quebec (art. 16 arreglo administrativo), Portugal (art. 17 asistencia mutua) o Noruega (Art. 17 asistencia recíproca).

Los Convenios firmados por Paraguay con: Países Bajos²⁵ (art. 6.6. verificación de solicitudes y pagos), o con el vecino Chile²⁶, cuyo art. 25 de asistencia recíproca está plagado de especificidades.

¹⁸www.seg-social.pt/documents/10152/47921/D_27_92/63b081ee-f794-4763-9484-9a8169532f51

“Para a devida aplicação e cumprimento da presente Convenção, as autoridades competentes, organismos de ligação e instituições das duas Partes comunicarão directamente entre si”.

¹⁹www.seg-social.pt/documents/10152/36210/D_11_2002/66cdc6d2-0fe0-41a2-baa2-15e820c77b64

“As autoridades e as instituições das duas Partes Contratantes correspondem-se nas respectivas línguas oficiais. Todavia, as autoridades e instituições de uma Parte Contratante não podem recusar pedidos ou outros documentos que lhe sejam dirigidos pelo facto de serem redigidos em francês”.

²⁰www.seg-social.pt/documents/10152/47928/D_27_99/60696bc4-d961-4db7-b681-a2b41aa51c0e

²¹www.seg-social.pt/documents/10152/38507/RAR_29_2009/e7efaf64-94dd-43f9-ac1a-341a3ea0f0cc

²²www.seg-social.pt/documents/10152/38449/RAR_108_2010/eb358a04-703a-4b2d-a7cf-422f217767c0

²³www.bps.gub.uy/bps/file/3855/23/mercosur_acuerdo_y_reglamento.pdf

²⁴www.ips.gob.cl/empleador-18857/convenios-internacionales/76-trabajador/articulos-83312/313-convenios-internacionales-de-seguridad-social-vigentes-

²⁵ www.mtess.gov.py/index.php/dgss/marco-legal/convenios/ley-3160-convenio-internacional-bilateral-entre-paraguay-y-e

Este artículo prevé que las Autoridades, Organismos e Instituciones Competentes de ambas Partes podrán comunicarse directamente entre sí y con las personas interesadas incluso a través de canales diplomáticos y consulares, pudiendo representar y asesorar sobre procedimientos administrativos y trámites necesarios, con carácter gratuito y bajo instancia del interesado, a sus propios nacionales.

Además, tratándose del sistema de capitalización individual chileno, no se aceptará tal representación para los efectos de la selección de la modalidad de pensión por al cual opte el afiliado.

Los Convenios firmados por Uruguay con: Bélgica²⁷ (art. 23 cooperación administrativa) especifica que las Autoridades Competentes pueden convenir el reembolso de determinados gastos; con Bolivia²⁸ (arts. 20 y 22) donde se prevé la modificación de común acuerdo y cuando sea necesario, de los procesos administrativos establecidos en el Acuerdo, a fin de lograr una mejor aplicación de éste, debiendo comunicar a la autoridad competente respectiva; con Quebec²⁹ (art. 26 comunicaciones) prevé que ambas Partes Contratantes puedan comunicarse entre sí en su idioma oficial; con Italia³⁰ (art. 35); con los Países Bajos³¹ (art. 19 ayuda administrativa) donde se destaca que los Organismos de Enlace de ambas Partes intercambiarán los datos estadísticos relativos a los pagos de pensiones concedidos a los beneficiarios de una Parte Contratante que residan en el territorio de la otra Parte Contratante, los cuales, contendrán el número de beneficiarios y el importe total de los pagos de pensiones satisfechos por año natural.

Además detalla este Convenio que podrá ser intercambiada entre los Organismos de Enlace de cada Parte Contratante, de forma electrónica o por otro medio de información acordado, garantizando siempre el acceso limitado y la confidencialidad.

IV. CONCLUSIONES

En resumen, el intercambio de información, subsumido dentro de la colaboración administrativa, atiende a la presencia polivalente del principio de reciprocidad.

Aunque todo proceso burocrático es siempre susceptible de mejora, resulta plausible el esfuerzo realizado en los últimos tiempos para dar respuesta a una exigencia del mundo del trabajo iberoamericano: la implicación de todas las Administraciones de Seguridad Social de los Estados Parte firmantes del Convenio y del Acuerdo de Aplicación, eliminando de esta manera los obstáculos administrativos a la movilidad laboral en mercados de trabajo cada vez más globalizados.

