

VOL. II, NÚM. 1 (2017): COMENTARIO AL ARTICULADO DEL CONVENIO
IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL (continuación)

Página

Carta de la Secretaria General	1
Artículos 23 y 24. Comité Técnico Administrativo	
José Antonio Panizo Robles	2-16
Artículo 25. Disposición Transitoria	
David Carvalho Martins	17-23
Artículo 26. Normas de Aplicación	
Gabriela Mendizábal Bermúdez	24-32
Artículo 27. Conferencia de las Partes	
Carlos García de Cortázar Nebreda	33-39
Artículo 28. Interpretación y Aplicación del Convenio	
Dolores Carrascosa Bermejo	40-47
Artículo 29. Firma del Convenio	
Francisco Trujillo Pons.....	48-53
Artículo 30. Ratificación, aceptación, aprobación o adhesión	
José Antonio Iglesias Cáceres y Nataly Rodríguez Bessio	54-60
Artículo 31. Entrada en vigor	
Mohammed Saad Bentaouet.....	61-70
Artículo 32. Enmiendas	
José Antonio Iglesias Cáceres y Nataly Rodríguez Bessio	71-75
Artículo 33. Denuncia del Convenio	
Leopoldo Gamarra Vílchez	76-90
Artículo 34. Idiomas.	
Ydangely Tropiano	91-101
Artículo 35. Idiomas Auténticos	
Henar Álvarez Cuesta.....	102-110
El Depositario en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social	
Atilio Noguera	111-120
Campo Material de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social: un paso a la vez...	
Pablo Arellano Ortiz.....	121-130

Anexo I. Regímenes Excluidos	
Marta Elisa Monsalve Cuéllar	131-140
Anexo II. Prestaciones Excluidas.	
M ^a Belén Fernández Collados	141-153
Anexo III. Convenios suscritos entre Estados Parte del Convenio	
Nicolás Alejandro Occhi Orsaria.....	154-161
Anexo IV. Convenios bilaterales o multilaterales	
Nicolás Alejandro Occhi Orsaria.....	162-169
Anexo V. Excepciones a la legislación aplicable	
Wildemar Alfonso Lozano Barón.....	170-176

CARTA DE LA SECRETARIA GENERAL

DRA. D^a E. MACARENA SIERRA BENÍTEZ

Como coordinadora del Volumen I nº 2/2016 y del Volumen II nº 1/2017 de la e-Revista Internacional de la Protección Social –dedicados monográficamente 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. Es de resaltar y agradecer el comentario de la génesis histórica de este Convenio realizado por parte de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

El Volumen II nº 1/2017 pretende facilitar a los profesionales y estudiosos de la Seguridad Social Internacional información actualizada y rigurosa sobre el articulado del Convenio, permitiendo asimismo contrastar opiniones diversas y solventar posibles dudas sobre su aplicación e interpretación. Estos comentarios se presentan en un formato abierto y gratuito a través de la e-Revista Internacional de la Protección Social.

Los autores que han colaborado son expertos en Seguridad Social, especialmente en el ámbito territorial al que se extiende esta norma internacional sobre la protección social. 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.

Muchas gracias a todos, no sólo por su participación y colaboración, sino también por la comprensión y paciencia mostrada con la difícil tarea de coordinar un monográfico que, por sus dimensiones, supera con creces el número habitual de páginas de muchas monografías.

ARTÍCULOS 23 Y 24

ARTÍCULO 23

“Composición y funcionamiento del Comité Técnico Administrativo

1. El Comité Técnico Administrativo estará integrado por un representante del Gobierno de cada uno de los Estados Parte, asistido, cuando sea necesario, por consejeros técnicos.

2. Los estatutos del Comité Técnico Administrativo serán establecidos, de común acuerdo, por sus miembros. Las decisiones sobre las cuestiones de interpretación serán adoptadas de acuerdo con lo que se establezca en el Acuerdo de Aplicación del presente Convenio”.

ARTÍCULO 24

“Funciones del Comité Técnico Administrativo

El Comité Técnico Administrativo tendrá encomendadas las siguientes funciones:

a) Posibilitar la aplicación uniforme del Convenio, en particular fomentando el intercambio de experiencias y de las mejores prácticas administrativas.

b) Resolver las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas del presente Convenio o del Acuerdo de Aplicación del mismo.

c) Promover y desarrollar la colaboración entre los Estados Parte y sus instituciones en materia de seguridad social, especialmente para facilitar la realización de acciones encaminadas a la cooperación transfronteriza en el ámbito de la coordinación de los sistemas de seguridad social.

d) Fomentar el uso de las nuevas tecnologías, en particular mediante la modernización de los procedimientos necesarios para el intercambio de información y la adaptación a los intercambios electrónicos del flujo de informaciones entre las Instituciones Competentes.

e) Ejercer cualquier otra función que forme parte de sus competencias en virtud del presente Convenio y del Acuerdo de Aplicación, o de todo convenio o acuerdo que pudiese celebrarse dentro del marco de dichos instrumentos”.

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES
Administrador Civil del Estado

RESUMEN

Con el objetivo primordial de coordinar los sistemas nacionales de Seguridad Social en el ámbito iberoamericano se ha aprobado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), con la finalidad de facilitar la libre circulación de personas en ese ámbito y, al mismo tiempo, salvaguardar los derechos de Seguridad Social, de manera que los mismos no sean perjudicados por el hecho de acreditar períodos de cotización, seguro o empleo en dos o más sistemas de Seguridad Social. Pero la coordinación de legislaciones diferentes suele precisar de órganos especializados que permitan resolver las cuestiones administrativas que se planteen en la aplicación del Convenio.

Por ello, el CMISS (artículos 23 y 24) contempla la creación de un “Comité Técnico-Administrativo” al que se le encomiendan una serie de funciones esenciales para que los objetivos perseguidos puedan desarrollarse en la práctica diaria, sin que se vean obstaculizados por las diferencias existentes en las Administraciones nacionales.

PALABRAS CLAVES: Acuerdo, Comité, Convenio Multilateral, Coordinación de legislaciones, Seguridad Social.

ABSTRACT

With the primary aim of coordinating national Social Security systems in the Ibero-American Agreement context, the agreement Multilateral Iberoamerican Social Security (CMISS) has been approved, in order to facilitate the free movement of people in this area and, at the same time, safeguard the Social Security rights, so that they are not disadvantaged by the fact of credited contribution periods, insurance or employment on two or more Social Security systems. But the coordination of different laws usually requires specialized entities that allow solving administrative matters arising in the implementation of the Agreement.

Hence the CMISS (articles 23 and 24) provides for the creation of a "Technical Administrative Committee" which is entrusted a number of essential roles so that the pursued objectives may develop in daily practice, without being hindered by the differences in the national Administrations.

KEYWORDS: Agreement, Committee, Multilateral Agreement, Coordination of laws, Social Security.

SUMARIO

I. COMENTARIOS INTRODUCTORIOS

II. COMPOSICIÓN DEL COMITÉ TÉCNICO ADMINISTRATIVO DEL CMISS

III. FUNCIONES DEL COMITÉ TÉCNICO ADMINISTRATIVO

IV. LOS ACUERDOS DEL COMITÉ TÉCNICO ADMINISTRATIVO DEL CMISS

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. COMENTARIOS INTRODUCTORIOS

En el marco de la coordinación de las legislaciones de Seguridad Social, y con un ámbito territorial dirigido a los Estados que conforman la denominada “Comunidad iberoamericana de Naciones”¹, el Convenio Multilateral iberoamericano de Seguridad Social (en adelante, CMISS)² tiene como objetivo lograr la garantía y la preservación de los derechos de Seguridad Social de quienes presentan periodos de cotización, empleo o seguro, en dos o más sistemas de tales países, de modo que los mismos no sean eliminados o minorados por tales circunstancias³.

Aunque el CMISS, así como su Acuerdo de aplicación⁴, contienen las reglas básicas e instrumentales en orden a la puesta en práctica de ambas normas internacionales de Seguridad Social⁵, no hay que perder de vista que la aplicación real de las mismas

¹Con el concepto de “*Comunidad Iberoamericana de Naciones*” se pretende identificar al conjunto de países iberoamericanos. Aunque no tenga una concreción legal, esta expresión se recoge en la Declaración de Salamanca, aprobada en el marco de la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en dicha ciudad.

²Tras la aprobación por parte de la V Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social de los países de Iberoamérica, celebrada en Segovia, España en el año 2005 y, de los acuerdos de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno: XV de Salamanca (2005) y XVI de Montevideo (2006); la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB), elevaron el texto del Convenio Multilateral, a la VI Conferencia de Ministros y Máximas Autoridades de Seguridad Social, celebrada en Iquique en 2007, la cual lo aprobó por unanimidad y lo elevaron a su vez a los Jefes de Estado y de Gobierno en la XVII Cumbre Iberoamericana de Santiago de Chile, en noviembre de 2007, siendo adoptado el texto por *unanimidad*.

³Se ha señalado (Jiménez Fernández, A.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en AA.VV. “El futuro de la Protección Social”. Laborum. Murcia. 2010; p.375) que la originalidad del CMISS radica en tratarse “*de una experiencia pionera, ya que, por primera vez, se plantea lograr un acuerdo en materia de Seguridad Social en un ámbito en el que no existe una previa asociación política que facilite el sustrato jurídico que podría darle apoyo*”. Vid., asimismo, el estudio de Cassagne, JC.; “Hacia la Operatividad del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS)” en: ISS “60 años OISS”. OISS. Madrid. 2014; pp. 229-238.

⁴Como suele ser frecuente en las normas de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social (en las que el “*instrumento básico*” -o Convenio- suele ir acompañado de otro, de carácter instrumental, que suele denominarse “*Acuerdo administrativo*”) en el caso del CMISS se difieren muchas cuestiones del mismo a lo que se establezca en el “Acuerdo de aplicación”. En la VII Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de la Seguridad Social, celebrada en Lisboa, en septiembre de 2009, se aprobó el texto del Acuerdo de aplicación del CMISS, que fue elevado a la XIX Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en la ciudad de Estoril (Portugal) quien acordó, entre otros aspectos, dar seguimiento al proceso de ratificación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, a fin de permitir su entrada en vigor y la firma del respectivo Acuerdo de Aplicación, cuyo texto fue aprobado en la VII Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social.

⁵De acuerdo al artículo 31 del CMISS, el mismo entraría en vigor el día primero del tercer mes siguiente a la fecha en que se haya depositado el instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, produciendo efectos entre los correspondientes Estados, una vez que el Acuerdo de aplicación de aquél sea suscrito por los mismos. El CMISS y su Acuerdo de aplicación entraron en vigor el 1 de mayo de 2011, si bien esa vigencia ha sido diferente en el tiempo, en función del depósito en la Secretaría General Iberoamericana de Seguridad Social (SEGIB). La situación actual en la aplicación del CMISS es la siguiente (según la información suministrada por la propia Organización Iberoamericana de Seguridad Social -OISS- a través de su página web –www.oiss.org).

depende de las Administraciones de los Estados a los que se aplican aquéllos, Administraciones que pueden ser (y de hecho lo son) muy diferentes en cuanto a su composición, sus reglas de actuación o las propias disposiciones de Seguridad Social que han de ser puestas en común. De ahí que, cuando los instrumentos internacionales de Seguridad Social tienen un componente “multilateral” por ser más de dos sistemas de Seguridad Social los que han de ponerse en común, y provienen de la actuación de Organizaciones internacionales, suele ser frecuente la creación de “Comités ad hoc” que tienen como finalidad la de establecer, en el seno de los mismos, determinadas reglas de aplicación (en base a las propias competencias que se le otorgan en el Convenio de Seguridad Social), con el objetivo básico de que la actuación de las diferentes Administraciones de la Seguridad Social apliquen unos criterios o unos documentos de enlace entre los diferentes Órganos y Unidades de Seguridad Social, que puedan “llevar a buen puerto” los objetivos prefijados en aquéllos.

Así, por ejemplo, en el ámbito de los Reglamentos de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea (así como del Espacio Económico Europeo y de Suiza)⁶, se prevé la constitución y funcionamiento de la “Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social”⁷,

<i>Estado</i>	<i>Firma CMISS</i>	<i>Ratificación CMISS</i>	<i>Depósito CMISS</i>	<i>Firma Acuerdo</i>	<i>Aplicación efectiva CMISS</i>
<i>Argentina</i>	10/11/2007	09/07/2010	31/05/2010	31/05/2016	01/08/2016
<i>Bolivia</i>	10/11/2007	08/11/2010	02/02/2011	18/04/2011	01/05/2011
<i>Brasil</i>	10/11/2007	30/10/2009	11/12/2009	19/05/2011	19/05/2011
<i>Chile</i>	10/11/2007	18/11/2009	30/11/2009	01/09/2011	01/09/2011
<i>Colombia</i>	26/11/2007				
<i>Costa Rica</i>	10/11/2007				
<i>Ecuador</i>	07/04/2008	31/08/2009	04/11/2009	20/06/2011	20/06/2011
<i>El Salvador</i>	10/11/2007	29/05/2008	04/09/2008	17/11/2012	17/11/2012
<i>España</i>	10/11/2007	05/02/2010	12/02/2010	13/10/2019	01/05/2011
<i>Paraguay</i>	10/11/2007	15/12/2010	09/02/2011	28/10/2011	28/10/2011
<i>Perú</i>	10/11/2007	12/09/2014	30/01/2014	20.10.2016	20.10.2016
<i>Portugal</i>	10/11/2007	27/10/2010	22/12/2010	19/03/2014	21/07/2014
<i>R Dominicana</i>	07/10/2011				
<i>Uruguay</i>	10/11/2007	24/05/2011	26/07/2011	26/07/2011	01/10/2011
<i>Venezuela</i>	19/11/2007	16/02/2009			

⁶Los Reglamentos 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social y 98/2009, 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 coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Un estudio relacionado con un análisis comparado de los Reglamentos comunitarios de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social y el CMISS, en García de Cortázar, C.: “La dimensión externa de las normas de coordinación europea de Seguridad Social. El Reglamento 883/04 y el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. N° extraordinario. 2011 y “El Reglamento 883/04 y el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Encuentros en el Camino”. Disponible en la página web de la OISS (www.oiss.org/IMG/oiss_junio_zufiaur_docx_hot_24.junio.ULTIMA-3.pdf)

⁷Título IV del Reglamento (CE) 883/2004. La Comisión Administrativa cuenta con el apoyo del “Comité Consultivo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social”, compuesto, para cada uno de los Estados miembros, de: un representante del Gobierno; un representante de las organizaciones sindicales de trabajadores y un representante de las organizaciones empresariales, órgano que está facultado para examinar las cuestiones generales o de principio y los problemas que plantee la aplicación de las

integrada por un representante del Gobierno de cada uno de los Estados miembros, asistido, cuando sea necesario, por consejeros técnicos, asignándole, entre otras, las funciones de resolver todas las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas de los Reglamentos, promover y desarrollar la colaboración entre los Estados miembros y sus instituciones en materia de seguridad social, fomentar en todo lo posible el uso de las nuevas tecnologías para facilitar la libre circulación de personas, en particular mediante la modernización de los procedimientos necesarios para el intercambio de información y la adaptación a los intercambios electrónicos, o presentar a la Comisión de las Comunidades Europeas propuestas en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social⁸.

Esta misma preocupación está presente en el CMISS⁹, en el que se recoge la creación de un “Comité Técnico”, compuesto por representantes de todos los Estados para los que esté en vigor el CMISS (artículo 23), Comité al que se atribuyen las funciones establecidas de forma expresa en la norma internacional (artículo 24).

II. COMPOSICIÓN DEL COMITÉ TÉCNICO ADMINISTRATIVO DEL CMISS

De acuerdo a las previsiones del artículo 23 CMISS, el Comité Técnico Administrativo pasa a estar integrado por un representante del Gobierno de cada uno de los Estados Parte, asistido, cuando sea necesario, por consejeros técnicos.

El funcionamiento del Comité se difiere a lo que se establezca en los correspondientes Estatutos, establecidos de común acuerdo entre los miembros del CMISS, señalándose que las decisiones sobre las cuestiones de interpretación han de ser adoptadas de acuerdo con lo que se establezca en el Acuerdo de Aplicación del CMISS.

Las previsiones del CMISS se completan con las reflejadas en los artículos 30 y 31 del Acuerdo de Aplicación en la forma siguiente:

a) El Comité Técnico Administrativo ha de proceder a resolver las cuestiones administrativas o de interpretación que sean necesarias para la aplicación del CMISS y que le sean sometidas por las Autoridades Competentes de los Estados Parte.

disposiciones comunitarias en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social, así como para emitir dictámenes sobre la misma materia, destinados a la Comisión Administrativa.

⁸En el ámbito de la OIT, funciona un Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, (integrado por juristas de reconocido prestigio y especialistas en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) y es el órgano encargado de examinar la aplicación en el país de un convenio ratificado.

A su vez, en el ámbito del Consejo de Europa, el Comité Europeo de Derechos Sociales (formado por 13 expertos independientes nombrados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa por un periodo de seis años) tiene como finalidad –artículo 25 de la Carta Social Europea- vigilar el cumplimiento, por parte de los Estados, de los derechos sociales contenidas en aquélla.

⁹Respecto de la redacción del CMISS se ha destacado que el mismo supera al Reglamento 883/2003, ya que mientras éste último sigue resultando farragoso y bizantino, a pesar de los intentos de simplificación, el Convenio Multilateral se caracteriza por su claridad y concisión, lo que sin duda facilitará su aplicación por los operadores jurídicos. 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; p. 206.

b) La resolución de las cuestiones administrativas o de interpretación adoptarán la forma de “Decisiones del Comité Técnico Administrativo”, para cuya adopción se precisa la unanimidad de los miembros del Comité.

No obstante, las decisiones del Comité pueden ser adoptadas por la mayoría absoluta de sus miembros, si bien, en tales supuestos, los Estados Parte cuyos representantes en el Comité no aprueben la decisión, pueden efectuar reserva sobre la no aplicación de aquélla en su territorio¹⁰.

Como se desprende de la regulación del Comité, el mismo tiene una doble naturaleza: de una parte, se trata de un “órgano político”, en cuanto que se configura con la representación de los Estados Parte del CMISS (conforme al artículo 23 del CMISS, el Comité está integrado por un representante del Gobierno de cada Estado Parte, más los consejeros técnicos que cada uno estime necesarios); pero, a su vez, es un órgano especializado a quien se le encomienda la tarea de centralizar la aplicación del Convenio, así como otras relacionadas con la promoción de la colaboración entre tales Estados (así como las instituciones relacionadas con la Seguridad Social), en orden a la investigación y al intercambio de información y experiencias, poniendo especial énfasis en el fomento de la utilización de las nuevas tecnologías y la modernización de los procedimientos, a través de los intercambios electrónico y telemáticos.

2.2. Respecto del funcionamiento del CMISS, el mismo prevé que sea el propio Comité quien apruebe sus Estatutos, los cuales fueron aprobados en la 1ª reunión del Comité¹¹, en los que se prevé:

a) En relación con la composición del Comité, el artículo 3º de los Estatutos prevé que son los Gobiernos de los Estados Parte quienes designan a los miembros titulares en el Comité, así como a los miembros suplentes (que sustituyen, en su caso, al miembro titular), aunque tanto unos como otros pueden asistir, de forma simultánea, a las reuniones del Comité.

Además, cuando la complejidad de los asuntos a tratar así lo aconseje, el miembro titular en el Comité puede ser acompañado a las reuniones del mismo por uno o más consejeros técnicos, con la única limitación de que cada delegación nacional no puede tener una composición superior a cuatro miembros.

b) Como órganos especializados, el Comité Técnico Administrativo puede crear órganos más especializados o Comisiones, en orden al tratamiento de aquellas

¹⁰Vidal Amaral, A.F.; “Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. VII Premio OISS. OISS Julio 2012. Disponible en la página web de la OISS <http://www.oiss.org/VII-Premio-OISS-Estudio-sobre-el.html>

¹¹Celebrada en la ciudad de Montevideo (Uruguay), el día 7 de marzo de 2012. En la misma, tras la declaración de la “*constitución del propio Comité Técnico Administrativo previsto en el artículo 23 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*”, se procedió a la aprobación del Estatutos del citado Comité, en base a la propuesta formulada desde la Secretaría General de la OISS, con las modificaciones, observaciones y sugerencias realizadas por las Autoridades competentes de los Estados Parte del CMISS-. El acta de la 1ª reunión del Comité, así como los Estatutos del mismo, pueden consultarse en la página web de la OISS (<http://www.oiss.org/-Comite-Tecnico-Administrativo-.html>).

cuestiones que por su especialización lo aconsejen, teniendo en cuentas las siguientes particularidades¹²:

-La creación de las Comisiones ha de ser acordada por decisión del Comité, al que corresponde establecer los temas a tratar, la composición y el calendario de sus reuniones.

-Las Comisiones que se creen cuentan con el apoyo técnico de la Secretaría General de la OISS.

-En todo caso, los acuerdos que adopten las Comisiones han de ser elevados al Comité Técnico a través de la Presidencia del mismo, a efectos de su inclusión en el orden del día de la siguiente sesión que se celebre, en la que son analizados y, en su caso, aprobados como Decisión del Comité Técnico Administrativo.

-Las Presidencias de las Comisiones son asumidas por los representantes del Estado Parte que asuma la Presidencia del Comité¹³.

-A fecha de hoy, han sido designadas tres Comisiones en el seno del Comité como son la Comisión Jurídica, la Comisión de Gestión y la Comisión de Informática¹⁴, las cuales han celebrado cada una de ellas 3 reuniones¹⁵.

c) El Comité no tiene una sede fija, por cuanto que el artículo cuatro de los Estatutos dispone que será sede del Comité el Estado Parte que ostente la presidencia del mismo en cada período, presidencia que se ejerce por los representantes de los Estados Parte por periodos anuales, en orden alfabético rotatorio¹⁶.

Conforme a las previsiones del artículo 13º de los propios Estatutos, los mismos se depositan en la Secretaría General Iberoamericana, a través de la Secretaría General de la OISS, y comenzaron a aplicarse en la primera reunión del Comité a celebrar después de la de su adopción, es decir, en la II Reunión del mismo, celebrada en la ciudad de Montevideo (Uruguay), los días 27 y 28 de noviembre de 2012.

¹²Artículo 5º de los Estatutos del Comité Técnico-Administrativo.

¹³De acuerdo con la decisión adoptada por el Comité Técnico Administrativo, en su V reunión, celebrada en la ciudad de Sao Paulo (Brasil) el día 5 de junio de 2014.

¹⁴Las tres Comisiones fueron adoptadas por Decisión del Comité Técnico Administrativo en su IV reunión, celebrada en Tarija (Bolivia), los días 7 y 8 de noviembre de 2013.

¹⁵En el seno de la II reunión de la Comisión Jurídica del CMISS (celebrada en la ciudad de Brasilia-Brasil), se acordó la constitución y puesta en marcha de un “Foro de Debate” sobre el Convenio. El Foro se instala en la página web de la OISS (www.oiss.org).

¹⁶Artículo sexto de los Estatutos. Conforme al mismo, son funciones propias de la Presidencia del Comité Técnico Administrativo del CMISS las de proceder a la convocatoria de las reuniones; fijar el orden del día de las reuniones; dirigir los debates y someter a votación las propuestas; firmar los documentos del Comité Técnico Administrativo, remitiendo los mismos a la Secretaría General Iberoamericana, a través de la Secretaría General de la OISS, a efectos de su registro y custodia; y, por último, notificar a la Secretaría General de la OISS las decisiones adoptadas por el Comité Técnico Administrativo, a efectos de su remisión a los Gobiernos y organismos correspondientes de los Estados Parte, para su ejecución y aplicación.

La Presidencia del Comité Técnico Administrativo está apoyada por la Secretaría del mismo, función llevada a cabo por la Secretaría General de la OISS¹⁷, con las funciones que se señalan en el artículo 7º de los Estatutos de aquél¹⁸.

d) En relación con las reuniones del Comité, con carácter ordinario el mismo se ha de reunir una vez al año, mediante convocatoria de la Presidencia, a través de la Secretaría, acompañando el orden del día y el acta de la reunión anterior. No obstante, el Comité puede reunirse con carácter extraordinario, cuando lo soliciten, al menos, la mitad de sus miembros, en cuyo caso en la solicitud de la reunión ha de figurar el motivo de la misma, así como las razones que justifiquen, a juicio de los solicitantes, no demorar la reunión a la sesión ordinaria correspondiente¹⁹.

De otra parte, el artículo noveno de los Estatutos regula de forma detallada la forma de celebrar las sesiones del Comité²⁰.