²⁶ www.mtess.gov.py/index.php/dgss/marco-legal/convenios/ley-4634-convenio-internacional-bilateral-entre-paraguay-y-c

²⁷ www.bps.gub.uy/bps/file/3855/23/uruguay_-_belgica.pdf

²⁸ www.bps.gub.uy/bps/file/3855/23/bolivia.pdf

²⁹ www.bps.gub.uy/bps/file/3855/23/quebec.pdf

³⁰ www.bps.gub.uy/bps/file/3855/23/italia_convenio_y_acuerdo.pdf

³¹ http://www.bps.gub.uy/bps/file/3855/23/holanda_paises_bajos_convenio_y_acuerdo.pdf

Dentro de la Unión Europea, España se presenta a la cabeza en la firma de estos convenios. La mayoría de los Convenios bilaterales firmados por España lo han sido respecto a Estados iberoamericanos.

De este modo, se da cumplimiento a la Comunicación publicada recientemente por la Comisión Europea, cuyo objetivo principal es fomentar una mayor cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de la coordinación con terceros países en materia de Seguridad Social³².

Por último, si a través de las líneas precedentes, se ha podido apreciar la magnitud del volumen de información manejado por las partes implicadas, piénsese entonces, en la magnitud que supondría la hipotética suma futura de Convenios entre el continente sudamericano y europeo, -estructuralmente muy similares a excepción del campo objetivo obligatorio de aplicación del CMI más reducido que los Reglamentos de coordinación- dando lugar a una mayor cooperación interregional euro-iberoamericana³³.

³²COM (2012) 153 final, de 30 marzo 2012: La Dimensión Exterior de la Coordinación en Materia de Seguridad Social de la UE.

³³García de Cortázar Nebreda, C.; "La Dimensión Externa de las Normas de Coordinación Europea de Seguridad Social. El Reglamento 883/2004 y el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social". Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº extra 1/2010, p. 275.

ARTÍCULO 21

“Solicitudes y documentos

- 1. Los documentos que se requieran para los fines del presente Convenio no necesitarán traducción oficial, visado o legalización de autoridades diplomáticas, consulares y de registro público, siempre que se hayan tramitado con la intervención de una Autoridad o Institución Competente u Organismo de Enlace.*
- 2. La correspondencia entre las Autoridades Competentes, Organismos de Enlace e Instituciones Competentes de los Estados Parte será redactada en cualquiera de los idiomas español o portugués.*
- 3. Las solicitudes y documentos presentados ante las Autoridades o Instituciones Competentes de cualquier Estado Parte donde el interesado acredite períodos de seguro, cotización o empleo o tenga su residencia, surtirán efecto como si se hubieran presentado ante las Autoridades o Instituciones Competentes correspondientes del otro Estado Parte, siempre que el interesado lo solicite expresamente o, si de la documentación presentada se deduce la existencia de períodos de seguro, cotización o empleo en este último Estado Parte”.*

DJAMIL TONY KHALE CARRILLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

RESUMEN

El presente estudio tiene como objeto analizar el artículo 21 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, que se inserta en el Título III «Mecanismos de cooperación administrativa», y corresponde a las solicitudes y documentos que se requieren para los propósitos de dicha norma.

PALABRAS CLAVE: Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, solicitudes, documentos, procedimiento, cotización.

ABSTRACT

The present study aims to analyze article 21 of the Iberoamerican Multilateral Agreement on Social Security, which is inserted in Title III “Mechanisms of administrative cooperation” which corresponds to applications and documents required for the purposes of this standard.

KEYWORDS: Iberoamerican Multilateral Agreement on Social Security, applications, documents, procedures, quote.

SUMARIO

I. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 21

A. TRADUCCIÓN, VISADO O LEGALIZACIÓN

B. EL CONVENIO DE LA HAYA

C. EL IDIOMA

D. RECIPROCIDAD

II. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 21

El artículo que se estudia se inserta en el Título III “Mecanismos de cooperación administrativa” del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Este Título hace alusión a los exámenes médico-periciales, el intercambio de información, las exenciones y, finalmente, las solicitudes y los documentos.

El campo de aplicación material del Convenio, según el artículo 3, se centran en las siguientes cuestiones:

- a) Prestaciones económicas de invalidez.
- b) Prestaciones económicas de vejez.
- c) Prestaciones económicas de supervivencia.
- d) Prestaciones económicas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.

Empero, no se aplicará a los regímenes no contributivos, ni a la asistencia social, ni a los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias. Huelga resaltar que los Estados Parte podrán ampliar el ámbito objetivo del mismo, extendiéndolo a prestaciones o regímenes excluidos en principio.

A. TRADUCCIÓN, VISADO O LEGALIZACIÓN

Bajo este contexto, los documentos que se soliciten para ejercer los derechos que señala el Convenio no requerirán traducción oficial, visado o legalización de autoridades diplomáticas, consulares y de registro público. No obstante, la ausencia de dicho requerimiento se materializará siempre que se hayan tramitado con la intervención de una Autoridad o Institución Competente u Organismo de Enlace de los Estados Parte.

Resulta plausible esta medida, dado que los solicitantes de los derechos del Convenio ganarían celeridad en el procedimiento. En vista de la posibilidad de no acudir a otras instancias para poder legalizar y/o traducir los documentos que se requieran para ello, lo que conllevaría un ahorro tanto económico, por los costes que pueda suponer; como el procesal, por la celeridad en el proceso.

No obstante, hay que hacer mención que si el Convenio no señalara lo anterior habría que acudir a otras instancias para poder hacer dichos trámites. Dicho en otros términos, los instrumentos extranjeros para que puedan tener eficacia en territorio nacional deberán estar legalizados y, previamente, traducidos, en su caso; por tanto, su legalización es indispensable para que puedan surtir sus efectos. Bajo este contexto, se debe comprobar y certificar la autenticidad del documento o de la firma; es decir, darle estado legal al documento¹. Salvo que exista Convenio, Tratado o Acuerdo internacional que exima de su legalización, en virtud de la cual se hará conforme a uno de los dos

¹Definición dada por la Real Academia Española al término “legalizar”. www.rae.es

procedimientos siguientes, por ejemplo, en el caso de España, dependiendo del país que expida el documento:

- a) Apostilla de La Haya². De acuerdo con el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, la única formalidad que se exige para los documentos procedentes de los Estados parte³ de dicho Convenio es el sello de La Apostilla que coloca la autoridad competente del Estado del que dimana el documento y surte efectos directamente ante cualquier autoridad en España⁴.
- b) La vía diplomática. Es el procedimiento a utilizar para la legalización de los documentos extranjeros de Registro Civil, Notariales y Administrativos expedidos en países no firmantes del Convenio de La Haya.

B. EL CONVENIO DE LA HAYA

Como puede observarse, el Convenio de La Haya es un documento importante para aquellos países que han suscrito el documento, dado que ganan celeridad en ese requerimiento. El trámite de apostilla radica en colocar sobre un documento público, o una prolongación del mismo, una Apostilla o anotación que certificará la autenticidad de la firma de los documentos públicos expedidos en un país firmante del XII Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros que deban surtir efectos en otro país firmante del mismo. Por tanto, los documentos emitidos en un país firmante de aquel instrumento internacional que hayan sido certificados por una Apostilla deberán ser reconocidos en cualquier otro país del Convenio sin necesidad de otro tipo de autenticación. La Real

²El Convenio suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros expedidos en los países signatarios de dicho Convenio (BOE n° 229, de 25 de septiembre de 1978, n° 248, de 17 de octubre de 1978 y n° 226, de 20 de septiembre de 1984).