En todo caso, de las reuniones del Comité ha de levantarse la correspondiente acta, firmada por el Presidente del mismo y por los representantes de los Estados Parte asistentes a la reunión. El Presidente del Comité ha de enviar, a través de la Secretaría General de la OISS, copia del acta a los miembros titulares del mismo y a las Autoridades competentes de los Estados Parte²¹.

¹⁷Artículo 31.4 de los Estatutos del Comité Técnico Administrativo.

¹⁸Funciones entre las que se encuentran las de efectuar las convocatorias del Comité, por indicación de la Presidencia del mismo; recibir y tramitar las modificaciones, petición de datos, ratificaciones o cualquier otra comunicación de los miembros del Comité dirigidos a éste, a la Presidencia o a la propia Secretaría; preparar, conjuntamente con el Presidente, los despachos y órdenes del día de las reuniones del Comité; redactar y autorizar las actas del Comité; expedir las certificaciones de los documentos y acuerdos adoptados y prestar apoyo técnico y administrativo al Comité.

¹⁹El artículo 8º de los Estatutos prevé la posibilidad de que se acuerden otros mecanismos de celebración de reuniones del Comité, en especial a través del empleo de las nuevas tecnologías de comunicación, de modo que puedan celebrarse las mismas sin la presencia de los asistentes en un mismo lugar físico.

²⁰Respecto del desarrollo de las sesiones del Comité, el artículo 9º de los Estatutos prevé que el orden provisional de cada una de las reuniones del Comité Técnico Administrativo será el establecido por el Presidente del mismo, conjuntamente con la Secretaría, siendo remitido por esta, junto con la convocatoria de la reunión, a los miembros titulares del Comité, con una antelación de 15 días antes del inicio de la reunión, debiendo acompañarse con la convocatoria la documentación correspondiente, en la medida en que esté disponible.

²¹Hasta la fecha, el Comité ha celebrado las siguientes reuniones:

- 1ª reunión, celebrada en Montevideo (Uruguay), el día 7 de marzo de 2012.
- 2ª reunión, celebrada en Montevideo (Uruguay), los días 27 y 28 de noviembre de 2012.
- 3ª reunión, celebrada en Montevideo (Uruguay) los días 7 y 8 de marzo de 2013.
- 4ª reunión, celebrada en Tarija (Bolivia) los días 7 y 8 de noviembre de 2013.
- 5ª reunión, celebrada en Sao Paulo (Brasil) el día 5 de junio de 2014
- 6ª reunión, celebrada en Brasilia (Brasil) el día 11 de diciembre de 2014.
- 7ª reunión, celebrada en Santiago (Chile) el día 9 de julio de 2015.

d) Frente a lo que sucede con otros Organismos técnicos, establecidos para la aplicación de un instrumento internacional de Seguridad Social²², el Comité Técnico Administrativo del CMISS no tiene una estructura fija, ni dispone de un presupuesto para atender sus gastos de funcionamiento, ya que los mismos son asumidos por el Estado Parte que asuma la Presidencia de dichos órganos, mientras que los gastos de traslado y estancia de los miembros titulares y suplentes del Comité en relación con las reuniones (así como de los consejeros técnicos que puedan integrar parte de las delegaciones nacionales) se sufragan, conforme a la legislación que apliquen, por las instituciones de los Estados Parte a los que representan tales miembros o los asesores²³.

III. FUNCIONES DEL COMITÉ TÉCNICO ADMINISTRATIVO.

Respecto de las funciones atribuidas al Comité, hay que diferenciar entre aquellas de contenido específico, recogidas en algún artículo del CMISS o de su Acuerdo de Aplicación, de otras que se regulan de forma genérica.

A. Dentro de las primeras cabe destacar las siguientes:

- a) La recepción de la comunicación de los Estados Partes del CMISS, en los casos que, de forma bilateral, amplíen la lista de actividades sujetas a las reglas especiales sobre legislación aplicable (artículo 10.b Convenio. “Reglas especiales de aplicación legislación”)²⁴.
- b) La aprobación, a propuesta de la Secretaría General de la OISS²⁵ o de los representantes de los Estados Parte²⁶, de los modelos de documentos necesarios para la aplicación del CMISS y su Acuerdo (artº 3 del Acuerdo de Aplicación).

²²Como puede ser el caso del Comité de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el marco de la Unión Europea.

²³Artículo 12º de los Estatutos del Comité Técnico Administrativo.

- a) La Presidencia del Comité, conjuntamente con la Secretaría del mismo, acuerdan el orden provisional de la reunión del Comité, que, junto con la convocatoria y, en su caso, la documentación respectiva, se ha de remitir a los miembros del mismo, con una antelación de 15 días, a través de medios informáticos y telemáticos, con copia de la convocatoria a las Autoridades competentes.
- b) En el orden provisional se han de recoger las cuestiones que hayan sido solicitadas por alguno de los miembros del Comité o por la Secretaría de la OISS, siempre que la comunicación haya llegado a la Presidencia o a la Secretaría con un plazo mínimo de los 30 días anteriores a la celebración de la reunión.
- c) Al inicio de cada sesión, se puede modificar el orden del día provisionalmente adoptado, por acuerdo de los miembros del Comité presentes en la reunión.

²⁴De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del CMISS.

²⁵El apartado 4 del artículo 3 del Acuerdo de Aplicación del CMISS prevé que por la Secretaría General de la OISS se elaboren las propuestas de documentos y formularios de enlace necesarios para la aplicación del Convenio y del Acuerdo.

²⁶Precisión incorporada por el artículo 2º. 6 de los Estatutos del Comité Técnico Administrativo.

- c) El establecimiento y aprobación, a propuesta de la Secretaría General de la OISS y previo informe de los Organismos de Enlace de los Estados Parte del Convenio, de los formularios de enlace necesarios para la aplicación de las normas de coordinación²⁷.
- d) La aprobación de los documentos de solicitud (artículo 17.1 del Acuerdo) en un formato básico, sin perjuicio de que en su aplicación puedan acompañarse documentos adicionales según corresponda. Para ello, el Comité Técnico ha de adoptar los mecanismos de homogeneización y coordinación necesarios entre los Estados Parte.

En relación con esta función, así como la reflejada en el apartado c) anterior, los Estatutos del Comité²⁸ prevén, como función del Comité, la adopción de los mecanismos de armonización y coordinación necesarios entre los Estados Parte para la aplicación de los formularios de enlace y de solicitud, aprobados en formato básico.

- e) La adopción, previo informe de los correspondientes Organismos de Enlace, de las decisiones respecto de la transmisión de los documentos entre las instituciones se efectúen, si bien la obligación de transmitir o recibir los documentos exclusivamente por los medios indicados únicamente afecta a los Organismos de Enlace e Instituciones Competentes de los Estados a los que sea de aplicación la decisión adoptada, a tal efecto, por el Comité Técnico administrativo artículo 4.2. del Acuerdo de Aplicación²⁹.

²⁷ De acuerdo a las previsiones del artículo 3 del Acuerdo, los formularios de enlace, una vez aprobados, han de ser utilizados por las Instituciones Competentes y los Organismos de Enlace para comunicarse entre sí, en la aplicación del CMISS.

²⁸ Artículo 2º.8.

²⁹ Conforme a las previsiones del apartado 1 del artículo 4 del Acuerdo, los documentos o formularios de enlace pueden ser transmitidos entre las Instituciones Competentes o los Organismos de Enlace mediante papel o a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que exista un acuerdo entre las Autoridades Competentes o los Organismos de Enlace designados por las Autoridades Competentes del Estado Parte remitente y del Estado Parte receptor. Ambas formas de comunicación tendrán plena validez jurídica entre las instituciones que hagan uso de ellas.

En este ámbito, aunque no se ha llegado a una solución comúnmente aceptada, una de las experiencias a destacar parte de la utilización del sistema llamado “*Base Única de Seguridad Social del Mercosur*” (BUSS), por el cual se realizan las solicitudes de prestaciones por aplicación del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR.

De igual modo, en la “actualización” de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados de la Unión Europea, una de las novedades más significativas fue la creación de la red de “*Intercambios de Información en materia de Seguridad Social*”(EESSI), cuya responsabilidad recae en la Comisión Europea, en orden a poner en marcha una infraestructura de tecnologías de la información, que ha de actuar como una especie de “puente”, para que se pueda intercambiar con seguridad la información de los sistemas nacionales. Aunque la red EESSI debía estar operativa el 1 de mayo de 2012, en la actualidad sigue sin estar en funcionamiento pleno.

B. En relación a las competencias y funciones “genéricas”, el artículo 24 del CMISS (con las precisiones que recoge el artículo 2º de los Estatutos) establece las siguientes³⁰:

- a) Posibilitar la aplicación uniforme del Convenio, en particular fomentando el intercambio de experiencias y de las mejores prácticas administrativas³¹.
- b) Resolver las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas del presente Convenio o del Acuerdo de Aplicación del mismo, y que sean sometidas por las Autoridades competentes de los Estados Parte.
- c) Promover y desarrollar la colaboración entre los Estados Parte y sus instituciones en materia de seguridad social, especialmente para facilitar la realización de acciones encaminadas a la cooperación transfronteriza en el ámbito de la coordinación de los sistemas de seguridad social.
- d) Fomentar el uso de las nuevas tecnologías, en particular mediante la modernización de los procedimientos necesarios para el intercambio de información y la adaptación a los intercambios electrónicos del flujo de informaciones entre las Instituciones Competentes.
- e) Ejercer cualquier otra función que forme parte de sus competencias en virtud del presente Convenio y del Acuerdo de Aplicación, o de todo convenio o acuerdo que pudiere celebrarse dentro del marco de dichos instrumentos.
- f) Por último, en los Estatutos³² se encomienda al Comité la labor de divulgar los cambios en la legislación de los Estados Parte, conforme a las previsiones del artículo 20 del Convenio³³.

IV. LOS ACUERDOS DEL COMITÉ TÉCNICO ADMINISTRATIVO DEL CMISS

Conforme a las previsiones del artículo 31 del Acuerdo de Aplicación del CMISS, el Comité Técnico Administrativo, en desarrollo de las funciones que le están encomendadas, ha de resolver las cuestiones administrativas, así como las de interpretación, que sean necesarias para una mejor aplicación del CMISS o del Acuerdo,

³⁰Si se analizan las funciones del Comité Técnico Administrativo del CMISS, con las que se recogen para la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el marco de la UE (Título IV del Reglamento 883/2004 y Estatutos de la misma), se observan fuertes similitudes, en línea con las que se establecen entre el propio contenido del CMISS y el Reglamento 883/2004.

³¹En relación con ello, desde la Secretaría General de la OISS se han elaborado, y sometido a la consideración del Comité Técnico Administrativo, diversas publicaciones en relación con el CMISS y su acuerdo de aplicación, como son un “Folleto de divulgación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” y una “Guía de tramitación”. Ambos documentos están disponibles en la página web de la OISS (www.oiss.org).

³²Artículo 2º.11.

³³Conforme al mismo, las Autoridades competentes de los Estados Parte han de comunicar la información relacionada con las medidas adoptadas para la aplicación del Convenio, así como las modificaciones de sus respectivas legislaciones que puedan afectar a la aplicación del Convenio.

y que sean sometidas a su consideración por las autoridades competentes de los Estados Parte.

Las resoluciones que tome el Comité adoptan la forma de “Decisiones del Comité Técnico Administrativo”, decisiones que, como regla general, se han de adoptar por unanimidad de todos los miembros presentes en la reunión de dicho órgano³⁴, aunque también se prevé que puedan adoptarse decisiones por el voto favorable de la mayoría absoluta del mismo, considerándose que existe mayoría absoluta cuando el voto correspondiente represente a la mitad más uno de todos los miembros del Comité Técnico Administrativo.

No obstante, en este caso los Estados Parte cuyos representantes en el Comité no aprueben la decisión pueden efectuar reserva sobre la no aplicación de aquélla en su territorio, a cuyo fin³⁵, cuando algún miembro del Comité no apruebe la correspondiente decisión ha de manifestar si su voto negativo supone reserva para la no aplicación de la misma en el territorio del Estado al que representa, reserva que ha de ser confirmada por escrito en un plazo no superior a los 30 días siguientes a la fecha en que fue adoptada la respectiva decisión.

Dadas las funciones encomendadas al Comité Técnico Administrativo, uno de las primeras cuestiones a plantearse en el seno del mismo fue la elaboración de formularios de enlace que recogiesen todos los elementos necesarios para la comunicación entre las instituciones competentes, así como todos los datos exigidos por los Estados donde se encuentre en vigor el Convenio. En la fecha de terminación de este trabajo, el Comité Técnico Administrativo ha ido adoptando varias decisiones en relación con las cuestiones de aplicación e interpretación, que han sido debatidas en las reuniones del mismo, siendo las de mayor importancia las consistentes en la adopción de los diferentes formularios y documentos de solicitudes en la aplicación del CMISS y/o de su Acuerdo, formularios que se indican en el cuadro siguiente:

Nombre ³⁶	Finalidad del documento
IBERO-1 ³⁷	Formulario de solicitud (Artículo 21.3 del CMISS y 16 del Acuerdo de Aplicación)
IBERO-2	Formulario de enlace (Artículos 19, 20 y 21 del Acuerdo de Aplicación)

³⁴Artículo 31 del Acuerdo de Aplicación del CMISS y artículo décimo de los Estatutos del Comité.

³⁵Artículo 10.3 de los Estatutos del Comité Técnico Administrativo.

³⁶En la II Reunión del Comité Técnico Administrativo, celebrada en Montevideo (27/28 noviembre 2012) se decidió por unanimidad que los formularios tuviesen la denominación “IBERO-N”, con la numeración en función de la aprobación de cada uno de ellos.

³⁷Los formularios “IBERO-1” a “IBERO-7” fueron aprobados por Decisión del Comité Técnico Administrativo, adoptada en la III Reunión del mismo, celebrada en la ciudad de Montevideo, los días 7/8 de marzo de 2013.

IBERO-3	Certificado de desplazamiento temporal. Trabajadores que ejercen una actividad por cuenta ajena o dependiente (Apartado a del artículo 10 CMISS y artículo 7 del Acuerdo)
IBERO-4	Certificado de desplazamiento temporal. Trabajadores que ejercen una actividad por cuenta propia o no dependiente. (Apartado b) del Artículo 10 CMISS y artículo 8 del Acuerdo)
IBERO-5	Certificado de prórroga de desplazamiento temporal Trabajadores que ejercen una actividad por cuenta ajena o dependiente (Apartado a) del artículo 10 del Convenio y artículo 7 del Acuerdo)
IBERO-6	Certificado de opción sobre legislación aplicable. Personal de Misiones diplomáticas y Oficinas consulares. (Apartado i) del artículo 10 del Convenio y artículo 9 del Acuerdo)
IBERO-7	Certificado sobre legislación aplicable Certificado sobre Personal enviado en misiones de cooperación (Apartado J) del artículo 10 del Convenio y artículo 10 del Acuerdo)
IBERO-8 ³⁸	Informe médico de invalidez (Artículo 20 del Acuerdo de Aplicación)
IBERO-9 ³⁹	Formulario de actualización de datos.
IBERO-10	Formulario de solicitud de retención de prestaciones indebidas (Artículo 26.2 del Acuerdo de Aplicación).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Sin duda la entrada en vigor del CMISS y de su Acuerdo de Aplicación han supuesto un importante avance en orden al reconocimiento de los derechos de Seguridad Social, concretados en los correspondientes a pensiones, de las personas que, en razón de su trabajo o actividad, se desplazan a varios países, acreditando períodos de empleo, seguro o cotización en dos o más sistemas de Seguridad Social de los Estados que conforman la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Ahora bien, el ejercicio y el reconocimiento de tales derechos en la realidad de cada día precisa de un funcionamiento correcto y coordinado de las instituciones gestoras de la Seguridad Social, en el marco de la denominada “colaboración administrativa”, que constituye uno de los cinco principios básicos presentes en cualquier instrumento internacional de Seguridad Social, tenga éste carácter bilateral o multilateral.

³⁸Los formularios “IBERO-8” e “IBERO-9” fueron aprobados en la IV Reunión del Comité TÉCNICO Administrativo, celebrada en Tarija (Bolivia), los días 7/8 de noviembre de 2013.

³⁹El formulario “IBERO-9” fue aprobado en la V Reunión del Comité, celebrada el 5 de junio de 2014, en Sao Paulo (Brasil).

Y para una correcta aplicación de las normas del CMISS, y una actuación debidamente coordinada de las autoridades competentes, organismos de enlace e instituciones competentes de los distintos Estados para los que ya está vigente el CMISS (así como para los que se incorporen en un futuro próximo), la actuación de un órgano técnico y especializado, como es el Comité Técnico de aquél, resulta imprescindible, por cuanto no sólo está sirviendo para la aprobación de los distintos formularios y demás documentación reflejados en el Acuerdo de Aplicación del Convenio, sino también para ir resolviendo dudas y fijando posiciones comunes en la interpretación de los artículos y disposiciones de ambos instrumentos internacionales de Seguridad Social (el CMISS y su Acuerdo de aplicación)⁴⁰.

⁴⁰En la página web de la OISS (www.oiss.org/Catalogo-de-Decisiones-del-Comite.html) está disponible el Catálogo de Decisiones del Comité Técnico Administrativo del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

ARTÍCULO 25

“Disposición Transitoria

1. La aplicación del presente Convenio otorgará derecho a prestaciones por contingencias acaecidas con anterioridad a la fecha de su vigencia. No obstante, el pago de las mismas tendrá únicamente los efectos retroactivos previstos en la legislación del Estado Parte que las reconozca y no se realizará por períodos anteriores a la entrada en vigor del Convenio.

Las prestaciones que hayan sido denegadas o reconocidas por uno o varios Estados Parte antes de la entrada en vigor del presente Convenio, podrán ser revisadas al amparo del mismo, a petición del interesado. El derecho se adquirirá desde la fecha de la solicitud, salvo disposición más favorable del Estado Parte que lo revise. No se revisarán las prestaciones abonadas que hayan consistido en una cantidad única.

2. Todo período de seguro, cotización o empleo, acreditado bajo la legislación de un Estado Parte antes de la fecha de aplicación del presente Convenio en el Estado Parte interesado, se tomará en cuenta para la determinación de los derechos originados conforme al presente Convenio”.

DAVID CARVALHO MARTINS

Profesor Invitado

Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa (Portugal)

SUMÁRIO

As regras relativas à aplicação da Convenção no tempo estão consagradas no artigo 25.º. No essencial, a Convenção não se aplica apenas a prestações por eventualidades futuras, mas também a prestações por eventualidades ocorridas antes da sua entrada em vigor. Todavia, a retroatividade tem efeitos restritos. Por outro lado, a determinação dos direitos decorrentes da Convenção deve ter em conta todos os períodos de seguro, de contribuição ou de emprego cumprido antes da sua entrada em vigor. Este artigo refere-se, ainda, à possibilidade de uma revisão de decisões anteriores.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicação da lei no tempo, entrada em vigor, retroatividade, eficácia *ex nunc*, segurança social.

RESUMEN

Las reglas sobre la aplicación del Convenio en el tiempo están enunciadas en su artículo 25. En lo esencial, el Convenio no se aplica solo a prestaciones por contingencias futuras, sino también a prestaciones por contingencias acaecidas anteriores a su entrada en vigor. Sin embargo, la retroactividad tiene efectos limitados. Por otro lado, la determinación de los derechos originados por el Convenio debe tener en cuenta todo período de seguro, cotización o empleo anterior a su entrada en vigor. Este artículo también se refiere a la posibilidad de revisión de decisiones anteriores.

PALABRAS CLAVE: Aplicación de la ley en el tiempo, entrada en vigor, retroactividad, eficacia *ex nunc*, Seguridad Social.

ABSTRACT

The rules on the application of the Convention “ratione temporis” are set out in Article 25. In a few lines, the Convention applies not only to benefits for future contingencies, but also to benefits for contingencies that occurred prior to its entry into force. Still, retroactivity has limited effects. On the other hand, the determination of rights originated by the Convention must consider any period of insurance, contribution or employment prior to its entry into force. This article also refers to the possibility of reviewing previous decisions.

KEYWORDS: Application of the Convention “ratione temporis”, entry into force, retroactivity, effectiveness, Social Security.

SUMARIO

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

II. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

III. SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHOS EN VÍAS DE ADQUISICIÓN

IV. LA INFLUENCIA DEL REGLAMENTO 883/2004

V. CONCLUSIONES

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

El ámbito de aplicación de un tratado internacional se basa en cuatro elementos: (i) subjetivo (las partes contratantes); (ii) material (el contenido); (iii) territorial (el espacio geográfico); y (iv) temporal¹. El artículo 25 es una regla de derecho inter-temporal que busca solucionar el potencial conflicto de reglas resultante de la sucesión en el tiempo de regímenes legales. De hecho, regula la aplicación transitoria del Convenio.

II. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena)²- la cual no tiene eficacia retroactiva (artículo 4) en homenaje al principio de seguridad jurídica³-establece la irretroactividad de los tratados (artículo 28): éstos no deben producir efectos jurídicos o ser aplicables a las partes antes de su entrada en vigor⁴.

Por lo tanto, en general, los tratados o convenios tienen eficacia *ex nunc*: son aplicables a las situaciones, los hechos y los actos jurídicos que se produzcan después de su entrada en vigor; pero no a aquéllos que han ocurrido antes de ese momento⁵. En la práctica, las situaciones, hechos o actos jurídicos deben decidirse de acuerdo con las reglas en vigor en el momento de su verificación; la irretroactividad es, así, un principio general de Derecho Internacional y un supuesto esencial de la legalidad⁶. Debe señalarse que, sin embargo, no es cuestión pacífica si la irretroactividad es una costumbre internacional o un principio general de Derecho⁷.

El principio de irretroactividad significa que el nuevo tratado no es aplicable a los hechos acaecidos en el pasado, pero regula los hechos en desarrollo o pendientes en el momento de su entrada en vigor, así como a los futuros⁸.

De conformidad con el artículo 28 de la Convención de Viena, los Estados contratantes pueden determinar la eficacia retroactiva del tratado en su globalidad o de algunas de sus disposiciones. La retroactividad puede ser (i) expresamente incluida en el tratado, (ii) resultar de la interpretación del tratado (artículo 31.1 de la Convención de Viena) o

¹Cfr. Odendahl K.; en: Dörr y Odenhal; Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary. Springer, Berlin Heidelberg, 2012, p.477. De Oliveira Mazzuoli V.; The Law of Treaties: a Comprehensive Study of the 1969 Vienna Convention and Beyond. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 199.

²Cfr. <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf> (último acceso en 30.11.2016).

³Cfr. Odendahl K.; en: Dörr y Odenhal; Vienna Convention on the Law of Treaties. Op. cit., p. 478.

⁴Ibidem, p. 482.

⁵Ibidem, p. 483.

⁶Ibidem, p. 86.

⁷Ibidem, pp. 478-479.

⁸Ibidem, p. 485.

(iii) derivar de la naturaleza del tratado⁹. El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social ha optado por la vía expresa.

III. SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHOS EN VÍAS DE ADQUISICIÓN

En materia de Seguridad Social, los derechos a prestaciones se basan en la conjunción de hechos y actos jurídicos que se devengan a lo largo de períodos temporales frecuentemente muy amplios (esto es típico de las prestaciones contributivas, a las cuales se les aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano¹⁰); son derechos de formación sucesiva. El Convenio Multilateral es aplicable naturalmente a los hechos posteriores a su entrada en vigor, pero también a los derechos en formación. El artículo 25 busca soluciones para los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores migrantes y de sus familias, pero sin modificar los sistemas nacionales, a través del mecanismo de la coordinación o articulación multilateral (quinto considerando del Convenio Multilateral).

IV. LA INFLUENCIA DEL REGLAMENTO 883/2004

Según SÁNCHEZ-RODAS, “resulta indudable que la redacción del articulado del Convenio Multilateral está inspirada en el Reglamento 883/2004”. En efecto, hay numerosos artículos del primero que literalmente copian preceptos del segundo¹¹. Así ocurre en este caso con relación al artículo 87 del Reglamento 883/2004¹².

La redacción del número 1, primer y segundo párrafo de la Disposición Transitoria del Convenio Multilateral refleja la influencia del artículo 87.1 y 87.3 del Reglamento 883/2004. El artículo 87.1 del citado Reglamento establece que no origina ningún derecho para un período anterior a la fecha de su aplicación. Pero el artículo 87.3 previene que, a reserva del apartado 1, se originará un derecho en virtud del presente Reglamento, aunque se refiera a una eventualidad anterior a la fecha de su aplicación en el Estado miembro interesado. Es decir, se considera que un derecho es adquirido bajo el Reglamento aún que se refiera a una eventualidad ocurrida antes de la fecha de su aplicación en un Estado miembro.