³Los Estados parte del Convenio de la Haya son: Alemania, Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán (2/03/05), Bahamas, Bahrein (31/12/13), Barbados, Belarus, Bélgica, Belice, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brunei-Darusalan, Bulgaria, Cabo Verde (13/02/10), Chipre, Colombia, Islas Cook, Corea (14/07/07), Costa Rica (14/12/11), Croacia, Dinamarca (29/12/06), Dominica, Ecuador (2/04/06), El Salvador, Eslovenia, España, EE.UU. Estonia, Fidji, Finlandia, Francia, Georgia (14/05/07), Granada, Grecia, Honduras, Hong-Kong, Hungría, India (12/03/08), Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Kazajstán, Kirguistán (31/07/11), Lesotho, Letonia, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macao, Macedonia, Malawi, Malta, Islas Marshall, Isla Mauricio, México, Moldavia (16/03/07), Mónaco, Mongolia (31/12/09), Montenegro, Namibia, Nicaragua (EV. 14/05/13), Isla Niue, Nicaragua (EV. 14/05/13), Noruega, Nueva Zelanda, Omán (30/01/12), Países Bajos, Paraguay (01/09/2014), Panamá, Perú (30/09/10), Polonia (14/08/05), Portugal, Reino Unido, República Checa, República Dominicana (30/08/09), República Eslovaca, Rumanía, Rusia-Federación de Samoa, San Cristobal y Nieves, San Marino, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe (13/09/08), Serbia, Islas Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Suriname, Swazilandia, Tonga, Trinidad y Tobago, Turquía, Ucrania, Uruguay (EV. 14/10/12), Uzbekistán (15/04/12), Vanuatú, Venezuela. Nota.- La adhesión de ALBANIA ha sido objetada por España y, por tanto, el Convenio no es aplicable a este país.

⁴Vid. Zabalo Escudero, M.; "Entrada en vigor para España del Convenio de la Haya de 1996 relativo a la responsabilidad parental y medidas de protección de los niños". Revista de Derecho Migratorio y Extranjería n° 26/2011, pp. 255-259.

Academia Española define apostilla como aquella acotación que comenta, interpreta o completa un texto⁵.

Los documentos que pueden apostillarse son los siguientes⁶:

- a) Documentos administrativos.
- b) Documentos judiciales.
- c) Certificaciones oficiales que hayan sido colocadas sobre documentos privados, como por ejemplo, la certificación del registro de un documento, la certificación sobre la certeza de una fecha, así como las autenticaciones oficiales y notariales de firmas en documentos de carácter privado.

En caso contrario, los documentos que no podrán ser apostillados son los siguientes⁷:

- a) Documentos expedidos por funcionarios diplomáticos o consulares.
- b) Documentos administrativos relacionados con una operación comercial o aduanera.
- c) Documentos que, en aplicación de otros Convenios Internacionales, estén exentos de ser apostillados. Como, por ejemplo, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

C. EL IDIOMA

Al ser un instrumento Iberoamericano el legislador internacional ha señalado que el idioma a utilizar, como no podía ser de otra manera, sea el español o portugués. La Real Academia Española define iberoamericano como aquel natural de Iberoamérica, conjunto de los países americanos que formaron parte de los reinos de España y Portugal⁸. Por tanto, a consecuencia de los lazos históricos, se deberán utilizar aquellos idiomas.

D. RECIPROCIDAD

Otra de las particularidades que presenta el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Sociales que, siempre que el interesado lo solicite expresamente o, si de la documentación presentada se deduce la existencia de períodos de seguro, cotización o empleo en este último Estado Parte, las solicitudes y los documentos presentados ante las Autoridades o Instituciones Competentes de cualquier Estado Parte en el que el interesado acredite períodos de seguro, cotización o empleo o tenga su residencia, surtirán efecto como si se hubieran presentado ante las Autoridades o Instituciones Competentes correspondientes del otro Estado Parte. Dicho en otros términos, existe una reciprocidad de los Estados Partes; en el sentido que surtirá los mismos efectos la

⁵ www.rae.es

⁶ http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1200666550200/Tramite_C/1215326297910/Detalle.html

⁷ Ídem.

⁸ www.rae.es

presentación de los documentos de una Estado a otro. La Real Academia Española define reciprocidad como la correspondencia mutua de una persona o cosa con otra⁹.

⁹www.rae.es

ARTÍCULO 22

“Las exenciones o reducciones de impuestos, tributos, tasas, timbres y derechos judiciales o de registro, establecidos en la legislación de un Estado Parte para la expedición de los documentos exigidos por esa misma legislación, se extenderán a la expedición de los documentos análogos exigidos por la legislación de cualquier otro Estado Parte a efectos del presente Convenio”.

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

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

RESUMEN

Las reglas de homogeneidad entre los estados parte se extienden también a la exención o reducción de impuestos.

PALABRAS CLAVE: Igualdad, impuestos, prestaciones.

BILAN

Les règles d'égalité entre les États partie sont aussi extensibles à l'exception ou réduction d'impôts.

MOTS CLÉ: Égalité, impôts, prestations.