⁹Ibidem, pp. 480-481.

¹⁰Artículo 3º, apartados 1, 2 y 4 del Convenio. Cfr. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en VV.AA.; El Derecho del Trabajo en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral. Ediciones Laborum, Murcia, 2015, p. 187.

¹¹Ibidem, p. 183.

¹²El Reglamento de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social fue modificado por los Reglamentos 988/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.9.2009; Reglamento 1244/2010 de la Comisión, de 9.12.2010; Reglamento 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22.5.2012; Reglamento 1224/2012 de la Comisión, de 18.12.2012; Reglamento 517/2013 del Consejo, de 13.5.2013; Reglamento 1372/2013 de la Comisión, de 19.12.2013; y Reglamento 1368/2014 de la Comisión, de 17.12.2014.

Por su parte, el Convenio otorga derecho a prestaciones por contingencias acaecidas con anterioridad a la fecha de su vigencia, pero el pago de esas prestaciones tendrá únicamente los efectos retroactivos previstos en la legislación del Estado parte que las reconozca y no se realizará por períodos anteriores a la entrada en vigor del Convenio. La armonización es aquí muy limitada: los Estados parte quisieron reservar en la esfera de la soberanía nacional la definición del ámbito y alcance de la retroactividad. Lo que se puede comprender, teniendo en cuenta la imposibilidad de determinar *a priori* los importes que podrían ser debidos con soluciones multilaterales de retroactividad o bajo la decisión de otro Estado parte.

Los artículos 87.5 y 87.6 del Reglamento 883/2004 han influido también en el segundo párrafo del apartado nº1 de la Disposición Transitoria del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, porque se permite la revisión de las decisiones de denegación o de reconocimiento de prestaciones desde que el interesado presente su petición en ese sentido. Teniendo en cuenta que el procedimiento puede demorarse, sin que ello sea imputable al interesado, el Convenio establece que los efectos de esa revisión se producirán desde la fecha de la solicitud del interesado, salvo disposición más favorable del Estado Parte que lo revise. Así, la extensión de la revisión depende solamente de la diligencia del interesado a la hora de presentar su solicitud.

Esta regla está en línea con la eficacia *ex nunc*, porque no permite reconocer *ipso iure*, derechos y/o beneficios concedidos bajo el régimen anterior¹³, ni tampoco prestaciones denegadas.

Sin embargo, podrían ser ponderadas soluciones de retroactividad cuando las prestaciones hubieran sido denegadas o reconocidas por uno o varios Estados Parte antes de la entrada en vigor del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social.

En todo caso, el principio del Estado de Derecho y su subprincipio fundamental de la tutela de la confianza legítima protegen a los interesados contra la supresión injustificada de derechos y/o beneficios garantizados bajo el régimen anterior, máxime cuando se trata de contingencias que requieren un período temporal de carencia y aportaciones del beneficiario a través de sus cotizaciones, las cuales pueden ser pagadas por sí o por su empleador. Esto no significa aún que exista un principio de no retroceso social, pero al revés que cualquier modificación de situaciones jurídicas existentes debe ser debidamente justificada y respetar la tríplice vertiente del principio de la proporcionalidad: adecuación, necesidad y prohibición del exceso.

También es factible que el tratado internacional determinase la atribución de los derechos o, prudentemente, la revisión casuística de las situaciones de los beneficiarios con arreglo a la nueva regulación. El número 1, segundo párrafo, de la Disposición Transitoria sigue este último camino. Esta regla presupone que el beneficiario evaluará, de forma prudente y diligente, la mayor favorabilidad de las reglas.

¹³Cfr. Odendahl K.; en: Dörr y Odenhal; Vienna Convention on the Law of Treaties. Op. cit., pp. 86-87.

Por aplicación del principio de respeto por las situaciones jurídicas consolidadas, el apartado segundo in fine del número 1 de la Disposición Transitoria del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social determina que la revisión no se aplica a las prestaciones abonadas que hayan consistido en una cantidad única.

El apartado 2 de la Disposición Transitoria del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social obliga a computar los períodos de seguro, cotización o empleo acreditados bajo la legislación de un Estado Parte antes de la fecha de aplicación del Convenio en el Estado Parte interesado para la determinación de los derechos previstos en el Convenio Iberoamericano.

Y es que si se considerasen solamente las situaciones, hechos y actos jurídicos posteriores a su entrada en vigor, la efectividad del Convenio se quedaría para las “calendas griegas”, porque los derechos a prestaciones se basan en la conjugación de varios requisitos jurídicos que se producen durante largos períodos temporales.

V. CONCLUSIONES

Una nueva regulación que olvidase los hechos jurídicos (*lato sensu*) anteriores sería aplicable sólo para las generaciones futuras y, en una pequeña proporción, para los destinatarios actuales. Por eso hay que tener en cuenta que los efectos jurídicos previstos por el Convenio se pueden basar en hechos jurídicos duraderos o de formación sucesiva, total o parcialmente ocurridos en momento anterior a su fecha de entrada en vigor.

Recibido: 07.09.2016. Aceptado: 11.11.2016.

ARTÍCULO 26

“Las normas de aplicación del presente Convenio se fijarán en el Acuerdo de Aplicación correspondiente”.

GABRIELA MENDIZÁBAL BERMÚDEZ

Profesora-investigadora, titular C, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos en México, Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Posgraduada en Derecho y Globalización por la Universidad de Castilla La Mancha, España; Maestra y Doctora en Derecho por la Universidad de Viena en Austria. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México desde el año 2002. Vocal Internacional de la Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ‘Dr. Guillermo Cabanellas’ (AIJDTSSGC); Presidente del Colegio Estatal de Morelos de la Academia Mexicana de Derecho de la Seguridad Social, A.C. y Vicepresidente de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social, AC.

RESUMEN

El artículo 26 del Convenio Multilateral de Seguridad Social es un precepto bastante escueto, ya que únicamente hace hincapié en que “las normas de aplicación del presente convenio se fijarán en el Acuerdo de Aplicación correspondiente”. Por tanto, su análisis se deriva de la pauta que se da para que pueda coexistir con sus respectivas normas operacionales, conocidas como Acuerdo de Aplicación, en el que se establecen todas las bases del funcionamiento del Convenio Multilateral.

En el presente análisis se conceptualiza, por una parte, lo que es un Acuerdo de Aplicación. Por otra, se analiza la relación directa que tiene el artículo 26 con otros artículos del Convenio, así como con otros instrumentos internacionales.

PALABRAS CLAVE

Acuerdo de aplicación, Convención, Seguridad Social, ámbito personal, ámbito material.

ABSTRACT

Article 26 of the Multilateral Iberoamerican Agreement on Social Security is a rather short provision, since it only emphasizes that “the rules of application of this Convention shall be laid down in the corresponding implementing agreement”. Therefore, its analysis is derived from the pattern given so that it can coexist with its respective operational rules, known as the Implementation Agreement, which establishes all the bases for the functioning of the Multilateral Agreement.

On the one hand, the aim of this contribution is to describe what an Implementation Agreement is. On the other hand, it analyzes the direct relationship among Article 26 and other provisions contained in the Multilateral Convention, as well as with other international instruments.

KEYWORDS

Application Agreement, Convention, Social Security, personal scope, material scope.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. MARCO CONCEPTUAL

A. CONVENIO, NORMAS Y ACUERDOS DE APLICACIÓN

III. RELACIÓN CON OTROS ARTÍCULOS DEL CONVENIO

IV. ANEXOS DEL ACUERDO DE APLICACIÓN

V. DERECHO INTERNACIONAL Y EL ARTÍCULO 26 DEL CMIDSS

VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda de manera precisa el análisis del artículo 26 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, el cual sienta las bases para la existencia del Acuerdo de Aplicación y cinco anexos derivados del Convenio antes mencionado.

Para dar un contexto histórico del artículo 26 resulta interesante entender que éste fue plasmado dentro del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social desde el año 2005 en España¹. Sin embargo no fue hasta el año 2008 que se le dio cumplimiento al artículo objeto de este comentario, al presentarse en el año 2008 el primer borrador del Acuerdo de Aplicación ante el XIV Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, que fue remitido a las diferentes autoridades e Instituciones de todos los países para la formulación de observaciones y sugerencias². Finalmente, dos años más tarde, el 13 de Octubre de 2010, se suscribe el documento del Acuerdo de Aplicación del Convenio en dos idiomas: español y portugués³, para dar cumplimiento al artículo 26 del Convenio Multilateral.

Ahora bien, la problemática que se presenta al abordar el artículo 26 radica principalmente en la falta de conceptualización de los elementos existentes en dicho enunciado, por tanto en un orden metodológico resulta importante definir en el primer apartado los conceptos correspondientes a: convenio, acuerdo de aplicación y norma de aplicación, puesto que sin la comprensión de estos vocablos técnicos resulta imposible realizar el análisis correspondiente, bajo la metodología planteada por el método exegético.

Al análisis de los conceptos le sigue el de la relación existente entre el artículo 26 del Convenio Multilateral con los artículos 2 y 3 del mismo, de tal forma que el análisis nos lleva al nexo existente con el Acuerdo de Aplicación del Convenio y los anexos existentes.

Así bien, en el penúltimo Anexo se presenta un punto que hace necesario un breve estudio de su correspondencia con la Convención de Viena, para dar paso a las conclusiones respectivas.

Es así como notoriamente se desprende la importancia que tiene el artículo 26 no sólo como parte del Convenio Multilateral sino por su relación con el Acuerdo de Aplicación y sus anexos. En el entendido de que el Convenio sienta las bases para la protección de los trabajadores inmigrantes en Iberoamérica y el Acuerdo de Aplicación es la parte procesal del Convenio. En este sentido, no podría entenderse la existencia de uno sin el otro, es decir, ambos deben coexistir para cumplir con el objetivo planteado.

¹Organización Iberoamericana de Seguridad Social; ¿Qué es el Convenio? En: <http://www.oiss.org/Que-es,5335.html>. Fecha de consulta: 16 de agosto de 2016.

²Organización Iberoamericana de Seguridad Social; Antecedentes del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. 2011, p. 7, http://www.oiss.org/IMG/pdf/Antecedentes_del_Convenio_Multilateral_Iberoamericano_de_Seguridad_Social.pdf. Fecha de consulta 16 de agosto de 2016.

³Ibidem.

II. MARCO CONCEPTUAL

A. CONVENIO, ACUERDO Y NORMAS DE APLICACIÓN

Para estar en posibilidad de analizar el marco conceptual en el que se enmarca el artículo 26, es necesario primero conocer su contenido: “las normas de aplicación del presente convenio se fijarán en el Acuerdo de Aplicación correspondiente”.

De ahí se desprende la necesidad de analizar los siguientes conceptos:

Convenio:

La palabra convenio puede significar que es un acuerdo o un pacto⁴, o bien tradicionalmente puede entenderse como “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”⁵. Sin embargo, para efectos de este análisis se entiende por Convenio “una norma de carácter internacional que es acordada por varios Estados para la coordinación de sus legislaciones nacionales en materia de pensiones”⁶.

Puesto que se trata efectivamente de la manifestación de la voluntad de sujetos reconocidos por el Derecho Internacional como autónomos, y con capacidad de ejercicio jurídico que les permite establecer derechos y obligaciones para sus propios ciudadanos, acorde a su legislación interna.

Acuerdo de Aplicación:

Por su parte, el Acuerdo de Aplicación debe dividirse en dos vocablos para poder comprenderlo. En primer lugar, un acuerdo es la coincidencia de las voluntades con miras a producir el efecto de derecho intentado por las partes⁷, que en este caso son los países firmantes. En segundo lugar, aplicar es referente a: “emplear, administrar o poner en práctica un conocimiento, medida o principio, a fin de obtener un determinado efecto o rendimiento en alguien o algo”⁸.

Por consiguiente, se puede decir que un Acuerdo de Aplicación es el pacto que se establece entre dos o más países, derivado de un convenio o tratado para poner en práctica los

⁴Real Academia de la Lengua Española; Diccionario LE. En: <http://dle.rae.es/?id=AgBNpjI>. Fecha de consulta: 16 de agosto de 2016.

⁵ Diccionario Jurídico; Convenio, En: <http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=939>, fecha de consulta: 16 de agosto de 2016.

⁶Organización Iberoamericana de Seguridad Social; Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. http://www.oiss.org/IMG/pdf/GUIA_CONVENIO_MULTILATERAL_IBEROAMERICANO_DE_SEGURIDAD_SOCIAL_-_OCTUBRE_2013-2.pdf. Fecha de consulta: 12 de agosto del 2016.

⁷Diccionario Jurídico Online; Acuerdo. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/acuerdo/acuerdo.htm>. Fecha de consulta: 17 de agosto de 2016.

⁸Real Academia de la Lengua Española; DEL. Aplicar. <http://dle.rae.es/?id=3CjZzQU>. Fecha de consulta: 17 de agosto del 2016

principios establecidos del primer ordenamiento; son esas normas de carácter sustantivo que dan vida de alguna manera a las normas adjetivas. Por tanto, establecen los plazos, autoridades y partes del procedimiento para alcanzar sus objetivos.

Normas de Aplicación:

Finalmente, las normas de aplicación son “aquéllas que definen y organizan pautas y normas generales para la organización y el funcionamiento”⁹ de la normatividad en general, es decir, son aquéllas que establecen las regulaciones de procedimiento que no están dispuestas, en este caso en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

En otras palabras, se puede observar que el acuerdo de aplicación tiene su origen y sustento jurídico en el artículo 26 del Convenio, en el cual se establecen los lineamientos generales que nacen por una necesidad común de todos los Estados miembros para unificar todos aquellos asuntos que se encuentran relacionados con una parte de la seguridad social: las pensiones.

III. RELACIÓN CON OTROS ARTÍCULOS DEL CONVENIO

Como en todo ordenamiento jurídico, los artículos que lo componen deben guardar una especial armonía entre ellos. En el caso específico del artículo 26 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, éste se relaciona de forma directa con dos artículos del mismo convenio.

El primero es el artículo 2 sobre el ámbito de aplicación personal del convenio:

Se aplicará 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.

Y el segundo con relación directa es el artículo 3, que establece el campo de aplicación material:

Se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con: prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

De esta relación se puede observar que, si bien el artículo 26 sienta las bases para la existencia de normas de aplicación, las referentes al ámbito personal y material se definen en los artículos 2 y 3.

El Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, al que se hace referencia en el artículo 26, se encuentra dividido en cuatro disposiciones de aplicación material y personal, tal como se muestran a continuación:

El Título I. *Reglas generales y disposiciones sobre legislación aplicable*. Trata principalmente de las generalidades del Acuerdo, como son: las definiciones, autoridades competentes, modelos de documentos y formularios de enlace, protección de los datos

⁹Universidad Nacional de Cuyo; Normas de Aplicación. En: <http://www.uncuyo.edu.ar/transparencia/normas-de-aplicacion>. Fecha de consulta: 04 de agosto del 2016.

personales, del desplazamiento de los trabajadores independientes, dependientes, del personal de misiones diplomáticas y el desplazamiento temporal de trabajadores, enfáticamente hablando del ámbito personal de aplicación a que hace referencia el artículo 2° del Convenio.

Título II. *Disposiciones sobre las Prestaciones*. Está enfocado en las disposiciones sobre las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, las normas generales sobre la totalización de los periodos de seguro de cotización o de empleo, el procedimiento para tramitar las prestaciones, los documentos para acompañar las solicitudes y, sobre todo, del procedimiento a seguir por las Instituciones Competentes para la tramitación de las solicitudes, es decir, hace referencia al ámbito material de aplicación al igual que los Títulos III, IV y V, que a continuación se enuncian.

Título III: *Disposiciones sobre cooperación administrativa*. Se establecen todos los trámites administrativos, es decir, el reembolso de los gastos de control administrativo y médico, la recuperación de prestaciones indebidas y el pago de las prestaciones.

Título IV: *Disposiciones sobre el Comité Técnico Administrativo*. Trata de las funciones que éste tiene, sobre todo en relación a las decisiones de interpretación del Convenio y del Acuerdo, así como la adopción de las decisiones del mismo.

Título V: *Disposiciones finales*.

Derivado de lo anterior, se puede observar que la relación del artículo 26 con otras partes del Convenio amplía su campo de acción y, en conjunto, determinan: los sujetos beneficiarios, las prestaciones, así como el procedimiento de aplicación.

IV. ANEXOS DEL ACUERDO DE APLICACIÓN

Dentro del Acuerdo de Aplicación están los cinco Títulos que se han descrito en el apartado anterior de este comentario. Sin embargo, vale la pena hacer una mención aparte de los Anexos del Acuerdo de Aplicación, pues éstos contienen de manera muy particular los ámbitos materiales y personales de aplicación de cada uno de los países, en los temas que se establecen a continuación:

Las autoridades competentes son abordadas en el Anexo 1. Éstas corresponden a los países que han firmado y ratificado el Convenio. Las autoridades mencionadas pueden ser varias, como en el caso de Portugal, o bien sólo una como en el resto de los países, donde generalmente es el Ministerio de Trabajo/Empleo y Seguridad Social de cada país. Este Anexo es de vital importancia para el funcionamiento del Convenio y del Acuerdo, pues sin una autoridad que se haga responsable la aplicación de los documentos sería letra muerta.

Una vez que son designadas las autoridades competentes que se harán responsables de la aplicación del Convenio, se establecen en el Anexo 2 las Instituciones Competentes de los Estados Parte del Convenio, que especifica cuáles son las instituciones encargadas de llevar a cabo el convenio y que van desde Administradoras de Seguridad Social como es el caso de Argentina, Gestora de la Seguridad Social de Largo Plazo en Bolivia, Institutos de Seguridad Social, o bien las Cajas de Jubilaciones como es el caso de Paraguay.

Por su parte, el Anexo 3 lleva por rúbrica “Organismos de Enlace de cada Estado Parte del Convenio”. Es decir, que un organismo de enlace es el único conducto formal y oficial de un Estado facultado para validar y certificar todo tipo de información provisional conducente a la obtención de un beneficio que podrá ser otorgado por el otro Estado contratante¹⁰. Por lo tanto, cada uno de los países tiene su propio organismo de enlace. Es con este Anexo que se determina la parte correspondiente a autoridades, organismos de enlace e instituciones, para dar paso a la parte procedimental del mismo.

Esta parte de procedimiento corresponde, por una parte, a las reglas del cálculo de las pensiones contenidas en el Anexo 4. Lo mismo que en los anteriores Anexos, cada país tiene sus propias reglas de cálculo para el pago de las pensiones, ya sea en la jubilación por edad, pensión por fallecimiento, por enfermedad o bien prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En este apartado únicamente establecen esta regla: Brasil, Ecuador, El Salvador, España y Uruguay.

Finalmente, el Anexo 5 sobre los “Acuerdos sobre reembolsos de gastos administrativos y médicos” únicamente hace mención de la leyenda: “No aplica” bajo el título del Salvador, sin hacer mención de ningún otro país.

Nuevamente se desprende la parte procedimental, sobre todo en materia de autoridades responsables, así como procedimientos del cálculo de pensiones que hace específicamente cada país. Si bien tanto dentro del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social como del Acuerdo se establecen lineamientos generales, resulta complicado para cada uno de los países adoptar medidas que fueron hechas a medida de cada uno de los Estados firmantes, de ahí la necesidad de establecer normas de aplicación generales y en los Anexos revisar la obligación específica de cada país.

Sin embargo, en sentido estricto, aquellos países que no participan de manera concisa en los Anexos especificando sus normas -como es el caso de las reglas del cálculo de las pensiones (Anexo 4)-, no están dando cumplimiento del todo al Convenio, pues éste no se acepta por partes sino en su conjunto, y no podrán recurrir a las normas de aplicación en este supuesto específico países como Bolivia o Portugal, dejando al arbitrio de la autoridad correspondiente su situación.

V. DERECHO INTERNACIONAL Y EL ARTÍCULO 26 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Como ya fue mencionado en múltiples ocasiones, el objetivo principal del artículo 26 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es sentar las bases para la creación de las normas de aplicación mediante un Acuerdo de Aplicación. Este, a su vez, es firmado y ratificado por aquellos Estados Miembros de la Comunidad Iberoamericana que hayan ratificado el Convenio. Ahora bien, dentro del artículo 38 del Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral se establece que los Estados Parte adoptarán las medidas que

¹⁰Superintendencia de Pensiones; Organismos de Enlace. <http://www.safp.cl/compendio/584/w3-propertyvalue-3349.html>. Fecha de consulta: 15 de agosto de 2016

consideren más eficaces para la divulgación del Convenio y su Acuerdo de Aplicación entre sus potenciales beneficiarios.

De lo anterior se deduce que no existe una jerarquía como tal entre el Convenio y el Acuerdo de Aplicación, sino que existe una especie de subsidiariedad en este sentido, atendiendo a la Convención de Viena en el artículo 31. En las reglas generales de interpretación, en específico en el punto dos establece que: Para los efectos de la interpretación de un tratado: el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración¹¹. Por tanto, los Estados firmantes deben obedecer ambos instrumentos en cada uno de sus artículos.

VI. CONCLUSIONES

El impacto del artículo 26 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social sienta las bases para formular las normas de aplicación del mismo.

La problemática que se tiene al abordar el artículo 26 radica principalmente en la falta de conceptualización de los elementos existentes en dicho enunciado.

La diferencia entre Convenio y Acuerdo se encuentra principalmente en la esencia de cada uno de ellos, puesto que gramaticalmente hablando uno es sinónimo del otro, sin embargo el primero son normas de carácter adjetivo y el segundo son normas de carácter sustantivo en este caso específico.

La subsistencia del Acuerdo de Aplicación y de sus Anexos depende totalmente del Convenio. Sin embargo, no existe jerarquía alguna establecida en alguno de ellos, y por tanto se le debe dar importancia por igual a cada uno de estos instrumentos.

La relación del artículo 26 con los artículos 2° y 3° del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social determina en conjunto la aplicación personal y material del Convenio.

¹¹Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf Fecha de consulta: 04-08-2016.

ARTICULO 27

“Conferencia de las Partes

La Secretaría General Iberoamericana, a través de la OISS, convocará una Conferencia de las Partes a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Convenio, con el objeto de promover y examinar la aplicación del presente Convenio y, en general, efectuar intercambio de información y experiencias”.

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR NEBRED

Subdirector General de Asuntos Sociales, Educativos, Culturales y de Sanidad y Consumo. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. España.

RESUMEN

El artículo 27 prevé que la OISS ha de convocar una Conferencia de las Partes en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este instrumento internacional con el objeto de promover y examinar la aplicación del presente Convenio y, en general, efectuar intercambio de información y experiencias.

PALABRAS CLAVE: Conferencia de las Partes, Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

ABSTRACT

According to article 27, the Ibero-American General Secretary, through the OISS, shall organize a Conference of the Parties no later than one year after the entry into force of this Convention, in order to promote and review the application of this Convention and, in general, to carry out exchange of information and experiences.

KEYWORDS: Conference of the Parties, Ibero-American Social Security Organization, Multilateral Iberoamerican Social Security Convention.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. DIFERENCIAS ENTRE EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN

III. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL

A. CONFERENCIA DE LAS PARTES

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente, el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social sea uno de los Instrumentos Internacionales, en el ámbito de la Coordinación de regímenes de Seguridad Social, más completo y novedoso. De hecho, la multilateralidad de sus propuestas lo convierte en un experimento sobresaliente y en un ejemplo que está marcando el camino para futuros ensayos regionales. Bien es verdad que se podría argumentar que los Reglamentos de Coordinación Europeos presentan grandes similitudes con el Convenio en cuanto a su contenido y estructura. Es cierto. No obstante, las diferencias entre el Convenio y los Reglamentos, cuantitativas y cualitativas, son de otra índole, respondiendo a elementos más esenciales como podrían ser su génesis, su articulación, su motivación, su naturaleza jurídica y su inspiración.

II. DIFERENCIAS ENTRE EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN

Los Reglamentos se enmarcan en una estructura supranacional, la Unión Europea, que cuenta con una serie de competencias emanadas de los Estados Miembros y posteriormente transferidas a las Instituciones comunitarias, por parte de estos, siguiendo el principio de atribución. Por ello, los Reglamentos 883/04 y 987/09 son la manifestación y el resultado de un mandato del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹, que en su artículo 48² establece los parámetros básicos a los que deben ajustarse las normas de coordinación europeas.