SUMARIO

I. BREVE NOTA INTRODUCTORIA: ACERCA DE SUS POSIBLES ANTECEDENTES (UN PRECURSOR REMOTO)

II. APLICACIÓN DE REGLAS DE IGUALDAD Y RECIPROCIDAD EN MATERIAS IMPOSITIVAS: UNA NOVEDAD

A. UNA TRANSCEDENCIA MAYOR A LA ESPERADA: SUPERANDO LAS BARRERAS DEL DERECHO SOCIAL

B. UNA POSITIVIDAD DECRECIENTE: COMPLEJIDADES PARA SU PUESTA EN MARCHA

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. BREVE NOTA INTRODUCTORIA: ACERCA DE SUS POSIBLES ANTECEDENTES (UN PRECURSOR REMOTO)

El 26 de enero del año 1978 fue suscrito en la ciudad de Quito por 16 Estados parte¹ el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social². Este documento, estructurado en cinco Títulos (bajo las rúbricas Disposiciones generales; Prestaciones; Firma, ratificación y aplicación; Disposiciones varias y Disposiciones finales), perfilaba en sus 25 artículos distintos aspectos acerca del reconocimiento, gestión y activación de derechos asistenciales, médico-sanitarios, prestacionales (en materia de vejez o invalidez) previstos en los Sistemas obligatorios de Seguridad Social, Previsión Social y Seguros Sociales vigentes en los Estados contratantes para la adecuada protección de los trabajadores migrantes³.

Aun cuando los matices puedan considerarse importantes, puede encontrarse un primer antecedente en la materia que ocupa el presente comentario en el artículo quinto del mencionado Convenio Iberoamericano de 1978.

Se establecía entonces que todos los actos, documentos, gestiones y escritos relativos a su aplicación, los Acuerdos Administrativos y demás instrumentos adicionales se encontrarían exentos del tributo de sellos, timbres o estampillas.

Se trataba de una disposición generalista, contenida en el título Primero del Convenio⁴, de la que parece desprenderse que su intencionalidad residía con carácter fundamental y excluyente en los actos que emanaran directamente de la puesta en marcha del convenio⁵. No tanto en los hechos derivados y concretos necesarios para cada supuesto singular que surgiera en su aplicación cotidiana, esto es, en el ejercicio por cada trabajador migrante de la activación de la prestación que se tratara.

Pese a ello, quizá no sea huera la afirmación de que en este precepto reside el origen o, al menos, el primer atisbo en el que sustentan el contenido del actual artículo 22 del

¹Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guinea Ecuatorial, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

²BOE 17 agosto 1982.

³Pese a lo que pudiera interpretarse tras la lectura de su artículo primero, el artículo segundo del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social hacía del mismo un texto abierto, ya que fijaba que su campo de aplicación objetivo podía ampliarse respecto de otros derechos contenidos en los Sistemas de Seguridad Social, Previsión Social y Seguros Sociales vigentes en los Estados Contratantes cuando así fuera acordado por todas o algunas de las partes signatarias.

⁴En el que se concretaron, además de lo ya señalado, su ámbito objetivo y subjetivo y se determinaron los conceptos necesarios para su aplicación (personas protegidas, Autoridades competentes...).

⁵También cabría albergar la hipótesis, con una interpretación generosa, de que esas líneas aludían al conjunto de actos derivados de su puesta en marcha. También para los casos concretos e individualizados que habrían de presentarse de manera sistemática tras su activación.

No obstante lo anterior, el lugar que ocupa este precepto en la estructura del Convenio Iberoamericano, los términos de su redacción, perfilada para lo general y no para lo particular..., abogan por sostener su carácter reservado al ejercicio de las acciones que se pudieran derivar para el reconocimiento directo del Convenio.

Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social hecho en Santiago, Chile⁶, a los 10 días del mes de noviembre del año 2007⁷.

La intencionalidad contenida en ambas disposiciones es coincidente. La primera con carácter general, desde la atalaya del Convenio, para su aplicación. La segunda, como se verá a continuación, en lo concreto, en lo específico, en la puesta en marcha y activación de cada una de las prestaciones.

Prima, por ende, el carácter de homogeneidad que ha de darse en todos los aspectos al objeto de lucrar las prestaciones correspondientes por los trabajadores migrantes; eliminando cualquier rémora, por pequeña que sea, en la consecución de la igualdad de los trabajadores, con independencia de su lugar de procedencia y del país de prestación de servicios, en el acceso a las prestaciones que les correspondieran por los trabajos desarrollados.