Estos Instrumentos son de obligado cumplimiento para los Estados Miembros. En consecuencia, la pertenencia a la Unión conlleva, indefectiblemente, la aplicación uniforme en el ámbito de la Seguridad Social de los Reglamentos de coordinación, sin necesidad de ratificación o transposición posterior.

¹Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47 de 30.3.2010.

²Artículo 48 (antiguo artículo 42 TCE). “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. Cuando un miembro del Consejo declare que un proyecto de acto legislativo de los previstos en el párrafo primero perjudica a aspectos importantes de su sistema de seguridad social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación y en un plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, el Consejo Europeo:

a) devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario, o bien,

b) no se pronunciará o pedirá a la Comisión que presente una nueva propuesta. En tal caso, el acto propuesto inicialmente se considerará no adoptado”.

En cambio, el Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, a diferencia de los Reglamentos de coordinación, no responde a procesos de integración regional o subregional, sino más bien a la pertenencia a una entidad lingüística y cultural. Y esto es precisamente el elemento más original de la construcción del edificio de coordinación iberoamericano, y el que lo dota de una flexibilidad de la que no gozan Instituciones supranacionales de tipo tradicional.

Por otra parte, debe subrayarse que el pilar básico sobre el que se ha sustentado esta novedosa alternativa, que ya comienza a transformarse en un clásico, con seguidores e imitadores, es la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), ente internacional de marcado carácter técnico dirigido a promover el bienestar económico y social de los países iberoamericanos en el ámbito de la protección social.

Pues bien, es la multilateralidad y el mantenimiento de todos los poderes por parte de los Estados signatarios del Convenio, lo que dota a este Instrumento de características propias, y lo que lo hace distinguirse de los Convenios bilaterales de Seguridad Social y de las normas emanadas, en este ámbito, de alguna Organización Internacional.

III. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio Iberoamericano responde al principio orientador de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) de promover el bienestar económico y social 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. Es por tanto la identidad lingüística y cultural (castellano/portuguesa) el elemento cohesionador o la argamasa que permite dotar a la OISS y al Convenio Iberoamericano de una personalidad propia y de una idiosincrasia que lo diferencia de otras propuestas convencionales y organizativas regionales.

A. CONFERENCIA DE LAS PARTES

Desde el punto meramente formal, el Convenio Iberoamericano es un híbrido entre los Instrumentos emanados de Organizaciones Internacionales y los Convenios bilaterales suscritos por dos Estados signatarios. Y esta dualidad se refleja en algunos artículos específicos que no se encuentran en otras normas de coordinación. En este sentido, y dentro de esta perspectiva, resulta curioso y muy original el artículo 27 del Convenio que establece *“la Secretaría General Iberoamericana, a través de la OISS, convocará una Conferencia de las Partes a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Convenio, con el objeto de promover y examinar la aplicación del presente Convenio y, en general, efectuar intercambio de información y experiencias”*.

Un precepto similar no aparece ni en el Reglamento 1408/71 ni en el Reglamento 883/04, ni en los Convenios bilaterales suscritos por España con más de veinte países, ni en el Convenio Europeo de Seguridad Social³ del Consejo de Europa. Por ello, lo

³Convenio Europeo de Seguridad Social y Convenio Complementario para la aplicación del mismo. Firmado en París el 14 de diciembre de 1972. El Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo de Seguridad Social se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 271, de 12 de noviembre de 1986, y

primero que tenemos que aclarar a la hora de intentar comprender el alcance de este precepto es el sentido del término “Conferencia de las Partes”. A tal efecto, podríamos aventurar la siguiente definición “órgano supremo cuyas sesiones se celebran de forma ordinaria periódicamente, en el que están representadas todas las Partes de la misma y al que se encomienda el examen de la aplicación del Convenio y de los instrumentos jurídicos conexos que ésta adopte”.

En consecuencia, a nivel institucional la Conferencia sería, teóricamente, el máximo órgano y foro de decisión, cuyas competencias, aunque no definidas con toda precisión, incluirían el poder legislativo y parte del ejecutivo. Sería por tanto comparable al Consejo de la Unión Europea, si bien referido en este caso únicamente al Convenio Iberoamericano.

Este artículo 27 del Convenio que se está comentando presenta similitudes con algunas disposiciones multilaterales emanadas de Organizaciones Internacionales. Así, el término Conferencia de las Partes lo podemos encontrar en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio climático, o en el Convenio de la OMS sobre el control del tabaco, o en la Convención sobre especies migratorias, o en el Convenio sobre aguas subterráneas. A este respecto, debe destacarse que los redactores del Convenio Iberoamericano habrían querido potenciar la importancia política de este Instrumento de coordinación, introduciendo un precepto que comprometiese a las Autoridades nacionales a supervisar e impulsar este Convenio a través de un mandato político de especial calado. Además, con esta disposición se reconoce a esta norma multilateral una dimensión que trasciende del mero ámbito de la coordinación de regímenes de Seguridad Social, otorgándole un papel de defensa de la identidad iberoamericana, con lo que se están abriendo vías para nuevas iniciativas en otros campos.

En efecto, los aspectos técnicos del Convenio, su aplicación uniforme o las cuestiones interpretativas o tecnológicas quedaron encomendadas al Comité Técnico Administrativo (ver los artículos 23 y 24 del Convenio) que, de forma similar a la Comisión Administrativa del Reglamento 883/04⁴, se constituye en un órgano deliberativo con funciones ejecutivas de especial trascendencia. Por ello, la Conferencia de las Partes del artículo 27 del Convenio debería tener un carácter mucho más político, con funciones dirigidas fundamentalmente a la cooperación interestatal e intergubernamental.

Probablemente los redactores del Convenio iberoamericano consideraron que se necesitaba una red de seguridad por si esta magna iniciativa se encallaba o necesitaba de impulsos adicionales para su materialización futura. Así, la Conferencia de las Partes debería intervenir como motor de arranque si las circunstancias así lo requirieran. Sin embargo, en el supuesto de que el ritmo de la firma y ratificación del Convenio por los distintos Estados fuera adecuado, o no se detectase una problemática específica de especial calado, la Conferencia de las Partes solamente tendría sentido como foro de encuentro de los Ministros del Seguridad Social iberoamericanos para tratar temas generales de gran importancia. Sin embargo, esta misión está encomendada a las

entró en vigor el 25 de Abril de 1986. Los países que están adheridos hasta ahora o que han ratificado este Convenio son: Austria, Bélgica, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Turquía.

⁴Artículos 71 y 72.

Reuniones Sectoriales preparatorias de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno⁵ o a los Congresos Iberoamericanos de Seguridad Social organizados periódicamente por la propia OISS⁶.

Quizás por todo ello, en la primera reunión del Comité Técnico que tuvo lugar en Montevideo el 7 de Marzo del 2012 se adoptó la siguiente Decisión: “*no celebrar por el momento la Conferencia de las Partes prevista en el artículo 27 del Convenio por no darse todas las condiciones que justifiquen su celebración*”.

De todos modos, no debería realizarse una lectura negativa de esta Decisión⁷ sino, al contrario, entender que la buena salud del Convenio Iberoamericano no requiere, por ahora, del impulso político que hubiera supuesto la celebración de la Conferencia de las Partes. No se trata, por tanto, de una derogación del artículo 27, sino de un simple aplazamiento. La posibilidad de convocar la Conferencia de las Partes siempre está abierta por si algún día se considerase necesaria. Mientras, el Convenio sigue su camino hacia delante.

IV. CONCLUSIONES

El hecho de que hasta la fecha la Secretaría General Iberoamericana no haya convocado aun a través de la OISS la Conferencia de las Partes que prevé el artículo 27 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social no implica que dicho precepto haya sido derogado, sino que su aplicación ha quedado *de facto* aplazada.

⁵La última de ellas celebrada en Cartagena de Indias en Mayo de 2016.

⁶El próximo tendrá lugar en Buenos Aires del 28 al 31 de Marzo de 2017.

⁷Decisión número 3 del Comité Técnico Administrativo.

ARTÍCULO 28

“1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación del presente Convenio mediante la negociación.

2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o aplicación del presente Convenio que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo de cuatro meses deberá, a solicitud de uno de ellos, someterse al arbitraje de una Comisión integrada por un nacional de cada Estado Parte y uno nombrado de común acuerdo, quien actuará como Presidente de la Comisión. Si, transcurridos cuatro meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, los Estados Parte no se han puesto de acuerdo sobre el árbitro, cualquiera de ellos podrá solicitar a la Secretaría General Iberoamericana, a través de la OISS, que designe a dicho árbitro.

Una vez integrada la Comisión de arbitraje, ésta emitirá su decisión dentro de un plazo no mayor a cuatro meses, prorrogable por un periodo similar, siempre y cuando la Comisión justifique e informe por escrito, y antes de que culminen los cuatro meses iniciales, las razones por las cuales solicita esta prórroga.

La decisión de la Comisión será definitiva e inapelable”.

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO

Prof. Dra. Universidad Pontificia Comillas (ICADE), España

Redactora del Área Social en Lefebvre-El Derecho

Experta Nacional de la Red Fressco de la Comisión Europea

RESUMEN

El artículo 28 del Convenio Multilateral Iberoamericano de la Seguridad Social versa sobre la solución de controversias entre los Estados parte respecto de la interpretación y/o aplicación del mismo a un expediente concreto. El principal mecanismo para su solución es la negociación entre los Estados parte, que podrá incluso trasladarse al seno del Comité Técnico Administrativo cuando se constata que la controversia interpretativa es general y afecta a todos los Estados parte. Cuando la negociación fracasa, el Convenio prevé que un Estado solicite la sumisión de la controversia al arbitraje de una Comisión cuyo laudo sería definitivo e inapelable; sin embargo, esta vía subsidiaria no se ha utilizado nunca en la práctica. Los acuerdos alcanzados vía negociación y, en su caso, el propio laudo, vinculan a las Administraciones involucradas en la controversia, pero no a los tribunales nacionales que, ante la disconformidad de los migrantes, tendrán que interpretar el Convenio. Se echa en falta la posibilidad de consultar a una instancia superior, que uniformizase criterios interpretativos, tal y como sucede en el marco de la Unión Europea respecto de los Reglamentos de coordinación a través de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia.

PALABRAS CLAVE: Solución de controversias, arbitraje, Convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social, negociación, Reglamentos de coordinación de la Unión Europea, Tribunal de Justicia, Comité Técnico Administrativo.

ABSTRACT

Article 28 of the Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security deals with the settlement of disputes between States regarding the interpretation and/or particular application of the Agreement in a concrete situation. The main mechanism for the settlement of disputes is negotiation between the parties. If the interpretive controversy is a general one affecting all States parties, it may be moved within the Administrative Technical Committee. When negotiation fails, the Agreement provides that a State can request the submission of the dispute to arbitration by a Committee whose decision would be final and non-subjected to appeal. In practice, however, this alternative route has never been used. The agreements reached through the negotiation, and the eventual arbitration award, are binding for the public Administrations involved in the dispute but not for national courts. If the migrants are dissatisfied with the result, the national courts would have to interpret the Agreement themselves. It is noteworthy the absence of the possibility to consult a higher court for the harmonization of the interpretative criteria, similarly as the European Union Court of Justice in the case of Social Security Coordination Regulations.

KEYWORDS: Dispute resolution, arbitration, Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security, negotiation, EU coordination Regulations, Court of Justice, Administrative Technical Committee.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 28 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

III. PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 28 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es el artículo 28 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en lo sucesivo CMISS, consagrado a la solución de controversias entre dos o más Estados miembros en relación a la interpretación o aplicación del mismo.

Como toda norma de coordinación internacional en este ámbito, el CMISS no sustituye ni armoniza los sistemas de Seguridad Social de estos Estados, sino que los interconecta con el objeto de evitar que la movilidad de personas, de asegurados, entre los Estados parte pueda suponer una pérdida de derechos en curso de adquisición o la imposible percepción de los ya adquiridos. También pretende evitar la imposición de obligaciones de aseguramiento y cotización redundantes, como sucedería en el caso de doble cotización.

El CMISS se aplica respecto de los asegurados a un sistema nacional¹ en tanto no haya convenios multilaterales o bilaterales de Seguridad Social con los Estados parte,² y cuando los haya siempre que sea más favorable que éstos.³ Estos convenios, sin embargo, mantienen su virtualidad respecto de las prestaciones no incluidas en el ámbito objetivo de aplicación del CMISS.⁴ Por otro lado, en las relaciones bilaterales entre España y Portugal prima la aplicación de los Reglamentos de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros de la UE (Reglamento 883/2004 y Reglamento de desarrollo 987/2009), que tienen un ámbito objetivo de aplicación mucho más amplio. Las diferencias entre ambos instrumentos son múltiples y notables⁵. Sin embargo, conviene destacar por su relevancia para el objeto de este trabajo, en primer lugar, la inexistencia en el marco del CMISS de un Tribunal de Justicia como el existente en la Unión Europea del que obtener una interpretación uniforme de su articulado. En efecto, los Reglamentos de la UE han sido interpretados por más de 400 sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, mayoritariamente en el marco de cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales que suspendieron los pleitos nacionales de los que conocían con el objeto de conocer la interpretación correcta o incluso la validez de los artículos del Reglamento que debían aplicar. En segundo lugar, en el ámbito de los Reglamentos de coordinación

¹El CMISS se aplica a los asegurados en uno o en varios Estados parte sin tener en cuenta su nacionalidad, así como respecto de sus familiares beneficiarios y derechohabientes.

²Así sucede en España con El Salvador y Bolivia, países con los que no existe convenio.

³Así se viene entendiendo que sucede en España en materia de pensiones, pues la regulación más generosa del CMISS parece imponerse a los convenios suscritos por España con Brasil, Chile, Ecuador, España, Paraguay y Uruguay, que se recogen en el Anexo IV del CMISS.

⁴Téngase en cuenta que el CMISS sólo coordina las legislaciones de Seguridad Social de los Estados miembros relativas a: pensiones de invalidez, vejez y supervivencia, así como a las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

⁵Ver 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, Núm. 1 (2016) en: <http://institucional.us.es/revistapsocial/index.php/erips/article/view/>.

existe un canon hermenéutico principal que es la libre circulación de personas, especialmente de trabajadores, del que carece el CMISS, cuya ratificación no supone en ningún caso cesión de soberanía a una institución supranacional ni se fundamenta en este tipo de libertades.

II. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 28 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El **objeto** del procedimiento que se describirá, de negociación o arbitraje, está destinado a solventar las controversias entre Administraciones/instituciones competentes a la hora de resolver un expediente concreto. En efecto, de la lectura del texto se deduce que el objetivo es solventar un problema específico en el que están involucradas varias Administraciones que sostienen posturas enfrentadas. Quedan por tanto **al margen del objeto de este artículo** la solución de las siguientes controversias interpretativas o de aplicación:

1. Problemáticas genéricas entre Administraciones cuya solución parece más razonable que se traslade al Comité Técnico Administrativo para su debate. En efecto, una de las funciones de este organismo es “resolver las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas del presente Convenio o del Acuerdo de aplicación del mismo”⁶. Este Comité, conformado por representantes de todas las Administraciones de los Estados parte, resolvería tras un debate tal controversia genérica. Aunque hasta ahora su parecer se está plasmando en la propia acta de la reunión mantenida en el seno del Comité, se prevé la posibilidad de que tomen la forma de una Decisión. Las mismas podrán ser adoptadas por unanimidad o por mayoría absoluta de sus miembros,⁷ aunque en este último supuesto los Estados contrarios a su adopción podrían efectuar reserva sobre la no aplicación de aquella en su territorio. Se trata de un organismo semejante a la Comisión Administrativa para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social que existe en el seno del sistema de coordinación implantado en la UE, y que realiza una actividad interpretativa fundamental para conocer el verdadero alcance de muchos artículos de los Reglamentos de coordinación⁸.
2. Las que se susciten entre una Administración y un asegurado. En efecto, el objeto del artículo 28 es la solución de controversias entre Administraciones y los particulares quedan al margen de su ámbito objetivo de aplicación. De manera que no se podría aplicar para, por ejemplo, solventar la disconformidad de un trabajador migrante, respecto de la forma en que se interpreta y aplica el CMISS en relación al reconocimiento y cálculo de su pensión de jubilación a

⁶CIMISS art. 24.b).

⁷Ver artículo 31 del Acuerdo de aplicación del CMISS.

⁸Ver un listado de Decisiones y Recomendaciones adoptadas respecto de los “nuevos” Reglamentos por la Comisión Administrativa para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=868>.

prorrata en varios Estados miembros. Los conflictos entre las Administraciones y sus asegurados, por el contrario, deberán ser dilucidados, en su caso, por los tribunales de los Estados miembros a instancia de los interesados. Hay que tener en cuenta que, siguiendo nuestro ejemplo, el migrante podrá verse obligado a pleitear en la defensa de sus derechos en todos y cada uno de los Estados miembros que le hayan reconocido pensión, con el coste y la complicación que esto le pudiera suponer. En efecto, como es sabido, el Derecho Público de Seguridad Social foráneo no puede recibirse en el Foro, de manera que los tribunales de un Estado parte sólo pueden pronunciarse sobre la aplicación de su propia normativa, esto es, sobre las prestaciones que reconoce o las obligaciones que impone su propia legislación.⁹

En este contexto, en el marco del CMISS se echa en falta una instancia superior a la que:

- a) Los particulares pudieran remitir sus quejas y disconformidad sobre la aplicación nacional del CMISS. En efecto, al igual que en el marco de la UE los particulares pueden reclamar ante la Comisión lo que consideran una errónea aplicación de los Reglamentos de coordinación, pudiendo generarse incluso un procedimiento de infracción ante el Tribunal de Justicia, sería bueno que en el marco de la CMISS se creara un organismo que lidiara con tales cuestiones. Ese organismo debería poder dirigirse a los presuntos Estados infractores solicitando información, una rectificación de su postura, o incluso sancionar a los Estados reincidentes¹⁰.
- b) Los tribunales nacionales pudieran dirigirse cuando tengan dudas sobre la correcta interpretación de su articulado, pudiendo así contrastar su opinión y uniformar su postura en los diferentes Estados parte. Se trata de un objetivo de difícil consecución pues, como ya hemos señalado, en el marco del CMISS no existe un tribunal supranacional al que plantear una cuestión prejudicial como sí sucede en el marco de la Unión Europea. Tampoco existe

⁹Con carácter general “resulta imposible que una legislación nacional imponga obligaciones de Seguridad Social a otro Estado miembro, ni que un sistema nacional de Seguridad Social las asuma en virtud de una legislación de Seguridad Social extranjera”. Sobre esta cuestión, sobre la inexistencia de un verdadero “conflicto de leyes” en el marco del Derecho público y territorialista de la Seguridad Social internacional ver Carrascosa Bermejo, D.; “La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71”. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, p. 110.

¹⁰Para superar alguna de estas limitaciones se ha propuesto que, ante la ausencia de un tribunal con competencia en la región, se desarrollara algún sistema de diálogo entre los tribunales nacionales con la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Tribunal internacional que se entiende que podría jugar un rol similar al que desempeña el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la defensa de los Derechos de Seguridad Social. Arellano Ortiz, P.; “Justiciabilidad del Derecho a la Seguridad Social para los Trabajadores Migrantes: El Caso de la Región Iberoamericana”. Revista Estudios Laborales n° 11/ 2015, pp. 35-50. Sin embargo, esta solución no resulta adecuada, por un lado, para Estados ajenos a su jurisdicción, como España y Portugal; por otro lado, hay que tener en cuenta que la cobertura que se obtiene de este tipo de Cortes competentes en materia de Derechos Humanos no está relacionada con la interpretación de las complejas normas de coordinación sino, como sucede en el marco del TEDH, en relación al propio derecho a la propiedad de las prestaciones por parte de sus beneficiarios.

un grado de integración política entre los Estados parte que permitiera implantar con facilidad este tipo de organismo jurisdiccional. Tal vez, una solución más realista podría encontrarse en otorgar a las Decisiones de la Comisión Técnica -adoptadas por unanimidad sobre aspectos interpretativos de interés- una relevancia jurídica que obligara a su toma en consideración por los propios tribunales nacionales y acercara posturas.

3. El artículo 28 tampoco parece referirse a las dudas interpretativas que plantee una única Administración respecto de la propia aplicación del CMISS, las cuales bien podrían dirigirse al Comité Técnico Administrativo.¹¹ En efecto, el procedimiento de solución de controversias precisa la existencia de dos o más Administraciones que mantengan posturas enfrentadas respecto de un expediente concreto, por ejemplo, el relativo a cuál ha de ser la legislación nacional de Seguridad Social aplicable a determinado trabajador migrante.

III. PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 28 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio establece que la solución de la controversia, en primer lugar, se debe intentar a través de la negociación entre los Estados implicados en la misma. Se trata por tanto de que las autoridades e instituciones competentes de los Estados parte involucrados en la controversia inicien contactos (vía telefónica, e-mail, por videoconferencia o que incluso se reúnan físicamente) para poner en común los distintos puntos de vista y lleguen a una solución consensuada.

El CMISS no establece un procedimiento específico a seguir en el marco de tal negociación, esto es, no explica cómo se ha de realizar la primera toma de contacto, ni tampoco los plazos en los que la misma y las respuestas de los Estados interpelados se debieran producir. El CMISS en realidad tan sólo se refiere a su finalización, en el sentido que si transcurridos cuatro meses desde su inicio no se alcanzase un acuerdo, cualquiera de los Estados involucrados puede solicitar que la cuestión se someta a arbitraje. El arbitraje es una solución subsidiaria mucho más radical para zanjar la controversia, pues el propio CMISS establece que la decisión arbitral, el laudo resultante, es definitiva e inapelable. Sin embargo, debe hacerse hincapié en que en la práctica sólo se ha utilizado la negociación, sin que todavía haya sido necesario el recurso al sistema subsidiario del arbitraje.

Si algún día llegara a producirse el arbitraje, éste deberá ser resuelto por una Comisión integrada por un nacional de cada Estado Parte. Obviamente, no de todos ellos sino sólo de los Estados involucrados en la controversia que se quiere solventar. Además, entre todos ellos se deberá nombrar de común acuerdo un miembro más, que además actuará como Presidente de dicha Comisión. En previsión de que cuando las posturas están enfrentadas es posible que el nombramiento de este último pueda ser dificultoso, el propio CMISS establece una fórmula de desbloqueo. Efectivamente, si transcurrieran

¹¹Ver artículo 30.b) del CMISS.

cuatro meses, esta vez desde que se solicitó el arbitraje, y no se hubiera logrado su nombramiento, cualquiera de los Estados involucrados puede solicitar a la Secretaría General Iberoamericana, a través de la propia Organización Iberoamericana de Seguridad Social, que designe a este árbitro adicional que además sería quien presidiría la Comisión de arbitraje.

Conformada la Comisión de Arbitraje, ésta ha de pronunciarse emitiendo una decisión en un plazo no superior a cuatro meses. Si se hubieran agotado los plazos mencionados, en el peor de los escenarios (cuatro meses de negociación fallida, más cuatro meses sin lograr el nombramiento de los miembros de la Comisión, más cuatro meses para la resolución) la solución de la controversia tardaría más de un año en resolverse. Sin embargo, todavía puede demorarse más la solución, pues si la Comisión de arbitraje justificase en un informe escrito la necesidad de demorar su decisión, podrá producirse una prórroga de nuevo por ese mismo período.

IV. CONCLUSIONES

El artículo 28 se destina a la solución de controversias entre las Administraciones de los Estados parte respecto de un expediente concreto. En la práctica sólo se ha empleado la negociación entre las partes implicadas, que es la primera de las opciones que el artículo ofrece. En efecto, la solución subsidiaria de someter el conflicto al arbitraje de una Comisión específica todavía no se ha utilizado.

En el marco del CMISS “*lege ferenda*” sería interesante que, al igual que sucede en el marco de la Unión Europea, se articulara una instancia a la que pudieran recurrir los asegurados disconformes con la interpretación que las Administraciones sostienen. Por otro lado, aunque fuera deseable parece difícil la creación de un Tribunal al que se pudieran dirigir los tribunales nacionales –a modo de cuestión prejudicial– para solventar sus dudas interpretativas. Tal vez, una solución más realista podría encontrarse en otorgar a las Decisiones de la Comisión Técnica –adoptadas por unanimidad sobre aspectos interpretativos de interés– una relevancia jurídica que obligara a su toma en consideración por los propios tribunales nacionales y acercara posturas.

Recibido: 06.07.2016. Aceptado: 22.07.2016.