II. APLICACIÓN DE REGLAS DE IGUALDAD Y RECIPROCIDAD EN MATERIAS IMPOSITIVAS: UNA NOVEDAD

A. UNA TRANSCEDENCIA MAYOR A LA ESPERADA: SUPERANDO LAS BARRERAS DEL DERECHO SOCIAL

Clausurando el Título III (denominado Mecanismos de cooperación administrativa) del Convenio Multilateral Iberoamericano se encuentra su art. 22. Tras tres preceptos en los que de manera un tanto desordenada se abordan cuestiones como la coordinación en materia de exámenes médico-periciales, el intercambio de información entre las Autoridades competentes de los Estados Parte y aspectos sobre las solicitudes y documentación (lugar de presentación, correspondencia e idioma) se halla un somero artículo, el 22, en el que se regulan las exenciones o reducciones de impuestos o tributos.

Apenas un párrafo, cuatro líneas, es el destinado a tal fin⁸. Su tenor literal es el siguiente:

“Las exenciones o reducciones de impuestos, tributos, tasas, timbres y derechos judiciales o de registro, establecidos en la legislación de un Estado Parte para la expedición de los documentos exigidos por esa misma legislación, se extenderán a la expedición de los documentos análogos exigidos por la legislación de cualquier otro Estado Parte a efectos del presente Convenio”.

Sin embargo, su trascendencia es mayúscula.

⁶BOE 8 enero 2011.

In extenso sobre el Convenio Multilateral, cfr. <http://www.oiss.org/-Convenio-Multilateral-.html>, donde se pueden hallar actas de los Comité Técnicos Administrativos, de la Comisión de Gestión, de la Comisión informática, de la Comisión Jurídica; la documentación correspondiente a cada Estado Parte (Instrumentos de ratificación, Actas de firma, Poderes para la suscripción de los correspondientes acuerdos...).

⁷Como así se recoge en el literal del Convenio Multilateral.

⁸Lo que le diferencia sobremanera de sus predecesores, dotados todos ellos de una redacción mucho más generosa con tres o cuatro apartados, respectivamente.

De un lado, por cuanto este breve texto permite sostener que los distintos Estados Parte aceptan mediante la suscripción del Convenio cambiar su régimen tributario. No sólo afecta, por ende, a los sistemas de Seguridad Social o Previsión Social, a los mecanismos de coordinación entre los diferentes Estados firmantes para garantizar el acceso y mantenimiento de las prestaciones a las que se pudieran tener derecho por la prestación de servicios en los diversos territorios, sino que su ámbito de influencia es mucho mayor.

Traspasa de este modo lo circunscrito a la protección social y al régimen asistencial o prestacional para adentrarse en el campo tributario. Área de la que tradicionalmente los Estados se han mostrado especialmente cautelosos y recelosos para ceder competencias ante cualquier organismo internacional.

Posiblemente se trate de una concesión perfectamente medida, sin grandes consecuencias en las arcas de los países⁹.

Se entiende que ello es así, de una parte, por cuanto el número de trabajadores migrantes entre los distintos Estados, aunque significativa, no llegue a alcanzar cifras vertiginosas¹⁰.

De otra, en la medida en que sean pocos los países miembros en los que exista la imposición de tributos o impuestos para la expedición de cualesquiera documentos en el acceso a su sistema prestacional. No parece coherente que en lo ordinario se fijen tasas o gravámenes para lucrar cualesquiera prestación del Sistema de Seguridad Social o Previsión Social; esto es, que tras años de trabajo y cotización al Estado el trabajador haya de hacer frente a una tasa adicional para acceder a la prestación correspondiente¹¹.

En todo caso, resulta cuando menos llamativo que en una normativa cuya denominación y contenido fundamental se constriñe al campo de la protección social, se encaje una disposición que modifique de manera sustancial el régimen tributario de los distintos países.

De otra, y consecuencia de su puesta en marcha, por la relevancia que el mismo entraña, al igualar las condiciones de acceso al sistema prestacional de los diferentes países parte

⁹Lo contrario sería extraordinariamente sugerente (aunque su mera inclusión ya posea elementos que lleven a la sorpresa), topar con una concesión generosa en este campo.

¹⁰Tal y como se recoge en el Acta de la 7ª reunión del Comité Técnico Administrativo del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social celebrada en Santiago de Chile el 9 de julio de 2015 (<http://www.oiss.org/Acta-7%C2%AA-reunion-del-Comite.html>), el número de expedientes iniciados y tramitados bajo el convenio responde a lo siguiente:

Paraguay: 18 expedientes en proceso. Número de beneficiarios: 44.

Ecuador: 1233 expedientes en trámite.

Bolivia: 465 expedientes en proceso.

Uruguay: desde 2011 se han iniciado un total de 5709 expedientes.

España: se han tramitado 7537 expedientes.

¹¹Pese a lo sostenido, la previsión contenida en este art. 22 del Convenio lleva a colegir que son varios o muchos los Estados parte en los que existen este tipo de tasas o impuestos para la expedición de documentos.

Algo que se desconoce en la normativa nacional, pero que tiene su relevancia en otros entornos internacionales.

en las mejores condiciones para los trabajadores migrantes. Las opciones posibles en esta regulación eran múltiples, sin embargo, la elegida ha sido extender los beneficios establecidos en materia impositiva que pudieran existir en cualquier Estado Parte a los demás firmantes del Convenio.

B. UNA POSITIVIDAD DECRECIENTE: COMPLEJIDADES PARA SU PUESTA EN MARCHA

Parece obvia, como se ha señalado, la importancia que recae sobre el reiteradamente mencionado art. 22 del Convenio Multilateral. Su valor es más que destacable. No obstante, se derivan algunos interrogantes para su activación completa o al menos sobre su potencialidad total.

En primer lugar se plantea la duda de quién debe advertir sobre las exenciones o reducciones existentes en los distintos Estado Parte. Se suscita la pregunta de si han de fijarse los correspondientes mecanismos de coordinación entre los países del área iberoamericana que han suscrito el Convenio para la puesta en marcha de oficio de estos privilegios o han de ser los propios trabajadores migrantes los que han de hacer valer, por cualesquiera medios válidos en derecho, la aplicación de los mismos.

Parece de todo punto que la opción más racional, sensata y aconsejable sería la primera, esto es, que los Estados Parte, con su aparato burocrático, fijaran los oportunos medios, recursos y personal cualificado para con sistemas actualizados de comunicación e información disponer de los datos correspondientes y precisos entre los diversos países sobre las exenciones o reducciones existentes en el campo tributario.

Sin embargo, y pese a ser lo deseable, no se entiende que esta posibilidad sea factible en el corto plazo. Si bien un sistema de protección social como el que rige en el territorio nacional lo habría posible de manera inmediata, fijando los protocolos necesarios de coordinación entre los Estados Parte, son muchas las deficiencias que pueden encontrarse en otros sistemas de Seguridad Social o Previsión Social en otros de los países parte. Los procedimientos no completamente desarrollados, sistemas incompletos, carencia de datos... hacen que esta posibilidad sea desechada para su aplicación inmediata¹².

¹²Baste un simple ejemplo para comprobar las dificultades de la puesta en marcha del Convenio Multilateral. Su firma tuvo lugar en el año 2007. Posteriormente, en el año 2009 se produjo el Acuerdo de Aplicación Provisional. En el momento de la firma por España de este Acuerdo Provisional, 13 de octubre de 2010, España era el único país que había procedido a su firma y aplicación provisional del convenio, con matices:

“España declara que no puede proceder a la firma definitiva del presente Acuerdo de Aplicación hasta que se hayan cumplido los requisitos establecidos en el ordenamiento interno para la prestación del consentimiento. No obstante, España declara que aplicará el Acuerdo provisionalmente desde el momento de la firma”.

Cfr. <http://www.oiss.org/Estado-de-Situacion.html>, donde puede comprobarse que todavía hay algunos países que no solo no han hecho efectiva su aplicación, suscribiendo el correspondiente Acuerdo de Aplicación, sino que ni siquiera han ratificado el Convenio Multilateral.

La segunda opción, que sea cada uno de los trabajadores migrantes, individualmente considerado, quien haya de ejercitar esta posibilidad, de hacer presente las exenciones o reducciones tributarias existentes en otros países, aboca sin matices alguno a sostener el rotundo fracaso del ejercicio de esta medida.
