ARTÍCULO 29

“El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados Miembros de la Comunidad Iberoamericana”.

FRANCISCO TRUJILLO PONS

Personal Investigador Contratado Doctor
Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Jaume I (Castellón de la Plana, España)

RESUMEN

Este precepto recoge el modo en que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de 10 de noviembre de 2007, estará abierto a la firma de los Estados Miembros de la Comunidad Iberoamericana. Ello, sin embargo, no obsta a que cualquier Estado Iberoamericano que no haya cumplido este requisito, pueda suscribir el mismo con posterioridad.

PALABRAS CLAVES: Seguridad Social, trabajadores migrantes, legislación aplicable, excepciones, acuerdos bilaterales o multilaterales, firma.

ABSTRACT

This article refers how the Multilateral Ibero-American Agreement on Social Security, of November 10, 2007, will be open for signature by the Member States of the Ibero-American Community. Anyway, any Ibero-American State that has not complied with this requirement can subscribe it later.

KEYWORDS: Social Security, migrant workers, applicable law, exceptions, bilateral or multilateral agreements, signature.

SUMARIO

I. EL ARTÍCULO 29 DEL CONVENIO RELATIVO A LA FIRMA

II. LA FIRMA DE ESPAÑA. ANTECEDENTES Y ENTRADA EN VIGOR

III. CONCLUSIONES

I. EL ARTÍCULO 29 DEL CONVENIO RELATIVO A LA FIRMA

En la tarea de analizar exclusivamente la firma del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social conviene, en primer lugar, enfatizar su artículo 29. Así, siguiendo su literalidad: “*el presente Convenio estará sujeto a la firma de los Estados Miembros de la Comunidad*” refiriéndose a Estados, obviamente, de la Comunidad Iberoamericana¹.

En estos términos, no existe impedimento alguno para que los Estados Iberoamericanos que no lo hicieron puedan suscribir el mismo con posterioridad. Dicho en otras palabras, el Convenio aquí analizado es un Convenio abierto, pero siempre limitado a los países de la Comunidad Iberoamericana.

En consonancia con la firma, el Convenio preceptúa conforme a su artículo 30 que el mismo quedará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación de los Estados firmantes, quienes depositarán los preceptivos documentos en la Secretaría General Iberoamericana a través de la Organización Internacional de Seguridad Social (cuyas siglas son OISS²). Así pues, no es tan solo necesaria la firma por cada Estado Parte sino que, posteriormente, resulta necesario que el Convenio se ratifique en base a los requerimientos exigidos por la legislación de cada país para, de este modo, dotarle de fuerza obligatoria.

En este mismo sentido, hay que traer a colación el artículo 31 titulado “*entrada en vigor*”, más concretamente su apartado primero que es de la siguiente literalidad:

“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”.

Como puede observarse, en él se establecen tanto las condiciones para la entrada en vigor del Convenio como para, a partir de esta circunstancia, los efectos que produzcan entre los Estados Parte.

En este sentido, condición de eficacia del Convenio resulta ser que también se haya suscrito por dichos Estados el Acuerdo de Aplicación. Así, precisamente sobre este último Acuerdo, su artículo 33.1 cobra especial importancia, en tanto que en él se señala que entrará en vigor en la misma fecha de la firma, respecto de los Estados en los cuales el Convenio ya se encuentre vigente.

Desde esta misma perspectiva, siguiendo el recorrido del mismo artículo 33 del Acuerdo de Aplicación, para los casos en que al momento de la firma del Acuerdo el Convenio no estuviera vigente, entrarán en vigor simultáneamente ambos documentos en la fecha que entre en vigor el Convenio.

Dicho lo cual, para mostrar el actual estado del Convenio, precisamente merced a los artículos 29 y 30 junto con el 31.2 (entrada en vigor) y el 33.3 del Acuerdo de

¹Aunque no tenga una concreción legal, esta expresión se recoge en la Declaración de Salamanca, aprobada en el marco de la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en dicha ciudad.

²En su página web cuenta con un apartado específico destinado al Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social: <http://www.oiss.org/-Convenio-Multilateral-.html>.

Aplicación (entrada en vigor) se puede confrontar el cuadro que se relaciona a continuación³ en el que, de un modo sencillo, se señalan a modo de cronograma las siguientes fechas importantes para cada Estado Parte: fecha de la firma del Convenio, fecha de ratificación, fecha de depósito de los instrumentos, fecha de suscripción al Acuerdo de Aplicación y, por último, la fecha de aplicación efectiva del Convenio.

(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 SEGIB-OISS	FECHA SUSCRIPCIÓN ACUERDO APLICACION	APLICACIÓN 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	20/10/2016	20/10/2016	31.915.789
 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.

En efecto, como bien detalla la Oficina de Información Diplomática por medio de este cuadro-resumen, son 15 países los que han firmado el Convenio hasta el momento; muchos de los cuales –entre los que se encuentra España– coincidieron en la fecha de 10/11/2007, siendo Ecuador, Colombia y la República Dominicana quienes, cuatro años después (2011), se unieron a la firma de los restantes países.

II. LA SITUACIÓN DE ESPAÑA. ANTECEDENTES Y ENTRADA EN VIGOR

Particularizando en el caso español, nuestro país ratificó el Convenio con fecha de 5 de febrero de 2010 y, conforme indica el mencionado artículo 30, depositó el instrumento de ratificación el 12 de febrero de 2010 ante la Secretaría General Iberoamericana a través de la OISS.

Posteriormente, con fecha de 13 de octubre de 2010, y con el firme propósito de beneficiar a los trabajadores migrantes y sus familias, España procedió a la firma del Acuerdo de Aplicación del Convenio ante el Secretario General de la OISS y el representante del Secretario General Iberoamericano. Fue una ratificación provisional la

³Cuadro publicado por la OISS: <http://www.oiss.org/Estado-de-Situacion.html>. Consultado el 19.03.2017.

efectuado por España en 2010, por cuanto el Acuerdo firmado en ese año concluye con la siguiente cláusula: “*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*”.

El Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, que se venía aplicando provisionalmente desde la firma por España con fecha de 13 de octubre de 2010 a través de la Resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores de 17 de diciembre de 2010, entró en vigor definitivamente en nuestro país el 27 de diciembre de 2011 (BOE 15 febrero 2012), poniendo de esta manera fin a su aplicación provisional y completando la inserción efectuada en el BOE de 8 de enero de 2011.

Estado Parte	Manifestación del Consentimiento	Entrada en vigor
España	13/10/2010 firma con reserva de Ratificación. 27-12-2011 Notificación.	13/10/2010 Aplicación provisional. 27-12-2011 Entrada en vigor.

Así con todo, la entrada en vigor con carácter general de este Acuerdo se produjo el 1 de mayo de 2011, de acuerdo con lo previsto en su ya mencionado artículo 33, siendo precisamente esa misma fecha en la que entró en vigor en nuestro país el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 10 de noviembre de 2007.

III. CONCLUSIONES

Para el caso español, destaca la fecha de 1 de mayo de 2011, por ser entonces cuando entró en vigor el Convenio, el cual sigue las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de adoptar los medios para que la globalización económica no vaya en detrimento de la protección social.

El Convenio fue ideado como un mecanismo para promover la coordinación normativa en materia de protección social, respetando los Sistemas Nacionales de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos. Al día de hoy ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú y Portugal. El propósito es alcanzar un espacio de protección para más de 600 millones de personas, y así que puedan irse sumando al mismo el resto de países firmantes a medida de que vayan ratificando el Acuerdo.

Es más, a propósito de la importancia que este Convenio supone para España y sus trabajadores afiliados y procedentes de países de Iberoamérica, según datos proporcionados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social a fecha de enero de 2016, del total de trabajadores de extranjeros que cotizan en el Sistema de la Seguridad Social, según procedencia, tras Rumanía (285.290), Marruecos (201.961), China (92.829) e Italia (71.956), se encuentran países como Ecuador (66.265), y en un menor número Bolivia (54.778). Entre estos dos últimos países, más de 100.00 trabajadores podrían verse beneficiados del Acuerdo y del Convenio que se ha analizado en el presente artículo.

Recibido: 18.11.2016. Aceptado: 21.12.2016.

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”.

JOSÉ ANTONIO IGLESIAS CÁCERES

NATALY RODRÍGUEZ BESSIO

Docentes de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad de la República. Uruguay

RESUMEN

El artículo 30 distingue entre la ratificación, aceptación o aprobación, –previstas en el inciso primero–, y la adhesión –prevista en el inciso segundo– por parte de todos los Estados que integran la Comunidad Iberoamericana.

PALABRAS CLAVES: Ratificación, aceptación, aprobación, adhesión, enmienda.

ABSTRACT

Article 30 distinguishes between ratification, acceptance or approval –considered in the first clause– and adhesion –considered in the second clause– of States which are part of the Ibero-American Community.

KEYWORDS: Ratification, acceptance, approval, adhesion, amendment.

SUMARIO

I. RATIFICACIÓN, ACEPTACIÓN, APROBACIÓN O ADHESIÓN

II. ARTÍCULO 30 INCISO PRIMERO

A. PAÍSES QUE HAN FIRMADO EL CONVENIO

B. PAÍSES QUE AÚN NO HAN FIRMADO EL CONVENIO

C. FECHAS EN QUE HA SIDO FIRMADO EL CONVENIO

D. FECHAS EN QUE HA SIDO RATIFICADO EL CONVENIO

E. PAÍSES QUE NO HAN RATIFICADO EL CONVENIO

F. DEPÓSITO DE INSTRUMENTOS DE RATIFICACIÓN, ACEPTACIÓN O APROBACIÓN

III. ARTÍCULO 30 INCISO SEGUNDO

IV. BREVES CONCLUSIONES

I. RATIFICACIÓN, ACEPTACIÓN, APROBACIÓN O ADHESIÓN

El artículo 30 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social refiere a la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados Parte.

El presente artículo diferencia claramente por un lado la voluntad de ratificación, aceptación o aprobación del Convenio, lo que implica un fuerte compromiso de los Estados Parte que expresan así su voluntad, de aquellos Estados que tan solo adhieren al mismo, los cuales sin asumir un grado de compromiso tan firme como los anteriores (quizás porque en el ámbito interno necesitan más tiempo para poder asumir un compromiso mayor) dejan, sin embargo, la puerta abierta a una eventual futura ratificación.

II. ARTÍCULO 30 INCISO PRIMERO

El inciso primero del artículo 30 establece que los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en la Secretaría General Iberoamericana a través de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

Luego de la firma del Convenio por cada Estado Parte, éste deberá ser ratificado, aceptado o aprobado, de conformidad con los requerimientos exigidos por el ordenamiento jurídico de cada país, con la finalidad de otorgarle fuerza obligatoria.

En cuanto al contenido de los términos aceptación y ratificación, el Convenio ha seguido el criterio de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los Tratados que, en su artículo 2, literal b), establece que “se entiende por «ratificación», «aceptación», «aprobación» y «adhesión», según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado”.

Debemos agregar que el artículo 14, numeral 2 de dicho texto ubica a la aceptación y la aprobación en un mismo plano que la ratificación (“...2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.”)¹.

A su vez, se le asigna a la Secretaría General Iberoamericana el rol de depositario de dichos instrumentos que expresan la voluntad del compromiso asumido por cada Estado Parte.

Debemos recordar que la Secretaría General Iberoamericana tiene como objetivo contribuir al fortalecimiento y la cohesión de la Comunidad Iberoamericana e impulsar su proyección internacional, colaborar en la preparación de las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno en estrecha coordinación con la correspondiente Secretaría Pro Tempore, fortalecer la labor desarrollada en materia de cooperación en el marco de la Conferencia Iberoamericana, de conformidad con el convenio de Bariloche, promover los vínculos históricos, culturales, sociales y económicos entre los países iberoamericanos, reconociendo y valorando la diversidad entre sus pueblos, ejecutar los

¹VII Premio OISS. Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. 2012; p. 108.

mandatos que reciba de las Cumbres y Reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores iberoamericanos y coordinar las distintas instancias de la Conferencia Iberoamericana con los demás organismos iberoamericanos, entre otros.

A. PAÍSES QUE HAN FIRMADO EL CONVENIO

Según la Oficina de Información Diplomática², han firmado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social los siguientes países:

Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

B. PAÍSES QUE AÚN NO HAN FIRMADO EL CONVENIO

Los Países que aún no firmaron el Convenio son: Andorra, Cuba, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Panamá.

C. FECHAS EN QUE HA SIDO FIRMADO EL CONVENIO

En cuanto a las fechas de las firmas del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, el orden cronológico es el siguiente:

En el año 2007: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela; en el año 2008: Colombia y Ecuador; y en el año 2011: República Dominicana.

D. FECHAS EN QUE HA SIDO RATIFICADO EL CONVENIO

Respecto a la fecha de ratificación de los Estados Parte, debemos referir que el primer país en ratificar el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social fue El Salvador en el año 2008. Le siguieron Brasil, Chile, Ecuador y Venezuela en el año 2009; Argentina, Bolivia, España, Paraguay, Portugal en el año 2010; y el último ha sido Uruguay en el año 2011.

E. PAÍSES QUE NO HAN RATIFICADO EL CONVENIO

A la fecha no han ratificado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social: Colombia, Costa Rica y República Dominicana³.

F. DEPÓSITO DE INSTRUMENTOS DE RATIFICACIÓN, ACEPTACIÓN O APROBACIÓN

En cuanto al depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social en la Secretaría General

² <http://www.oiss.org/Estado-de-Situacion.html>.

³ A pesar de realizar consultas a la OISS no hemos obtenido respuestas sobre cuál es la situación de dichos Estados respecto de la razón por la que no ha sido ratificado aún dicho Convenio y cuáles son las perspectivas de futuro.

Iberoamericana a través de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, debemos consignar que en el año 2008 El Salvador fue el primer depositante de dichos instrumentos. Le siguieron Brasil, Chile y Ecuador en el año 2009, España y Portugal en el año 2010, Bolivia, Paraguay y Uruguay en el año 2011, Perú en el año 2014 y finalmente Argentina en el año 2016.

A la fecha no han depositado el acuerdo de ratificación Venezuela, Colombia, Costa Rica y República Dominicana, estos tres últimos países por no haber ratificado aún el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

III. ARTÍCULO 30 INCISO SEGUNDO

El inciso segundo del artículo 30 establece que el presente Convenio estará abierto a la adhesión de todos los Estados que formen parte de la Comunidad Iberoamericana. Estableciendo que los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General Iberoamericana a través de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

El presente Convenio prevé expresamente la posibilidad de que los Estados que no fueron signatarios pueden llegar a formar parte del mismo a través de la adhesión. Podemos advertir claramente la forma diferencial por la cual se ha optado si realizamos la comparación con lo dispuesto por la Convención de Viena en su artículo 15 que establece: “el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la adhesión:

- a) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o
- c) cuando todas las partes hayan consentido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión”.

Debemos destacar que éste inciso viene a poner de manifiesto la vocación de máxima inclusión del presente Convenio, en cuanto establece que todo Estado que forme parte de la Comunidad Iberoamericana se puede adherir al mismo.

A su vez, nuevamente se le asigna a la Secretaría General Iberoamericana el rol de depositario de dichos instrumentos que expresan la voluntad de adhesión de cada Estado Parte.

IV. BREVES CONCLUSIONES

A modo de breves conclusiones debemos decir que el presente artículo diferencia claramente por un lado la voluntad de ratificación, aceptación o aprobación del Convenio, lo que implica un fuerte compromiso de los Estados Parte que expresan así su voluntad, de aquellos Estados que tan solo adhieren al mismo, pero sin cerrar la puerta a futuras ratificaciones. Es de esperar que en un futuro no muy lejano todos los países que aún faltan por ratificar el presente Convenio lo hagan, fortaleciendo así el

sistema de Seguridad Social Iberoamericano y haciendo posible la concreción de un derecho humano fundamental como es el de la Seguridad Social.

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”.

MOHAMMED SAAD BENTAOUET

Asistente Honorario del Departamento de Derecho Internacional Público y de Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla (España)

RESUMEN

La entrada en vigor es la culminación de todo un proceso de negociación, firma y satisfacción de las condiciones reseñadas en el mismo Convenio, para que sea efectivo y obligatorio para las partes, y beneficioso para los trabajadores de los Estados que lo han ratificado. El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), tema de este artículo, se consolida como un instrumento de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social en materia de pensiones de los Estados Iberoamericanos.

PALABRAS CLAVE: entrada en vigor, Convenios Internacionales, ratificación.

ABSTRACT

The entry into force is the culmination of a process of negotiation, signature and satisfaction of the conditions outlined in the Convention itself, so that it is effective and binding for the parties and beneficial to the workers of the States that have ratified it. The Multilateral Ibero-American Social Security Convention (CMISS), the subject of this article, is consolidated as an instrument for the coordination of social security legislation in the area of pensions in Ibero-American States.

KEYWORDS: entry into force, International Conventions, ratification.

SUMARIO

I. ENFOQUE Y PROPÓSITO DEL CONVENIO

II. EL ARTÍCULO 31 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU ENTRADA EN VIGOR:

III. LA ENTRADA EN VIGOR Y LA RETROACTIVIDAD DEL CONVENIO:

IV. CONCLUSIONES

I. ENFOQUE Y PROPÓSITO DEL CONVENIO

El objetivo de este estudio es exponer y reflexionar sobre el artículo 31 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), y de su entrada en vigor. Los tratados y los Convenios internacionales forman parte de la rama del derecho internacional.

Por ello, este artículo toma en cuenta la perspectiva del derecho internacional tal como ha explicado el Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo Jesús María GALIANA MORENO, al señalar que “el tema de la vigencia de los tratados internacionales de carácter laboral, exige, sin duda, reflexionar sobre una serie de puntos o problemas que por su propia índole escapan al campo acotado por los especialistas en Derecho del trabajo para hundir de lleno sus raíces en la órbita propia de los internacionalistas. Se exige, así, una salida al campo ajeno, a un campo especialmente complejo además, como es el del Derecho internacional público”¹.

Los Convenios son fuente directa y plenamente eficaces en el derecho interno una vez publicados oficialmente. Por tanto, son susceptibles de crear derechos y obligaciones directamente exigibles por los particulares e se pueden invocar ante los órganos judiciales y administrativos. En el caso que nos interesa, los convenios sobre la seguridad Social reconocen a los nacionales de las partes derecho a prestaciones por jubilación, invalidez, supervivencia, enfermedad, maternidad o por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, regulan el pago de las prestaciones y, en algunos casos, prevén la posibilidad de su revisión.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS) agrupa, de momento, a 15 Estados de los 22 que componen la Comunidad Iberoamericana², es un marco común de normas de Seguridad Social, y se configura como la base normativa del que será uno de los instrumentos jurídicos vinculantes más importantes de los establecidos hasta el momento por esta Comunidad. Mediante este instrumento, las trabajadoras y 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.

Uno de los elementos caracterizadores de las relaciones entre los Estados iberoamericanos, ha sido los movimientos y los desplazamientos de personas/trabajadores, bien arraigado en una historia compartida de varios siglos sobre la cual se cimentaron las bases del actual sistema³. En este sentido, afirma DÍAZ BARRADO que “el fenómeno de las migraciones en la Comunidad Iberoamericana no se puede separar de los fundamentos sobre los que se asienta esta Comunidad histórica que, precisamente, favorecen los flujos migratorios y que obligan, en consecuencia, a que se den respuestas que resulten satisfactorias para la cooperación entre los Estados

¹Galiana Moreno J.M.; “La Vigencia en España de los Tratados Internacionales de Carácter Laboral”. Revista de Política Social nº121, p.175.

² Estados como Andorra, Cuba, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Panamá aún no han firmado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS).

³Eguren J.; “Hacia la creación de un Sistema Migratorio Iberoamericano”. Informe OBIMID. Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, Universidad Pontificia Comillas, Julio 2015, p.7.

iberoamericanos”⁴. Esas migraciones interregionales en el seno de Iberoamérica suponen movimientos que implican a millones de personas, en un proceso que afecta prácticamente a todos los países iberoamericanos y que se da en ambos sentidos, en el de inmigración y en el de emigración. Como la mayoría de los países en el mundo, los países iberoamericanos son simultáneamente centros emisores y receptores de flujos migratorios que convergen en varios sistemas migratorios.

En España, principal destino de flujos latinoamericanos en el espacio iberoamericano⁵, la población latinoamericana representaba el 40% de los extranjeros a principios de 2008.

Población total (en miles)	Total de inmigrantes (en miles)	Inmigrantes/población total	Porcentaje de Iberoamericanos/población total	Iberoamericanos total inmigrantes
46063,5	5996,0	13,02	5,22	40,13

España: porcentaje de los inmigrantes en general y los iberoamericanos sobre el total de la población y de inmigrantes⁶.

Esas personas que se trasladan a otro país en busca de un trabajo pueden ser privadas de su derecho a la Seguridad Social cuando los Estados definen de forma soberana el campo de aplicación de sus leyes de seguridad social⁷, invocando unas veces el principio de territorialidad⁸, puesto que la legislación aplicable se rige principalmente por la residencia en el país.

⁴Díaz Barrado, CM.; “Migraciones y Comunidad Iberoamericana de Naciones. Un marco General”. Seminario de Expertos sobre Co-desarrollo y derechos de las personas: el caso de Ecuador, Escuela Diplomática, Madrid, 30 y 31 de mayo de 2011. Disponible en https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/seminarioexpertos/documentos/Castor_Diaz_Barrado_1.pdf (consultado el 26 de marzo de 2017).

⁵“La crisis económica ha tenido en la región un efecto diferenciado en ambos lados del Atlántico. Mientras España y Portugal se han visto fuertemente afectados por la recesión, incluyendo un incremento notable del desempleo, América Latina, aún con excepciones, pasó por la primera fase de la crisis sin apenas notar sus efectos, anclada en unas políticas macroeconómicas prudentes y en la fortaleza de su sector exportador de materias primas. Este crecimiento económico y social sostenido en muchos de los países de América Latina ha puesto de manifiesto nuevas necesidades en el ámbito laboral”. I Seminario Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo “La movilidad laboral en Iberoamérica”, p.6 disponible en <http://segib.org/wp-content/uploads/migracion-ESP.pdf> (consultado el 27 de Marzo de 2017).

⁶Maguid, A., y Salinas Ulloa V.; “Inserción Laboral y Acceso a Mecanismos de Seguridad Social de los Migrantes en Iberoamérica”. Serie Población y Desarrollo 96. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, Santiago de Chile, 2010, p.15.

⁷González Ortega S.; “La Protección Social de los Trabajadores Extranjeros”, p. 49, disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113305.pdf> (consultado el 27 de marzo de 2017).

⁸ “La territorialidad de las leyes de Seguridad Social se está contemplando casi siempre una sola cara del problema de su aplicación en el espacio. Hay que tener presente que el hecho de la emigración se basa en la existencia de un país de emigración o salida y un país de inmigración o entrada, cuyos ordenamientos pueden tener una perspectiva opuesta. Si, en términos generales, los países de inmigración son territorialitas, no hay que ignorar la posición de los países de emigración, naturalmente defensores de

Ante esta realidad, las normas reguladoras de las relaciones laborales tuvieron que adaptarse a este carácter internacional, ante el riesgo de perder su eficacia protectora de los derechos de los trabajadores⁹. En esta línea, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social surge de la necesidad de brindar protección a los derechos individuales de millones de trabajadores migrantes y sus familias, como un elemento fundamental de cohesión social, al tiempo que promueve un sentido de pertenencia a una Comunidad propia e infunde una cierta noción de ciudadanía iberoamericana.

II. EL ARTÍCULO 31 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU ENTRADA EN VIGOR

Se entiende por entrada en vigor de un Convenio el momento en el que adquiere plena eficacia jurídica, esto es, pasa a ser obligatorio y es susceptible de aplicación en los términos previstos por sus disposiciones, entre unos contratantes a los que a partir de entonces se llama partes. La entrada en vigor de los Tratados y los Convenios internacionales se encuentra regulada en el artículo 24 de la Convención de Viena¹⁰, que establece como regla general el respeto de la voluntad de los negociadores expresada en el Tratado o en un acuerdo aparte, simultáneo o posterior. En general todos los Tratados contienen cláusulas expresas acerca de su entrada en vigor. El propio Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS) establece en su artículo 31, y en el artículo 33 de su Acuerdo de Aplicación, el procedimiento de entrada en vigor de ambos instrumentos.

Lo usual en los Convenios es prever el depósito de un número de consentimientos (rectificación, firmas, etc.) y el transcurso de un cierto tiempo. Si el umbral de consentimientos requeridos es bajo, el tratado podrá entrar en vigor con rapidez para las partes que han prestado el consentimiento. E incluso puede ser ejemplar y estimulante

critérios extraterritoriales que permiten seguir tutelando a sus súbditos emigrados. Cuando tanto el país de inmigración como el de emigración mantienen criterios de territorialidad, automáticamente queda el trabajador incluido en el ordenamiento de Seguridad Social del nuevo país de residencia, y separado del ordenamiento del país de procedencia. Pero si el país de inmigración mantiene un principio territorial y el de emigración un principio de protección extraterritorial, se producirá, no un conflicto de leyes, sino una ocurrencia de normas en el espacio, que dará lugar a una duplicidad de situaciones jurídicas”. Cfr. Montoya Melgar A.; “El Derecho Internacional de la Seguridad Social”, p. 404. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?>, (Consultado el 25 de marzo de 2017).

⁹El derecho a la Seguridad Social se inscribe en el ámbito de los derechos humanos, tal como está reflejado en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el en su artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

¹⁰El Artículo 24 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señala: 1. Un tratado entra en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores. 2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado. 3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, éste entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa. 4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticación de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado, se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto.

para el resto de Estados en los que aún no ha entrado en vigor. Ya en vigor, el Convenio adquiere fuerza obligatoria: los Estados Partes quedan sometidos a la regla *pacta sunt servanda*. Lógicamente, la obligatoriedad del tratado solo tiene vigencia para los Estados parte, y los terceros quedan ajenos al mismo¹¹.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS) entró en vigor el 1 de mayo de 2011, tras ser ratificado por siete Estados. El primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que se haya depositado el séptimo instrumento de ratificación, el día 2 de febrero de 2011 por parte de Bolivia, conforme a lo previsto en el artículo 31.1. De acuerdo con ese mismo artículo, la efectividad del Convenio queda condicionada a la firma por dichos Estados del Acuerdo de Aplicación¹² que lo desarrolla, de conformidad con su artículo 33.1 que señala que: “el presente Acuerdo entrará en vigor en la fecha de la firma, respecto de los Estados que hayan ratificado o adherido al Convenio, siempre que éste se encuentre vigente”.

Tal como ha sido explicado en el apartado primero del artículo 31, se establecen las condiciones para que pueda entrar en vigor el Convenio y para que produzca efectos entre los Estados Parte. Para ello, dispone:

- a) la cantidad mínima de instrumentos de ratificación necesarios (siete Estados);
- b) la fecha a partir de la cual, alcanzado dicho número de países, entraría en vigor el Convenio (1^{er} día del 3^{er} mes siguiente a la fecha de depósito del séptimo instrumento de ratificación);
- c) que es condición de eficacia del Convenio que también se haya suscrito por esos Estados el Acuerdo de Aplicación.

En lo que se refiere al procedimiento de ratificación, dada la carencia de entidad jurídica de la Comunidad Iberoamericana, quedaba sujeto a los procesos internos de cada uno de los Estados. Asimismo, instrumentos de ratificación señalados en la letra a) debían depositarse ante la Secretaria General Iberoamericana (SEGIB), a través de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS).

Hasta la fecha, el Acuerdo ha sido firmado por 11 Estados (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España¹³, Paraguay, Perú, Portugal y Uruguay), que suman una población total de aproximadamente 390 millones de habitantes.

¹¹Sánchez, V.M.; (Director) Derecho Internacional Público. Barcelona, Huygens, 2012, pp.71-72.

¹²Hasta el momento, las dos condiciones reseñadas en el artículo 31 (CMISS) y del artículo 33 de su Acuerdo de aplicación, han sido satisfechas por España, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Ecuador, Paraguay, Perú, Portugal y Uruguay. En España el Convenio tiene efectividad desde el 1 de mayo de 2011, en Bolivia 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 en Perú desde el 20 de octubre de 2016.

¹³La ratificación por España se publicó en el BOE de 30 de abril de 2011. Que se haya firmado el Acuerdo de Aplicación que lo desarrolla. España lo firmó el 13 de octubre de 2010 y Bolivia el 18 de abril de 2011. El texto del Convenio Multilateral Iberoamericano, hecho en Santiago de Chile el 10 de noviembre de 2007, y que está abierto a la firma de los Estados miembros de la Comunidad

Países que lo han firmado	Fecha Firma Convenio	Fecha Ratificación	Fecha depósito Instrumento de Ratificación en SECIB-OISS	Fecha Suscripción Acuerdo Aplicación	Aplicación Efectiva Convenio
Argentina	10/11/2011	09/06/2010	31/05/2016	31/05/2016	01/08/2016
Bolivia	10/11/2011	08/11/2010	02/02/2011	18/04/2011	01/05/2011
Brasil	10/11/2011	30/10/2009	11/12/2009	19/05/2011	19/05/2011
Chile	10/11/2011	18/11/2009	30/11/2009	01/09/2011	01/09/2011
Colombia	26/11/2008				
Costa Rica	10/11/2011				
Ecuador	07/04/2008	31/08/2009	04/11/2009	20/06/2011	20/06/2011
El Salvador	10/11/2011	29/05/2008	04/09/2008	17/11/2012	17/11/2012
España	10/11/2011	05/02/2010	12/02/2010	13/10/2010	01/05/2011
Paraguay	10/11/2011	15/12/2010	09/02/2011	28/10/2011	28/10/2011
Perú	10/11/2011	12/09/2013	30/01/2014	20/10/2016	20/10/2016
Portugal	10/11/2011	27/10/2010	22/12/2010	19/03/2013	21/07/2014
República Dominicana	07/10/2011				
Uruguay	10/11/2011	24/05/2011	26/07/2011	26/07/2011	01/10/2011
Venezuela	10/11/2011	16/02/2009			

Tabla del Estado actual del Convenio (diciembre 2016)

III. LA ENTRADA EN VIGOR Y LA RETROACTIVIDAD DEL CONVENIO

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), cuya finalidad concreta es evitar la pérdida de los derechos contributivos, se aplica 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”¹⁴. Lo que significa a los trabajadores nacionales de los países miembros de la Comunidad que desarrollen una actividad dependiente o no dependiente, de forma legal, en cualquiera de los Estados parte, en virtud de la cual queden incluidos en el campo de aplicación personal de los respectivos sistemas nacionales, así como a sus familiares. Si bien la ratificación del CMISS es un paso crucial para el acceso a la Seguridad Social de las y los trabajadores migrantes en Iberoamérica. No obstante, el reconocimiento del derecho a las prestaciones reguladas en el convenio está conectado con la existencia de determinadas circunstancias o situaciones: las contingencias¹⁵.

En los Convenios internacionales de la Seguridad social hay dos vías: en la primera, que el derecho a la prestación se reconoce respecto de contingencias ocurridas antes de la entrada en vigor del tratado, en este caso, la aplicación de éste resulta retroactiva en este punto. En la segunda, que el derecho a la prestación se contempla exclusivamente

Iberoamericana, fue publicado en el BOE de 8 de enero de 2011 (pp. 1645 a 1665), junto al Acuerdo de Aplicación, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009 (pp. 1630 a 1645). <https://www.boe.es/boe/dias/2011/01/08/pdfs/BOE-A-2011-396.pdf> (Consultado el 27 de marzo de 2017).

¹⁴El artículo 2 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

¹⁵A mayor abundamiento sobre el tema de las contingencias de este Convenio, véase Sánchez-Rodas Navarro, C.; Artículo 3. Campo de aplicación Material. e-Revista Internacional de la Protección Social n°2/2016, pp. 32-41.

respecto de contingencias ocurridas después de la entrada en vigor del tratado, lo que significa que su aplicación será irretroactiva o se producirá con efecto inmediato. Esta última posibilidad se presenta cuando las contingencias que según el tratado pueden dar derecho a una prestación están conectadas con la necesidad de cubrir determinados periodos de seguro. Es lo que suele ocurrir, por ejemplo respecto de las pensiones de jubilación o invalidez, cuyo reconocimiento suele exigir un periodo de cotización mínimo previo al momento en que se dan las circunstancias que provocan el derecho a tal prestación.

El objetivo que se persigue con el reconocimiento del derecho a una prestación no es otro sino el abono de los derechos económicos derivados de tal reconocimiento. Si el abono o pago de las prestaciones se hace, en virtud del Convenio, respecto de periodos de tiempo anteriores a la entrada en vigor del tratado, la aplicación del tratado en este punto será retroactiva. En este caso la retroactividad del reconocimiento del derecho a la prestación se combina con la retroactividad del pago de la misma. Si el pago se efectúa sólo respecto de periodos posteriores a la entrada en vigor del mismo, la aplicación resulta irretroactiva¹⁶.

Asimismo, los convenios internacionales de Seguridad Social prevén el cómputo de los periodos de seguro cumplidos antes de la entrada en vigor a la hora de proceder al reconocimiento de la prestación, lo que supondrá una aplicación retroactiva si el cómputo afecta a una prestación que se reconoce también retroactivamente o supondrá una aplicación con efecto inmediato cuando la contingencia se produce después de la entrada en vigor. En este convenio, a diferencia de otros, no se exige según su artículo 25¹⁷, que el beneficiario tuviere que tener períodos de cotización posteriores a la vigencia para que el mismo resultara aplicable. En efecto, el trabajador podrá obtener el derecho a prestaciones aunque todos los períodos de cotización o empleo sean anteriores al Convenio.

IV. CONCLUSIONES

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se configura como un instrumento de singular relieve en el actual fenómeno de globalización, y los diversos procesos de cooperación e integración, en el que no sólo hay una notable movilidad internacional de capitales, tecnología, sino también de flujos de trabajadores, constituyéndose en un mecanismo que promueve la coordinación normativa en materia de protección social, respetando los sistemas nacionales de Seguridad Social de los diferentes Estados de la región, la igualdad de trato, conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los 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. Es por tanto garantía económica en la vejez de este importante

¹⁶Orihuela Calatayud, E.; *Los Tratados Internacionales y su Aplicación en el Tiempo: Consideraciones sobre el Efecto Inicial de las Disposiciones Convencionales*. Madrid, Dykinson, D.L. 2004, p. 101.

¹⁷El apartado primero del Artículo 25 señala que “la aplicación del presente Convenio otorgará derecho a prestaciones por contingencias acaecidas con anterioridad a la fecha de su vigencia”. También el apartado segundo señala que “todo período de seguro, cotización o empleo, acreditado bajo la legislación de un Estado Parte antes de la fecha de aplicación del presente Convenio en el Estado Parte interesado, se tomará en cuenta para la determinación de los derechos originados conforme al presente Convenio”.

colectivo especialmente vulnerable. Aunque conviene tomar en cuenta las dificultades reales que enfrentan los Estados para garantizar su aplicación y la portabilidad de beneficios sociales.

ARTÍCULO 32

“Enmiendas

1. La OISS recopilará las propuestas de enmiendas al Convenio que presenten los Estados Parte para los que esté vigente y a solicitud de tres de ellos, por medio de las respectivas Autoridades Competentes o pasados tres años, convocará a una Conferencia de Partes para su tratamiento.

2. Toda enmienda aprobada por la Conferencia de Partes estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

3. Toda enmienda refrendada de conformidad con los apartados 1 y 2 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en la Secretaría General Iberoamericana, a través de la OISS, el instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.

4. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante sólo para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones del presente Convenio, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

JOSÉ ANTONIO IGLESIAS CÁCERES

NATALY RODRÍGUEZ BESSIO

Docentes de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay

RESUMEN

El artículo 32 establece un procedimiento para la recepción de enmiendas por los Estados Parte, y la convocatoria de la Conferencia de Partes; a su vez, también refiere a la ratificación, aceptación o aprobación de aquella enmienda aprobada por la Conferencia de Partes, al plazo para su vigencia y a la vinculación de la misma.

PALABRAS CLAVES: Ratificación, aceptación, aprobación, adhesión, enmienda.

ABSTRACT

Article 32 establishes a procedure for the reception of amendments by the Member States and the call to the Stakeholders Conference. It also refers to the ratification, acceptance or approval of amendments approved by the Stakeholders Conference, the period for their validity and how they compel each Member State.

KEYWORDS: Ratification, acceptance, approval, adhesion, amendment.

SUMARIO

I. ARTÍCULO 32 INCISO PRIMERO

II. ARTÍCULO 32 INCISO SEGUNDO

III. ARTÍCULO 32 INCISO TERCERO

IV. ARTÍCULO 32 INCISO CUARTO

V. BREVES CONCLUSIONES

I. ARTÍCULO 32 INCISO PRIMERO

La norma general para la enmienda de tratados multilaterales es que pueden ser modificados por acuerdo de Partes, conforme a lo dispuesto por la Convención de Viena de 1969. En cuanto a las reglas aplicables para ello, dicho instrumento rige en caso que el tratado no disponga otra cosa (artículo 39 de la Convención de Viena)¹.

El artículo 32 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social establece en su primer inciso que la Organización Iberoamericana de Seguridad Social recopilará las propuestas de enmiendas al Convenio que presenten los Estados Parte para los que está vigente y a solicitud de tres de ellos, por medio de las respectivas Autoridades Competentes o pasados tres años, convocará a una Conferencia de Partes para su tratamiento.

De esta forma el Convenio modifica el sistema propuesto por la Convención de Viena, debido a que establece un sistema centralizado en la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

II. ARTÍCULO 32 INCISO SEGUNDO

El inciso segundo establece que toda enmienda aprobada por la Conferencia de Partes estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

De este inciso se desprende claramente que una vez aprobada la enmienda por la Conferencia, ésta no tiene vigencia inmediata, sino que requiere necesariamente para su efectividad de la ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

III. ARTÍCULO 32 INCISO TERCERO

El inciso tercero establece que toda enmienda refrendada de conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 32 entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite, en la Secretaría General Iberoamericana a través de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, el instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.

Tal cual lo establece este inciso tercero, no basta con la ratificación, aceptación o aprobación de la enmienda por un Estado Parte, sino que se va a requerir para su entrada en vigor que transcurra un plazo de noventa días después que la misma se deposite en la Secretaría General Iberoamericana, a través de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

Se busca con ello dar mayores garantías a los Estados Parte, así como el tiempo necesario para procesar los eventuales ajustes en la aplicación del Convenio.

¹VII Premio ISS. Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. 2012; p. 111.

IV. ARTÍCULO 32 INCISO CUARTO

Finalmente, el inciso cuarto establece que cuando una enmienda entra en vigor será vinculante sólo para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto.

Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Respecto de este artículo 32 en particular, debemos decir que a la fecha según datos proporcionados por la Secretaría General Iberoamericana no se ha formulado ninguna enmienda al Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Ni tampoco se ha planteado ninguna controversia entre los Estado Parte en los términos referidos en el mismo.

Las lógicas diferencias de interpretación entre los Estado Parte se han planteado y, en la medida de lo posible resuelto en el seno del Comité Técnico Administrativo del Convenio, que hasta la fecha se ha reunido presencialmente en siete ocasiones y creado en sus seno tres comisiones (jurídica, informática y de gestión), en las que se han suscitado y debatido las distintas cuestiones planteadas, esencialmente referidas a los procesos de gestión.

V. BREVES CONCLUSIONES

En definitiva, el presente Convenio modifica el sistema propuesto por la Convención de Viena, debido a que establece un sistema centralizado en la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

Se establece claramente que una vez aprobada la enmienda por la Conferencia, ésta no tiene vigencia inmediata, sino que requiere necesariamente para su efectividad de la ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

A su vez se busca dar mayores garantías a los Estados Parte, así como el tiempo necesario para procesar los eventuales ajustes en la aplicación del Convenio.

Finalmente, las lógicas diferencias de interpretación entre los Estado Parte se han planteado y, en la medida de lo posible, resuelto en el seno del Comité Técnico Administrativo del Convenio, no habiéndose formulado a la fecha ninguna enmienda al Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

ARTÍCULO 33

“Denuncia del convenio

- 1. El Convenio podrá ser denunciado por cualquiera de los Estados Parte, teniéndose en cuenta que la correspondiente denuncia deberá ser notificada por escrito a la Secretaría General Iberoamericana, a través de la OISS, produciendo efectos la misma, respecto de dicho Estado, a los doce meses, contados desde la fecha de su recepción.*
- 2. En caso de denuncia, las disposiciones del presente Convenio continuarán aplicándose, en el respectivo Estado Parte, a los derechos ya reconocidos o solicitados con anterioridad.*
- 3. Los Estados Parte podrán establecer acuerdos especiales para garantizar los derechos en curso de adquisición derivados de los períodos de seguro o equivalentes cumplidos con anterioridad a la fecha de término de la vigencia del Convenio”.*

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ

Profesor de Derecho Laboral y de Seguridad Social
Universidad Jesuita Antonio Ruiz de Montoya
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un análisis de las disposiciones legales del artículo 33 del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, comentando así las figuras y repercusiones que tiene el mencionado artículo. Para ello, veremos las figuras que se encuentran en este dispositivo legal, a fin de realizar el análisis de estas. Nos remitiremos a los sustentos en el marco jurídico internacional, haciendo un ejercicio de comparación para el mayor entendimiento. Empezaremos haciendo una revisión de la figura de la denuncia del tratado y el desarrollo normativo internacional de ésta. Luego se profundiza esta figura y la forma como se ha regulado en el Convenio, el modelo adoptado y los efectos que tiene frente a un Estado parte denunciante.

PALABRAS CLAVES: Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, Derecho Internacional Público, denuncia de tratado.

ABSTRACT

In the present work an analysis of the legal provisions of article 33 of the Ibero-American Social Security Convention is made, commenting on the legal forms and repercussions that the mentioned article has. Thus, we will make an analysis of the legal forms contained in this legal device. We will refer to the bases in the international legal framework, making a comparison exercise for the greater understanding. We will begin by reviewing the legal figure of the denunciation of Treaty and the development of its international normative. Then, we focus on this legal figure and the way it has been regulated by the Convention, the model adopted and the effects it has on a complainant State party.

KEYWORDS: Ibero-American Multilateral Convention on Social Security, Public International Law, denunciation of Treaty.

RESUMO

Neste trabalho, nós o faremos uma análise das disposições legais do artigo 33 da Convenção. Comentaremos sobre a regulação e as repercussões desse artigo nos Estados Partes. Para fazer isso, veremos as regulações deste artigo, para logo realizar a análise destes. Veremos a sua regulação no quadro jurídico internacional, fazendo um exercício de comparação para uma maior compreensão deste. Vamos começar por rever a figura da denúncia do tratado e desenvolvimento da regulamentação internacional deste. Finalmente, irá aprofundar e analisar esta figura, a forma como ele foi regulamentada pela Convenção e o modelo adotado para os efeitos da denúncia por um Estado Parte.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção Multilateral Ibero-americano para a Seguridade Social, Direito Internacional Publico, denúncia daconvenção.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. EL DERECHO DE DENUNCIA DE UN TRATADO

- A. EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA DE LOS ESTADOS
- B. LA CONVENCIÓN DE VIENA
- C. EL DERECHO DE DENUNCIA EN LOS CONVENIOS OIT
- D. LA DENUNCIA DE TRATADOS EN AMÉRICA LATINA

III. LA DENUNCIA EN EL CONVENIO IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

- A. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL
- B. EL ARTÍCULO 33 DEL CONVENIO MULTILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL
- C. LOS EFECTOS DE LA DENUNCIA DEL TRATADO
 - 1. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS
 - 2. LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS ESPECIALES

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es un instrumento legal elaborado tras la realización de diversas conferencias de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Fue resultado de un intenso debate y negociación entre los Estados miembros de la OISS. Con la firma de este instrumento y las posteriores ratificaciones y aplicaciones en los países miembros se logró, según los datos que presenta la OISS “la protección de los derechos de millones de trabajadores migrantes, sus familias y trabajadores de multinacionales en el ámbito de prestaciones económicas, mediante la coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones, como garantía de la seguridad económica en la vejez, la incapacidad o muerte, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos”.

De esta manera con este Convenio, con su aplicación plena, se lograría en la región iberoamericana la obtención del derecho a la seguridad social. En este marco, el presente trabajo tiene la finalidad de analizar los alcances de las disposiciones contenidas en el artículo 33 del Convenio. Para ello, no solo se tendrá como base las consideraciones relativas a la seguridad social, sino también se incorporará un análisis a partir del derecho internacional público.

En tal orden de ideas, es de tenerse en cuenta que el artículo 33 del Convenio dispone lo siguiente:

“1. El Convenio podrá ser denunciado por cualquiera de los Estados Parte, teniéndose en cuenta que la correspondiente denuncia deberá ser notificada por escrito a la Secretaría General Iberoamericana, a través de la OISS, produciendo efectos la misma, respecto de dicho Estado, a los doce meses, contados desde la fecha de su recepción.

2. En caso de denuncia, las disposiciones del presente Convenio continuarán aplicándose, en el respectivo Estado Parte, a los derechos ya reconocidos o solicitados con anterioridad.

3. Los Estados Parte podrán establecer acuerdos especiales para garantizar los derechos en curso de adquisición derivados de los períodos de seguro o equivalentes cumplidos con anterioridad a la fecha de término de la vigencia del Convenio”.

Así visto, una importante materia sobre la cual gira el citado artículo es la relativa a la denuncia de tratados, los derechos adquiridos y la celebración de los acuerdos especiales.

II. EL DERECHO DE DENUNCIA DE UN TRATADO

La denuncia de tratados, como figura del derecho internacional público, se encontraba regulada como la mayoría de este tipo de derecho por la costumbre internacional. No obstante, esto fue modificándose con la mayor codificación del mismo en diversos instrumentos internacionales. Así, cada tratado y cada organización internacional han comenzado a establecer el procedimiento de ésta.

Todo ello fundado en el principio de la soberanía de los Estados, quienes son sujetos de derecho internacional. Veamos la configuración del principio de soberanía de los Estados y la manera como se ha desarrollado la regulación de la denuncia de tratados en las reglas generales del derecho internacional público.

A. EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

Este concepto fue introducido por primera vez en el Tratado de Westfalia¹. Es decir, la participación de un Estado en un tratado es un atributo esencial de la soberanía². Al respecto, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone el conocido *iustractatum*, en el sentido que “*todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados*” (artículo 6).

Sobre el particular, cabe recordar que los tratados requieren no sólo de la negociación entre los Estados Parte, sino además de la firma o suscripción de éstos y posterior ratificación para entenderse obligados, o su adhesión. No obstante, si la intención del Estado Parte es desvincularse del tratado, entonces se aplicarán de manera automática los artículos 54 y 56 referidos *supra*.

Dentro de las potestades que genera la soberanía se encuentra la de firmar y ratificar tratados. Como se constata, la soberanía es una característica propia e inherente de un Estado, con lo cual le permite determinar las relaciones de las que va a ser parte junto a otros Estados y de los que quiere dejar de ser parte.

Esta característica se ha puesto a debate sobre todo en los últimos años, debido a que dentro de la comunidad internacional se tienen instrumentos como son el Consejo de Seguridad, instrumento que, mediante algunas de sus medidas, se podría concluir que vulnera las soberanías de algunos Estados. Otra de las discusiones en la misma línea es de los tratados que se convierten en *ius cogens*, con lo cual un Estado puede determinar no estar dentro de un determinado tratado. Sin embargo, si éste ha sido adoptado por una mayoría de Estados se convierte en una norma *ius cogens*, con lo cual deberá de cumplirla aunqueno lo haya ratificado.

Finalmente, algunos estudios, y más aún los discursos políticos, mencionan que de alguna manera los tratados de Derechos Humanos han venido limitando la soberanía de los Estados. La verdad es que el principio de soberanía de los Estados, al igual que muchas figuras jurídicas, se mantiene en una constante evolución, con lo cual la

¹Tratado de paz firmado entre el Sacro Imperio Romano Germánico y el Rey de Francia y sus aliados, en Westfalia, el 24 de octubre de 1648.

²Otro dispositivo importante en esta materia es la Convención de Montevideo de 1933 “Sobre los Derechos y Deberes de los Estados”, en donde se señalan los requisitos que debe tener un Estado para con ello tener soberanía. Actualmente es en la Carta de la Naciones Unidas en su segundo artículo, en donde se establece el principio de igualdad soberana entre los Estados. En base a ello los Estados cuentan con la capacidad interna de gobernar el país, y por tanto de manejar sus asuntos públicos. Mientras que en el ámbito del Derecho Internacional Público se establece como la capacidad de poder relacionarse con los demás Estados de manera igualitaria. Ésta no puede ser ejercida por una persona, solo puede ser ejercida por el Estado a través de sus órganos de representación y que han sido dotados con esa capacidad. Es además un principio inalienable, es decir que ningún órgano u otro Estado podrá limitar la soberanía que tiene su par.

configuración de éste no es la misma de antes, aunque ésta sigue siendo la gran característica de los Estados.