Es evidente que un trabajador migrante en ningún caso podrá conocer los sistemas tributarios de los Estados Parte firmantes del Convenio Multilateral. Quizá el de que aquel país o países en los que hubiera prestado sus servicios por el ejercicio de algún recurso prestacional, pero ello siempre tendrá un efecto limitado en la prerrogativa contenida en el art. 22 del mencionado Convenio.

No es admisible volcar sobre el trabajador la responsabilidad de la búsqueda de información y documentación precisa para el despliegue pleno de las potestades reconocidas en esta materia.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aun cuando su primera lectura hiciera albergar grandes expectativas acerca de las altas cotas de coordinación que se habían fijado los Estados Parte del Convenio Multilateral, superando las barreras de la protección social para adentrarse en el complejo y reservado ámbito tributario, pronto se dilucidaría que su efectividad es muy escasa, presentando unos efectos muy limitados.

(Artículos 29, 30, 31.2 CMISS y 33.3 AA)

PAISES QUE LO HAN FIRMADO	FECHA FIRMA CONVENIO	FECHA RATIFICACION	FECHA DEPOSITO INSTRUMENTO RATIFICACION EN LA SEGIS-OISS	FECHA SUSCRIPCION ACUERDO APLICACION	APLICACION EFECTIVA CONVENIO	POBLACION (1)
 Argentina	10/11/ 2007	09/06/2010	31/05/2016	31/05/2016	1/08/2016	42.980.026
 Bolivia	10/11/ 2007	08/11/2010	02/02/2011	18/04/2011	01/05/2011	10.027.254
 Brasil	10/11/ 2007	30/10/2009	11/12/2009	19/05/2011	19/05/2011	201.000.000
 Chile	10/11/ 2007	18/11/2009	30/11/2009	01/09/2011	01/09/2011	16.572.475
 Colombia	26/11/2008					
 Costa Rica	10/11/ 2007					
 Ecuador	07/04/ 2008	31/08/2009	04/11/2009	20/06/2011	20/06/2011	14.067.000
 El Salvador	10/11/ 2007	29/05/2008	04/09/2008	17/11/2012	17/11/2012	6.251.495
 España	10/11/ 2007	05/02/2010	12/02/2010	13/10/2010	01/05/2011	46.507.760
 Paraguay	10/11/ 2007	15/12/2010	09/02/2011	28/10/2011	28/10/2011	6.672.631
 Perú	10/11/ 2007	12/09/2013	30/01/2014			
 Portugal	10/11/ 2007	27/10/2010	22/12/2010	19/03/2013	21/07/2014	10.561.614
 República Dominicana	07/10/2011					
 Uruguay	10/11/ 2007	24/05/2011	26/07/2011	26/07/2011	01/10/2011	3.286.314
 Venezuela	10/11/ 2007	16/02/2009**				

(1) Según la Oficina de Información Diplomática 2012.

Se desprende, por tanto, que la voluntad de los Estados Parte, los medios y recursos de los que disponen y la presión que pudiera ejercer los trabajadores migrantes llevaría a una aplicación muy dispar de esta medida.

Puede afirmarse, por tanto, que carece de virtualidad en la actualidad el ejercicio de las exenciones o reducciones de impuestos, tributos, tasas, timbres y derechos judiciales o de registro establecidos en un Estado Parte en otro Estado Parte a los efectos de lo contenido en el Convenio Multilateral.

La voluntariedad expedita en el texto topa con la realidad práctica de los aparatos burocráticos de las Administraciones y la individualización atribuida al trabajador migrante, con unos conocimientos limitados en la materia, no facilitan la consecución de los objetivos propuestos¹³.

No obstante, y pese a esta lectura crítica, ha de ponerse en valor el importante significado que alcanza la inclusión de este precepto en el Convenio Multilateral, ya que si bien despliega por el momento un efecto cercenado, sus potencialidades son generosas, abriendo un amplio abanico de cooperación tributaria.

¹³En el protocolo establecido sobre la tramitación de prestaciones (http://www.oiss.org/IMG/pdf/Informacion_sobre_tramitacion_de_prestaciones_Convenio.pdf) nada se concreta sobre este particular, debiéndose aportar por el trabajador en los documentos a acompañar aquellos documentos probatorios requeridos.