B. LA CONVENCIÓN DE VIENA

Conforme a la “*Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*”, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969 y en vigor internacional desde el 27 de enero de 1980, se tiene que:

“Artículo 54. Terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes.

La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar:

- a) conforme a las disposiciones del tratado, o*
 - b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.*
- (...)

56. Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro.

1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos:

- a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro, o*
- b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.*

2. Una parte deberá notificar con doce meses, por lo menos, de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo I” (Subrayado agregado).

La denuncia de un tratado es entendida como la manifestación de un Estado de su voluntad de terminar con la vigencia de dicho tratado o de hacer prevalecer su cláusula rescisoria, a fin de poner término a su relación con el mismo³. Es decir, “la denuncia es la declaración unilateral de una parte de un tratado que, con relación a la parte que hace la declaración, se propone la terminación de dicho tratado de acuerdo con la voluntad de las partes”⁴.

Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional ha señalado sobre el artículo 54 (entonces artículo 51) lo siguiente:

³En realidad, “los convenios nacen y se extinguen generalmente según el procedimiento que ha ido desarrollándose para la conclusión y extinción de los tratados en sentido estricto...” (Verdross, A.; Derecho Internacional Público. Ed. Aguilar, Madrid, 1963, p.92).

⁴Monroy Cabra, M.G.; Derecho Internacional Público. 2ª ed. Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1986, p.75.

“(1) the majority of modern treaties contain clauses fixing their duration or the date of their termination or a condition or event which is to bring about their termination, or providing for a right to denounce or withdraw from the treaty. In these cases the termination of the treaty is brought about by the provisions of the treaty itself, and how and when this is to happen is essentially a question of interpreting and applying the treaty. The present article sets out the basic rules governing the termination of a treaty through the application of its own provisions.

(5) The article is thus confined to two clear and simple rules. A treaty may be terminated or a party may terminate its own participation in a treaty by agreement in two ways: (a) in conformity with the treaty, and (b) at any time by consent of all the parties”.

Por su parte, respecto del artículo 56 (entonces artículo 53), la Comisión de Derecho Internacional ha indicado que:

“(1) Article 53 covers the termination of treaties which neither contain any provision regarding their duration or termination nor mention any right for the parties to denounce or withdraw from them. Such treaties are not uncommon (...).

(5) The article states that a treaty not making any provision for its termination or for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless "it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal". Under this rule, the character of the treaty is only one of the elements to be taken into account, and a right of denunciation or withdrawal will not be implied unless it appears from the general circumstances of the case that the parties intended to allow the possibility of unilateral denunciation or withdrawal.

(6) The Commission considered it essential that any implied right to denounce or withdraw from a treaty should be subject to the giving of a reasonable period of notice. (...) In formulating a general rule, the Commission considered it to be desirable to lay down a longer rather than a shorter period in order to give adequate protection to the interests of the other parties to the treaty. Accordingly, it preferred in paragraph 2 to specify that not less than twelve months' notice must be given of an intention to denounce or withdraw from a treaty under the present article”.

Naturalmente, como todo en el derecho, la primera causa para la existencia de un tratado y para la terminación del mismo entre los sujetos de derecho internacional, en particular los Estados, dependerá de la voluntad de los mismos en obligarse a ciertos deberes o desvincularse de ellos.

En general, la denuncia es una figura regulada por la Convención de Viena⁵ que establece tres formas de que un Estado pueda denunciar un tratado y con esto retirar su

⁵Antes de la Convención de Viena, no se admitía el derecho implícito de denuncia a los tratados internacionales según la teoría clásica, basada en la Declaración de Londres de 1871.

consentimiento hacia él. El Convenio adoptó uno de los modelos que presenta la CV para la denuncia de un tratado, la de regular dentro de sus disposiciones este proceso.

C. EL DERECHO DE DENUNCIA EN LOS CONVENIOS DE LA OIT

El tratado bajo análisis regula el derecho laboral fundamental de la seguridad social. Por tanto, es necesario analizar la manera en que la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organización multilateral de carácter tripartita (representación del Estado, del Sector Trabajador y del Sector Empleador) encargada de velar por los derechos laborales en el ámbito internacional, ha establecido el derecho de denuncia a sus convenios.

La OIT ha establecido en cada convenio las regulaciones y procesos para la denuncia de esos tratados. Todos regulan este derecho de los Estados parte en un artículo contenido en el mismo convenio, en donde se precisa el proceso y las condiciones del mismo, estableciendo el proceso para hacer efectiva la denuncia y con ello terminar con las obligaciones impuestas por el convenio suscrito. Si bien esto está establecido en cada convenio, hay ciertos criterios generales que se comparten. Estos son:

- Desde el convenio 01 al 25. El derecho de denuncia se puede realizar en todo momento, tras un periodo de cinco o diez años de haber entrado en vigor (el plazo dependerá de cada convenio).
- Desde el convenio 26 a los siguientes. El derecho de denuncia se puede realizar luego de un período de cinco o diez años de haber entrado en vigor (el plazo dependerá de cada convenio), pero el derecho solo podrá ser ejercido en el lapso de un año. Análogamente, se podrá ejercer después de períodos subsiguientes de cinco o diez años, según lo determine el Convenio⁶.

Cabe mencionar que dentro de la OIT también existe la “denuncia automática”. Esta se realiza en el momento en que se ratifica un convenio que regula la misma materia y contiene derechos más beneficiosos. Esto ocurrió, por ejemplo, con la ratificación por parte del Perú del Convenio 169 “*Sobre pueblos indígenas y tribales*”, mediante el cual se denuncia automáticamente el Convenio 107 que regulaba la materia. Con esta ratificación y la denuncia automática se termina la relación con el anterior convenio a fin de que sus disposiciones no entren en contradicciones.

La OIT contempla que antes de que un Estado denuncie un convenio se realice una consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Esto se establece en el literal e) del inciso 1) del artículo 5 del Convenio sobre la Consulta Tripartita de 144⁷, adoptado el 21 de junio de 1976, y en vigor internacional desde 16 de mayo de 1978. Una vez que se haga esta consulta, el Estado, a través de un representante oficial, podrá efectuar la denuncia mediante una comunicación al Director General de la OIT, para que éste la registre.

⁶Organización Internacional del Trabajo. Manual sobre Procedimientos en Materia de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo. OIT. Ginebra 2006; p. 47.

⁷ “Artículo 5:1. El objeto de los procedimientos previstos en el presente Convenio será el de celebrar consultas sobre:(...)e) las propuestas de denuncia de convenios ratificados”.

Recibido el trámite por la oficina, se verifica que el Estado denunciante haya fijado el o los Convenios que denuncia, así como los argumentos que la motivan. En el caso de que el Estado denunciante haya ratificado el Convenio 144, deben incluirse las informaciones acerca de la consulta tripartita. De haber cumplido con todo ello, la denuncia será registrada por el Director General de la OIT. Con ello se notificará al Secretario General de las Naciones Unidas y se comunicará al Consejo de Administración para que luego sea publicado en el Boletín Oficial. Una vez publicado, dependerá de lo que regule cada convenio para que ésta surta efecto. En la mayoría de los casos, las denuncias surten efecto al año de haber sido registrada por el Director General de la OIT⁸.

D. LA DENUNCIA DE TRATADOS EN AMÉRICA LATINA

En América Latina, el ejemplo más gráfico del uso del derecho a la denuncia de un tratado son las denuncias que se han hecho a la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese sentido, existen tres casos paradigmáticos:

- El caso de Trinidad y Tobago, Estado que denunció la Convención Americana en 1999. Esta fue hecha después de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciara en contra de la pena de muerte que el país mantenía en su legislación. La denuncia entró en vigor el 26 de mayo de 1999.
- El caso del Perú, que el 9 de julio de 1999 hizo un intento de retirar el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH. Sin embargo, el 24 de setiembre del mismo año la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que, si bien se puede denunciar la Convención Americana, no se encontraba previsto el retiro del reconocimiento de la competencia de la Corte. Con ello Perú no denunció la Convención Americana y se mantuvo dentro de la jurisdicción de la Corte.
- El caso de Venezuela, Estado que oficializó su denuncia al Pacto de San José respecto de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 10 de setiembre del 2013. A partir de ese día, la Corte IDH no tiene jurisdicción sobre las violaciones a los derechos humanos que se cometan en el referido país.

III. LA DENUNCIA EN EL CONVENIO IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Como apreciamos en el anterior capítulo, la denuncia de un tratado es una figura jurídica internacional regulada de distintas formas y de acuerdo a lo que los países firmantes adopten⁹. Por tanto, cada tratado puede regularse desde distintos ámbitos en

⁸Para mayor información se puede consultar el Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, anteriormente citado.

⁹Así, en la obra de Accioly, se describen varias maneras de la terminación de los tratados o causas determinantes de la extinción de las obligaciones convencionales entre Estados: "(...) La denuncia, admitida expresa o tácitamente por el propio tratado (...) constituye, pues, una declaración de voluntad en el sentido de derogar el tratado, cuando se trata de un acto bilateral o de desligarse de sus obligaciones

tanto que “el tratado en sí no es más que un acuerdo entre Estados u organizaciones internacionales que expresa fundamentalmente el *Pacta sunt servanda*, que no es otra cosa que la obligación de cumplir un compromiso”¹⁰. En este caso, analizaremos la manera cómo fue debatido, aprobado y firmado el Convenio. Luego de ello, revisaremos y analizaremos el modelo de regulación que el Convenio ha adoptado para la denuncia por los Estados Parte.

Así mismo, serán descritas y analizadas las disposiciones que regulan los efectos que surgirán en cuanto la denuncia sea formulada y aceptada por la OISS, determinando en conjunto la regulación y efectos de la denuncia dentro del marco jurídico del Convenio.

A. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El “*Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*”, tratado¹¹ de carácter multilateral y de alcance iberoamericano, fue adoptado el 10 de noviembre de 2007 en el marco de la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno realizada en Santiago de Chile, y está en vigor internacional desde el 1 de mayo de 2011.

El referido instrumento internacional busca proteger los derechos de los trabajadores migrantes, incluidos sus familiares y a los trabajadores de diversas multinacionales, generando con ello mecanismos interestatales de coordinación y de cooperación legal en materia de seguridad social a nivel iberoamericano¹².

Por otro lado, es de indicarse que el referido Convenio se corresponde con el objeto y fin de la “*Organización Iberoamericana de Seguridad Social*” (OISS), organización internacional que tiene por objeto “*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*”¹³.

Cabe señalar que para llegar a la firma de los países miembros se tuvo un proceso de discusión que llevó algunos años. Luego de esta discusión, el texto base fue sometido a aprobación en la V Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social de los países de Iberoamérica. Conferencia que fue celebrada en Segovia, España, el año 2005. Además, fueron importantes los acuerdos de la XV Cumbre Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno de Salamanca en 2005 y de la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno de Montevideo en 2006.

con las demás partes, cuando se trata de un acto colectivo” (Accioly, H.; Tratado de Derecho Internacional Público. Tomo II. Imprensa Nacional, Río de Janeiro-Brasil 1946, p. 500).

¹⁰Solari Tudela, L.; Derecho Internacional Público. 8ª ed. Ed. Studium, Lima-Perú. 2004, p.37.

¹¹Según el artículo 2 de la Convención de Viena.

¹²Conforme al artículo 1 del Convenio, este 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”.

¹³Artículo 1 del Estatuto de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

Después de esto, la OISS y la Secretaría General Iberoamericana sometieron el texto del Convenio Multilateral en 2007 en la VI Conferencia de Ministros y Máximas Autoridades de Seguridad Social llevada a cabo en Iquique. Finalmente, el Convenio fue aprobado por unanimidad en noviembre de 2007 en la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Santiago de Chile¹⁴.

Éste tiene alcance en los países iberoamericanos que conforman la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Son Estados Parte de la OISS quince países iberoamericanos, y todos ellos han firmado el Convenio, pero sólo ha sido ratificado por doce de estos quince¹⁵. Con este instrumento se busca que sea garantizada la seguridad económica en el momento en que se llegue a la vejez, incapacidad o muerte, abarcando dentro de su protección a las personas que hayan trabajado en forma independiente o dependiente que se hayan desplazado a dos o más Estados Parte. Con estos alcances y con lo trascendental que es la seguridad social, más aún en nuestros países iberoamericanos, este Convenio se convierte en pieza clave para la construcción del derecho a la seguridad social.

B. EL ARTÍCULO 33 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO

Conforme a lo visto, se tiene que el Convenio Multilateral Iberoamericano optó por la alternativa de regular la denuncia a él por parte de los Estados Parte, pero supeditando su efectividad a los 12 meses contados luego de su recepción por parte de la Secretaría General Iberoamericana, a través de la OISS.

El procedimiento se encuentra desarrollado en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social mediante su artículo 33, en donde se señala el derecho que tienen los Estados a poder denunciarlo, a fin de que ya no se encuentren suscritos. En el mencionado Convenio se ha seguido el modelo de regular la denuncia dentro de los propios términos del Convenio:

“Artículo 33

- 1) El convenio podrá ser denunciado por cualquiera de los Estados Parte, teniéndose en cuenta que la correspondiente denuncia deberá ser notificada por escrito a la Secretaría General Iberoamericana, a través de la OISS, produciendo efectos la misma, respecto de dichos Estados, a los doce meses, contados desde la fecha de su recepción”.

Con arreglo al numeral 1 del artículo 33 del Convenio, se habilita a cualquier Estado Parte a denunciar dicho Convenio. Sin embargo, para ello se precisa que dicha denuncia debe ser notificada por escrito a la Secretaría General Iberoamericana, a través de la OISS. Al respecto, es de mencionarse que la Secretaría General, conforme al Estatuto de la OISS (artículo 21), es el órgano al que corresponde la responsabilidad ejecutiva de la Organización, ya que se trata del órgano ejecutivo. Al presente, la sede se encuentra en la ciudad de Madrid (España).

¹⁴Este proceso es descrito por la OISS y se puede obtener mayores detalles en el siguiente link: <http://www.oiss.org/Que-es,5335.html>.

¹⁵Los países que firmaron el Convenio son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Solo a efectos administrativos, se recuerda que el escrito de denuncia debe constituirse en documento original y que debe estar suscrito por una persona con autoridad para actuar en nombre del Estado, comúnmente denominada plenipotenciaria. Por ejemplo, el Presidente de la República o el Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁶.

De esta manera el proceso de denuncia se configura esquemáticamente de la siguiente forma:



C. LOS EFECTOS DE LA DENUNCIA DEL TRATADO

Los efectos de la denuncia, y con ello la relación entre el Estado parte y el Convenio, quedan finalizados. Sin embargo, como veremos más adelante, si bien la relación se termina entre el Estado y el Convenio, los derechos que se reconocieron y sus efectos no son tan simples.

Luego de realizar el proceso de denuncia y culminar con éste, el Estado termina su relación con el Convenio. Sin embargo, éste no se da por completo. Esto debido a las disposiciones contenidas en el mismo artículo que señalan:

“2. En caso de denuncia, las disposiciones del presente convenio continuarán aplicándose en el respectivo Estado Parte a los derechos ya reconocidos o solicitados con anterioridad.

3. Los Estados parte podrán establecer acuerdos especiales para garantizar los derechos en curso de adquisición derivados de los períodos de seguro o equivalentes cumplidos con anterioridad a la fecha de término de la vigencia.”

A raíz de la posible denuncia de un Estado al Convenio, éste ha dispuesto que se tengan dos efectos al concluir el proceso de denuncia: la vigencia del Convenio para los derechos adquiridos y la posibilidad de acuerdos especiales. Veamos su desarrollo.

1. LOS “DERECHOS ADQUIRIDOS”

El Convenio deja como cláusula y condición que así se haga efectiva la denuncia, éste seguirá rigiendo para los derechos adquiridos durante el tiempo que estuvo en vigencia el Convenio en el país. Este numeral nos da la idea que este Convenio ha adoptado la teoría de los derechos adquiridos, en la que se sostiene que una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas posteriores que se dicten no pueden afectarlo. Es decir, que el derecho continuará produciendo efectos previstos al momento de su constitución. Con ello, todos aquellos derechos que se consagraron en

¹⁶ Ver artículo 17 de la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados” de 1969.

los Estados parte antes de hacer efectiva la denuncia del Convenio, seguirán siendo regulados por éste y no podrán ser derogados o disminuidos por alguna ley nacional futura.

Para analizar la teoría de los derechos adquiridos, debemos de tener en cuenta los métodos con los que las normas jurídicas tienen vigencia en el tiempo. Los métodos son tres: la aplicación inmediata, retroactiva y ultra-activa. La aplicación inmediata es aquella donde se aplica una norma jurídica a relaciones y hechos cuando ésta se encuentra vigente. La aplicación retroactiva es la aplicación de una norma vigente a hechos y relaciones anteriores a su puesta en vigencia. Como sabemos, dentro de los sistemas jurídicos se tiene como regla la irretroactividad de las normas jurídicas¹⁷. Ésta se basa en el principio de seguridad jurídica, con lo cual se impide que con una norma futura se alteren relaciones jurídicas pasadas, conservando así los derechos adquiridos en esa relación efectuada. Finalmente, la aplicación ultra-activa es cuando se extiende a los hechos y circunstancias devenidas después de la derogación de la norma.

Cabe destacar que en el Perú existió una controversia en cuanto a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional. Hasta el 17 de noviembre del 2004 la primera disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú señalaba que:

“Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias.”

Consagrando de esta manera como lo señala Javier Neves, apoyado en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, que “la Constitución adoptó la teoría de los hechos cumplidos como regla para el conjunto del sistema y la de los derechos adquiridos como excepción para el ámbito pensionario”¹⁸. Mientras no se realizaba esta reforma legislativa, el Tribunal Constitucional se mantuvo resolviendo las denuncias a las modificaciones legales a este régimen sosteniendo la teoría de los derechos adquiridos. Así, el Tribunal configuró que la Ley 20530 se siga aplicando ultractivamente por lo dispuesto en tal Constitución.

Sin embargo, muchas instituciones como la Defensoría del Pueblo¹⁹ y sectores académicos señalaron que la solución para corregir este problema era una reforma constitucional. Esto debido a que el régimen de la Ley 20530 generaba muchos

¹⁷Tenemos que señalar que existen excepciones a esta norma, la más común es la retroactividad benigna solo en materia penal.

¹⁸Los derechos adquiridos en materia pensionaria, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: http://sistemas.amag.edu.pe/biblioteca3/publicaciones/contenido_web_amag/contenido48/165-185.pdf.

¹⁹Informe Defensorial N° 85. La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral. Lima, 2004. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/48AA615B0E373002052578CB00764BAD/\\$FILE/informe_85.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/48AA615B0E373002052578CB00764BAD/$FILE/informe_85.pdf).

problemas e inconvenientes²⁰, tanto administrativos como fiscales, que sólo se podían corregir recortando los derechos adquiridos y la aplicación ultra-activa de la ley.

De esta manera, el 17 de noviembre del 2004 se promulgó la Ley 28389, con la cual se modificó la primera disposición final y transitoria de la Constitución. Con esta modificación la teoría de los derechos adquiridos en relación a pensiones dejó de consagrarse. Ante ello, se realizaron demandas de inconstitucionalidad, las cuales fueron resueltas por el Tribunal Constitucional a favor de la modificación que realizaron la Ley 28389 y la Ley 28449²¹. De esta manera, en el Perú la teoría de los derechos adquiridos que se tenían como excepción en materia pensionaria dejó de ser utilizada.

En suma, el segundo inciso del artículo 33 del Convenio nos señala el primer efecto que tiene la denuncia, consagrando así la protección de los derechos adquiridos y reconocidos por el Estado denunciante, y configurando un modelo de protección amplio a los derechos que consagra el convenio y su aplicación de forma ultra-activa. La lógica de estas disposiciones es evidente: que en la región iberoamericana no exista un retroceso en materia de los derechos que se vayan consiguiendo como parte de la aplicación del Convenio. Y con esto que no se retroceda en el proceso de configurar la seguridad social en la región. Así, ni siquiera denunciando el Convenio ni terminando su relación con éste se podrá salir completamente de su ámbito de protección y aplicación.

2. LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS ESPECIALES

Como se ha mencionado, el Convenio ha adoptado la teoría de los derechos adquiridos. En esa misma línea, el Estado parte denunciante y que terminó su relación con el Convenio podrá seguir celebrando acuerdos especiales que permitan desarrollar y regular los derechos que se reconocieron mientras estuvo en vigencia el Convenio.

Esta norma guarda una lógica importante, ya que si un Estado parte denuncia el Convenio, por normativa del mismo seguirá sujeto a él. Esto en materia de los derechos que reconoció mientras se encontraba vigente. Por ello, estos derechos adquiridos que seguirán estando vigentes podrían requerir de alguna especificación o una modificación para que se adapten a los otros derechos que se consagren en el Convenio o en la coordinación con las legislaciones nacionales de los Estados iberoamericanos. Con ello permite que el Estado denunciante y los derechos que se consagraron no queden vacíos de contenido o no se puedan actualizar.

Por otro lado, esta disposición que crea esta facultad a los Estados denunciantes contribuye a terminar los procesos de esos derechos que estaban por ser reconocidos. Así, el Estado podrá dejar de estar relacionado con el Convenio y establecer acuerdos especiales para poder concluir con ese proceso de reconocimiento de derechos. Con una disposición como ésta, el Convenio prevé situaciones en las cuales se necesitarán

²⁰El régimen previsional de la Ley 20530, conocido como la “célula viva” porque con ella se obtenía una pensión vitalicia que aumentaba si aumentaba el sueldo en el cargo público que se tenía. Comprendía exclusivamente a los servidores públicos que se encontraban trabajando en la carrera administrativa hasta el 11 de julio de 1962. Fue creado inicialmente como un régimen de reparto cerrado. Sin embargo, se fue ampliando cada vez más y generando problemas fiscales.

²¹Sentencia del Expediente 00050-2004-AI, emitida el 03 de junio de 2005.

disposiciones complementarias para que se cumpla efectivamente con lo que señala en una situación donde el Convenio ya no tiene plenamente vigencia.

IV. CONCLUSIONES

Luego de hacer el análisis y comentario de las disposiciones del artículo 33 del Convenio, llegamos a las siguientes conclusiones:

El Convenio ha seguido el modelo de regular la denuncia del convenio dentro del mismo, en el que se establecen los requisitos y plazos para hacer efectivo este derecho.

La denuncia surte efecto luego de doce (12) meses de iniciar el proceso. Uno de los efectos es que el Estado Parte denunciante continuará sujeto al Convenio en materia de los derechos que se reconocieron o que estaban en proceso de reconocimiento. Con ello, el Convenio sigue la línea de la teoría de los derechos adquiridos.

Como el Convenio busca mantener los derechos adquiridos, y en pos de no dejar lagunas legales, los Estados Parte que denuncian tienen la facultad de suscribir acuerdos especiales para regular los derechos adquiridos o en proceso de adquisición.

Recibido:08.09.2016. Aceptado:08.11.2016.

ARTÍCULO 34

“Idiomas

El presente Convenio se adopta en idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos”

YDANGELY TROPIANO

Abogada, Especialista en Derecho Laboral y Doctor in Juridical Sciences.

Profesora en las áreas de Salud Ocupacional, Derecho del Trabajo y Administrativo en Instituciones Académicas.

Miembro de Aprendizaje Jurídico, SC.

Venezuela, República Bolivariana de

RESUMEN

La Seguridad Social tiene como objetivo el desarrollo del trabajo decente, donde el trabajo ha constituido un factor social de fortalecimiento entre las naciones, surgiendo entre países lazos de cooperación en el marco de la globalización, que ha contribuido a la promoción de normativas dirigidas a la protección social de los trabajadores y a su familia. De este modo, en la búsqueda de trabajo decente de trabajadores migrantes y de las personas dependientes de ellos, surge en el año 2007, El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, firmada en Santiago Chile, en que el artículo 34, dispone los idiomas que se adopta el convenio, comprendiendo el español y el portugués, donde los ejemplares que se emitan en los referidos idiomas serán igualmente auténticos; no obstante en materia de relaciones internacionales han surgido dilemas en cuanto la interpretación de los tratados o convenios cuyos textos son de dos o más idiomas, de los cuales ante un conflicto se debe aplicar los métodos y principios de interpretación ante la duda en la aplicabilidad de las disposiciones.

PALABRAS CLAVES: Convenio, Seguridad Social, idiomas, interpretación.

ABSTRACT

Social Security aims at the development of decent work, where work has been a social factor of strengthening among nations, emerging between countries ties of cooperation in the framework of globalization, which has contributed to the promotion of regulations aimed at social protection of workers and their families. Thus, in the pursuit of decent work for migrant workers and those dependent on them, arises in 2007, the Latin American Multilateral Agreement on Social Security, signed in Santiago, Chile, in Article 34, provides languages the agreement is adopted, comprising Spanish and Portuguese, where the copies to be issued in the aforementioned languages are equally authentic; however in international relations have emerged dilemmas regarding the interpretation of treaties or agreements whose texts are of two or more languages, of which a conflict should apply the methods and principles of interpretation in doubt on the applicability of provisions.

KEYWORDS: Agreement, Social Security, languages, interpretation

SUMARIO

I. ASPECTOS GENERALES

II. INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

III. CONCLUSIÓN

I. ASPECTOS GENERALES

La Seguridad Social tiene como objetivo el desarrollo del trabajo decente, donde el trabajo ha constituido un factor social de fortalecimiento entre las naciones, surgiendo lazos de cooperación en el marco de la globalización, que ha contribuido entre los países a la promoción de normativas dirigidas a la protección social de los trabajadores y a su familia.

Los tratados internacionales tienen una estructura de conformación al igual que las leyes; en este sentido la Organización de las Naciones Unidas¹, creó una guía práctica para el diseño de los tratados para aquellos que participan directamente en la celebración de ellos.

En el caso de los tratados o acuerdos que se depositen ante el Secretario de las Naciones Unidas, se concierten únicamente en los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, de los cuales predomina el francés o el inglés a diferencia de otros idiomas, a pesar que tampoco es una obligación pero es la preferencia.

En cambio la Secretaría General Iberoamericana, tiene como fin el apoyo de 22 países de los cuales 19 de América Latina (lenguaje castellano y portugués) y los de la Península Ibérica España, Portugal y Andorra², mediante el cual contribuye a la cooperación iberoamericana en el ámbito social, cultural y educativo.

La Secretaría General Iberoamericana, es la organización designada por los miembros de los Estados partes del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, para ser depositario.

En el Manual de Tratados indica los postulados para las traducciones, recomendando la utilización de idiomas que sean viables³, como se indicó el francés o el inglés; no obstante la elección del idioma dependerá de la organización promotora de la normativa, de los cuales se especifica idiomas que sea de gran acceso para los países integrantes del convenio o del ámbito de aplicación del mismo.

Es por ello que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social contempló el español y el portugués, como idiomas oficiales por ser la mayoría de los Estados partes países donde predomina los referidos idiomas⁴; no obstante es de destacar que cualquier tratado o acuerdo presentado para su registro debe contener una serie de requisitos, y entre ellos se destaca los idiomas por los cuales se redactó el acuerdo o tratado.

¹Manual de Tratados, consultado en la página: <https://treaties.un.org>, en fecha 27-07-2016.

²Secretaría General Iberoamericana, consultado en: <http://segib.org/quienes-somos/>, en fecha 27-07-2016.

³Ibidem; pp. 11-12.

⁴Español y portugués. Igual se observa en el artículo 10 del Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, celebrada 3-12-2010; implementándose los idiomas del español y portugués.

Es de acotar, que el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia⁵, establece lo referente a los idiomas, cuando se pretenda introducir una denuncia, indicando lo siguiente:

1. Si las partes acuerdan que todo el procedimiento escrito se siga en uno de los idiomas oficiales de la Corte, los alegatos escritos se presentarán únicamente en ese idioma. A falta de tal acuerdo, todo alegato escrito, o parte de un alegato escrito, se presentará en uno u otro de los idiomas oficiales.
2. Si de acuerdo con el párrafo 3 del Artículo 39 del Estatuto, se usase un idioma distinto del francés o del inglés, se acompañará al original de cada alegato escrito una traducción en francés o en inglés, certificada como exacta por la parte que la presente.
3. Cuando un documento anexo a un alegato escrito no esté redactado en uno de los dos idiomas oficiales de la Corte, se acompañará una traducción en uno de esos dos idiomas, certificada como exacta por la parte que lo presente. La traducción podrá limitarse a parte del anexo o a extractos del mismo pero, en este caso, deberá ir acompañada de una nota explicativa indicando los pasajes traducidos. La Corte podrá, sin embargo, pedir que se facilite la traducción de otros pasajes o una traducción completa. (sic)

Como se desprende, el uso de los idiomas también está configurado para los procesos de denuncia, cuando exista por ejemplo lesión de los derechos, diferencias de interpretación del convenio, entre otras situaciones; de los cuales hay unos parámetros de procedencia cuando estamos enfrente de una denuncia y en especial sobre el tema de varios idiomas, predominando el acuerdo, pero cuando no exista consenso se determinará que el idioma a utilizar son los que están establecido como oficiales; siendo que el escrito que no esté formalizado en algunos de los idiomas se anexará su respectiva traducción.

De este modo, el empleo de varios idiomas no está enfocado solamente para convenios internacionales, sino también para los procedimientos de denuncias, y por ello ante la duda de la interpretación habrá la opción de la traducción.

En este sentido, los tratados, convenios o acuerdos se pactan en más de un idioma, que constituyen lo denominado “idiomas auténticos”⁶; que son los idiomas que determina el significado, interpretación de sus disposiciones; el problema que surge en la práctica y en especial en materia internacional es la dilucidación de las cláusulas ante un país que su idioma oficial no es aquel contemplado en el convenio y exista duda en su aplicación.

⁵Artículo 51, consultado en: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjrules.php>, en fecha 27-07-2016.

⁶Ibidem, p. 66

II. INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

En la práctica, la disyuntiva se presenta ante la interpretación de tratados o convenios con idiomas distintos al español, en virtud del significado de las palabras, que a lo mejor para un idioma como el español una palabra tiene un significado distinto para el caso del inglés, francés, portugués, entre otros.

Los tratados autenticados por varios idiomas, su interpretación busca la esencia que quisieron darles las partes al trato, en este sentido NOVAK TALAVERA⁷, indica que los tratados pueden ser interpretados por varios sujetos o entidades, atribuyéndose diversos efectos jurídicos. De este modo, los tratados internacionales pueden ser interpretados por los Estados Partes, metodología esta conocida como interpretación auténtica, cuyos efectos jurídicos no se centra a los Estados partes sino que también es oponible ante terceros.

Ahora bien, la interpretación puede surgir ante un órgano jurisdiccional internacional, cuando surja controversias entre los Estados; cuyo efecto jurídico surtirá entre las partes; no obstante NOVAK TALAVERA⁸ expresa que los tratados también pueden ser interpretados por los diversos órganos de un Estado, estando presente ante un análisis unilateral, de los cuales los efectos jurídicos surtirá en el derecho interno, no siendo oponible a los demás Estados que forman parte del tratado; sin embargo destaca que está metodología igual es extensible en los casos de interpretaciones que realicen las organizaciones internacionales.

Ahora bien, por doctrina y jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia se ha establecido unas reglas para la interpretación de los tratados internacionales, en todo ámbito del derecho internacional; comprendiendo el basamento de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados.

En este sentido, NOVAK TALAVERA⁹, menciona algunas sentencias de la Corte Internacional de Justicia, en que han consagrado que el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, dispone que un tratado debe ser interpretado de buena fe, y al respecto la Convención señala:

“(...) Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe

⁷Novak Talavera, F.; “Los Criterios para la Interpretación de los Tratados”. Revista de Derecho. THEMIS. 63; pp. 70-72

⁸Ibidem; p.73

⁹Corte Internacional de Justicia. “Asunto sobre la diferencia territorial entre Libia y Chad”. 1994. p. 22. En el mismo sentido véase: Corte Internacional de Justicia. “Asunto de las plataformas petroleras entre Irán y Estados Unidos”. 1996. p. 812; Corte Internacional de Justicia. “Asunto de la isla Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia”. 1999. p. 18; Corte Internacional de Justicia. “Asunto LaGrand”. 2001. párrafo 99; Corte Internacional de Justicia. “Asunto relativo a la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan”. 2002. p. 645; Corte Internacional de Justicia. “Asunto Avena y otros nacionales mexicanos”. 2004. p. 48; Corte Internacional de Justicia. “Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino”. 2004. p. 174; Corte Internacional de Justicia. “Asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre el Genocidio”. 2007. párrafo 160.

conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”¹⁰.

Conforme lo antes citado, el principio de interpretación de un tratado o convenio es la buena fe, en base al sentido que hay que darse a los términos de tratado y teniendo en consideración el objeto, la finalidad y la naturaleza del tratado.

Asimismo, NOVAK TALAVERA indica que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos¹¹ se ha pronunciado de acuerdo al mismo sentido sobre el método de interpretación de los tratados en el caso “Asunto Golder v. United Kingdom”¹².

Aguirre Arango¹³, expresa que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, consagra criterios objetivos para la interpretación de un tratado internacional, mencionando la buena fe; el sentido corriente que tiene sus términos (interpretación gramatical semántica), considerando el contexto (interpretación gramatical sintáctica e sistemática), y considerando su objeto y fin (interpretación teológica o finalista).

De este modo, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, consagra en el artículo 31, además de la regla principal otro modo de interpretación de los tratados que comprende, además del texto, su preámbulo y anexos, de la siguiente forma:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

¹⁰Viena, 23 de mayo de 1969.

¹¹El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, es quien supervisa que los Estados partes cumplan con los tratados sobre derechos humanos. Sus decisiones son de carácter vinculante para los miembros del Consejo de Europa, de los cuales su incumplimiento conlleva la expulsión del Estado parte. El Tribunal Europeo se ocupa de los casos en los que el particular no ha recibido una compensación adecuada por la violación de alguno de sus derechos en los tribunales de su país o no ha podido acceder al sistema nacional de justicia. Asimismo el Tribunal desempeña una función asesora que le permite elaborar opiniones consultivas; y tratan más a fondo un artículo o un aspecto concreto de un Convenio para ayudar a interpretar su significado. Consultado en:

<https://www.crin.org/es/guias/onu-sistema-internacional/mecanismos-regionales/tribunal-europeo-de-derechos-humanos>, en fecha 20-08-2016.

¹²Serie A, 1995.

¹³Aguirre Arrango, J.P.; La Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; p.73.

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

De este modo, el artículo 31 de la Convención, consagra varias técnicas de interpretación de los cuales se tendrá en cuenta el texto, el prologo o introducción y los anexos del tratado; sin embargo cuando el texto del tratado es claro se hace fluido el análisis hermenéutico, partiendo de lo intrínseco a lo extrínseco.

NOVAK TALAVERA señala que la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, determina que el artículo 31 de la Convención al indicar la expresión regla en singular y no en plural hace referencia que los principios de interpretación deben ser aplicados de forma integral y en conjunto¹⁴.

Por otra parte la Convención establece otros métodos de interpretación, en este sentido en el artículo 32¹⁵, consagra el modo complementario que consiste en la utilización de trabajos realizados de forma previa al tratado y el análisis de las condiciones por las cuales surge la celebración del mismo. Esta técnica se emplea cuando se requiere confirmar el sentido de la aplicación de la buena fe, que consagra el artículo 31, o cuando el texto presente lagunas, vacíos o un resultado irrazonable o absurdo.

A pesar de estos procesos de interpretación, no podemos dejar a un lado, cuando tenemos tratados autenticados en dos o más idiomas, que consiste la forma de análisis que contempla el artículo 33¹⁶ de la Convención; el cual deriva cuatro métodos, siendo que el primero se relaciona al artículo 31 de la Convención, donde prevalecerá la buena fe en cada texto con su idioma, salvo que el tratado establezca o las partes hayan convenido que en caso de desacuerdos prevalecerá uno de los textos y no ambos. El

¹⁴Novak Talavera, F.;“Los Criterios para la Interpretación de los Tratados”. Op. cit.; p.74.

¹⁵32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

¹⁶ 33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1., cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

segundo punto, contempla que solo la versión de un tratado basado en un idioma distinto al aquel que fue autenticado, será considerada como texto autentico, siempre que haya sido dispuesto en el tratado o hubiera sido convenido por las partes.

En el tercer caso, simplemente no habrá diferencias entre los textos con su idioma, porque se tomara que los términos del tratado tendrá en cada texto autentico igual sentido; y por último es en la situación que ante un análisis comparativo de los textos autenticados se verificare diferencia de sentido, que no puede ser subsanado o resuelto conforme los artículos 31 y 39, se adoptara el sentido que mejor resulte de los textos, considerando el objeto y el fin del tratado.

Ahora, en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social dispone como idiomas del texto el español y portugués, los cuales en principio no debería existir confrontación de interpretación del convenio, en virtud que la lengua común de los países miembros en su mayoría es el castellano, español y portugués; sin embargo para estos países podría existir diferenciación de significado de ciertas palabras que podría variar el significado de una frase.

La utilización de estos dos idiomas, se extendió en el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social¹⁷, para ambos textos igualmente auténticos.

A este punto es de hacer referencia, que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se enfoca a la protección de derechos sociales y económicos, cuyo objeto es proteger a los trabajadores migrantes y las personas que dependa de ellos, con sus exclusiones; con el fin que puedan disfrutar de los beneficios generados por el trabajo realizado en los países Iberoamericanos receptores; resultando que en caso de existir dudas en la aplicación del Convenio, por relucir diferencias interpretativas, se debe utilizar la gama de métodos que facilita el Convenio de Viena adoptado por doctrina y jurisprudencia.

Siendo además, que la interpretación debe ser cónsono con los principios del derecho de trabajo establecido en el ámbito internacional, adoptados en las legislaciones internas en los Estados partes, dirigida a lo que mejor beneficie al trabajador y que le garantice de igualdad condiciones el disfrute el derecho que le asiste, sin apartarnos como se indico de utilizar los métodos de interpretación en los casos que se requiera cuando estamos ante convenios con idiomas distintos.

III. CONCLUSIÓN

De lo expuesto antes podemos determinar, que por doctrina y jurisprudencia se ha establecido las técnicas para la interpretación de tratados internacionales, cuya concepción se ha extendido también a los convenios, en virtud de lo dispuesto por la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados.

¹⁷Hecho en Lisboa el 11-09-2009, aplicación provisional, artículo 36, consultado en: http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/147178, en fecha 21-08-2016.

Es de destacar, que el uso de varios idiomas se configura también en los procesos de denuncias, empleando en principio aquellos contemplados por acuerdo pero ante la ausencia de ello, y ante la duda de su interpretación en los argumentos el uso de la traducción.

Que a pesar que existe dilemas, de la forma cómo deben ser interpretados los convenios o tratados, cuando su texto autenticado sea emitido por dos o más idiomas diferentes, de los cuales puede originarse significados distintos en palabras que tienda a desvirtuar el objeto o la intención del convenio o tratado; no obstante ante esta situación ha prevalecido la interpretación de la buena fe, considerándose en caso de persistir dudas o ambigüedades, el estudio de trabajos previos a la celebración del convenio, el análisis de la naturaleza, objeto y fin del sentido del convenio.

Esta metodología trata de evitar, confusión en la validez de las interpretaciones por los Estados parte, porque siempre existirá la apreciación individual, subjetiva y unilateral; como sucedió en una oportunidad que a España se le concedió la declaración interpretativa; hecho distinto que surgió con el caso *Telmestach Suiza*, que la Comisión de los Derechos Humanos sostuvo la competencia para conocer de las reservas por ser de carácter objetivo las obligaciones asumidas por los Estados partes¹⁸.

Cuando estamos ante tratados o convenios en materia laboral, que aborda la seguridad social, en que el protagonista es el trabajador en compañía de su grupo familiar, debe imperarse otras reglas o principios de interpretación, en virtud que está en juego la protección social y económica de aquella persona que está ante una situación de vulnerabilidad al hacer desprendida de su país de origen.

En el caso del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en que se plasmo como idiomas el español y portugués, el texto en principio no debería transmitir discrepancia de interpretación, por motivo que la lengua común de los Estados partes miembros de la organización iberoamericana es el español, castellano y portugués; sin embargo no podemos obviar que en la práctica podría en algún momento relucir entre ellos alguna diferencia de interpretación sea del Convenio Marco o de aquellos convenios o acuerdos específicos que se desarrolle de éste, porque siempre habrá una palabra que comunique un significado distinto a lo que realmente se quiere, lo cual esto se evita cuando estos instrumentos pasa por su revisión por los Estados partes ante de su ratificación, aprobación o aceptación.

De ser el caso, que surja alguna discrepancia, laguna o disquisición producto de las palabras emitidas en sus diferentes idiomas, debe tenerse por norte los métodos de interpretación establecido en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, abarcándose a su vez el estudio de los principios protectores reconocidos por el derecho internacional laboral que los Estados partes han incorporado en sus legislaciones internas; como son la aplicación de la norma que más favorezca y protege al trabajador; la progresividad e indivisibilidad de los derechos, la eficacia en su aplicación sin

¹⁸Carrillo Salcedo, J.A.; El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales, consultada en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r11953.pdf>, en fecha 21-08-2016, p-p.14-16.

restricciones o limitaciones en el goce; sin que ello tampoco extienda a lo expresamente dispuesto en el convenio.

Recibido: 03.11.2016 Aceptado: 09.11.2016

ARTÍCULO 35

“El original del presente Convenio, cuyos textos en idioma español y portugués son igualmente auténticos, se depositará en poder de la Secretaría General Iberoamericana a través de la OISS.

Hecho en Santiago, Chile, a los 10 días del mes de noviembre del año dos mil siete”.

HENAR ALVAREZ CUESTA

Profesora Titular de D^o del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

RESUMEN

Como cierre del convenio internacional, el precepto analizado designa como idiomas auténticos el español y el portugués; señala la institución de depósito del convenio y determina la fecha de su firma.

PALABRAS CLAVE: Depósito, idiomas auténticos, español, portugués.

ABSTRACT

As a closing of the international agreement, the precept analyzed designates as authentic languages Spanish and Portuguese; it also indicates the institution for the deposit of the agreement and determines the date of its signature.

KEYWORDS: Deposit, authentic languages, Spanish, Portuguese.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. AUTENTICACIÓN

III. IDIOMAS AUTÉNTICOS

IV. DEPÓSITO

V. FIRMA

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 35 analizado constituye el último artículo del Convenio y, por ello, supone el cierre del mismo y su contenido resulta instrumental respecto al resto de contenido del Convenio analizado. En este sentido, dicho precepto indica los idiomas auténticos, el organismo que asume el depósito y el lugar y la fecha de su firma.

El precepto en cuestión guarda relación con los arts. 36 y 37 del Acuerdo de Aplicación, que vuelven a considerar el español y el portugués como idiomas de los textos auténticos, así como el depósito ante la Secretaría General Iberoamericana a través de la Secretaría General de la OISS. Como novedad, añaden que de dicho Acuerdo se enviará copia autenticada a los Estados miembros de la Comunidad Iberoamericana.

Este artículo, dado su carácter instrumental de seguir el art. 24.4 de la Convención de Viena sobre Tratados¹ (“las disposiciones de un tratado que regulen la autenticidad de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto”), se aplicará desde la adopción del texto.

II. AUTENTICACIÓN

En el caso de España, y de acuerdo con la definición proporcionada por el artículo 2 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, la autenticación es el acto por el que España establece como correcto, auténtico y definitivo el texto de un tratado internacional.

La autenticación reviste naturaleza notarial y supone la constatación a nivel diplomático de la voluntad de los negociadores de considerar inalterable la redacción del tratado². La autenticación, con todo, no comporta obligación alguna para los Estados, salvo la de abstenerse de actos que puedan comprometer los objetivos o el fin del tratado, mientras no hayan manifestado la voluntad de no llegar a incorporarse al mismo³.

III. IDIOMAS AUTÉNTICOS

El Convenio, en dicho art. 35, señala como auténticos los idiomas comunes y oficiales en los Estados que lo han firmado: portugués y español, de conformidad con los utilizados como oficiales y nexo de conexión por la propia Organización Iberoamericana de la Seguridad Social⁴, entre cuyas finalidades se encuentra la

¹España es Estado parte de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y prestó el consentimiento en obligarse por la Convención de 1986 el 24 de julio de 1990.

²Carrillo Pozo, L.F.; “Artículo 68” en: AA.VV.; Comentario al Convenio de Bruselas Relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil. Universidad Carlos III. BOE, Madrid 1994, p.764.

³Remiro Brotons, A.; Derecho Internacional Público. McGraw Hill. Madrid 1987, pp. 86 y ss.

⁴Así como idiomas íntimamente vinculados a la participación de los Estados en las Cumbres Iberoamericanas.

promoción del bienestar económico y social 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 Social⁵.

Ante la existencia de dos idiomas auténticos, y pese a la semejanza y el origen común, no cabe desdeñar la aparición de disparidades o divergencias, máxime a la hora de comparar instituciones jurídicas de Seguridad Social⁶. En todo caso, cuando un Tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada uno de ellos (en este caso, se insiste, portugués y español), a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos (art. 33 de la Convención de Viena sobre Tratados). En este Convenio, y ante la ausencia de mención a uno de ellos en caso de divergencia, tanto español como portugués hacen fe.

Como ya ha sido apuntado, la elección de ambas lenguas “en modo alguno es casual, sino que refleja el hecho de que los Estados Parte del Convenio comparten un acervo lingüístico común”⁷. Con todo, deja a un lado otros idiomas cooficiales en determinados Estados, como el quechua, aimara y guaraní. Tal es el caso de Perú, Bolivia (con más de 33 lenguas cooficiales), o Paraguay, sin olvidar tampoco las lenguas cooficiales en determinadas Comunidades Autónomas en España.

IV. DEPÓSITO

El Convenio internacional analizado dispone quién es la institución encargada del depósito de los originales del Convenio, “acto por el cual se hace constar, en el plano internacional, el consentimiento en obligarse definitivamente por un tratado, y consiste en la entrega al depositario del instrumento que expresa este consentimiento”⁸.

Tradicionalmente, el procedimiento de celebración de tratados era exclusivamente bilateral; a la sazón, existían dos instrumentos originales del tratado, dos instrumentos de ratificación de éste y la constancia del consentimiento en obligarse se efectuaba mediante el canje de los instrumentos de firma o, en su caso, ratificación.

Sin embargo, el multilateralismo obligó a modificar la práctica, imponiendo la necesidad (dado el número de Estados potencialmente signatarios) de nombrar un depositario y fedatario que diera cuenta de todas las vicisitudes del tratado en cuanto al número de Estados parte, entrada en vigor, reservas, denuncias, suspensiones o cualesquiera otros actos que modificaran su ámbito de aplicación, contenido o extinción del mismo tratado⁹.

⁵Santos García, C.J.; “La Organización Iberoamericana de la Seguridad Social”. Medicina y Seguridad del Trabajo. Vol. 53/209, 2007.

⁶Carrillo Pozo, L.F.; “Artículo 68” en: AA.VV.; Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil. Op. cit., p.765.

⁷Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº26/2011; p.202.

⁸González Campos; J.D. et alii; Curso de Derecho Internacional Público. Thomson/Civitas. Cizur Menor. 2008; p.270.

⁹Rodríguez Carrión, A.J.; Lecciones de Derecho Internacional Público. Tecnos. Madrid. 2007; p.183.

De seguir lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, su artículo 76 establece que la designación del depositario de un tratado podrá efectuarse por los Estados negociadores en el tratado mismo o de otro modo. En cuanto a quién sea el encargado, dispone que los mencionados depositarios podrán ser uno o más Estados, una organización internacional o el principal funcionario administrativo de tal organización.

Fuere quien fuere designado, sus funciones son de carácter internacional y estará obligado a actuar imparcialmente en el desempeño de ellas. En particular, el hecho de que un tratado no haya entrado en vigor entre algunas de las partes o de que haya surgido una discrepancia entre un Estado y un depositario acerca del desempeño de las funciones de éste no afectará a esa obligación del depositario.

Según el precepto analizado, el Convenio Iberoamericano comentado ha optado por designar como depositario (dentro del elenco de posibilidades en presencia) a la Secretaría General Iberoamericana a través de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. La doctrina destaca el importante papel a cumplir como depositario por parte de estas organizaciones internacionales, en tanto objetivan los comportamientos entre los Estados parte y a la vez sirven como canal de comunicación cuando éstos no mantengan relaciones directas¹⁰.

En el caso del Convenio comentado, el depósito queda encomendado a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, la cual, de conformidad con el art. 1 de sus Estatutos, es un organismo internacional, técnico y especializado, que tiene como finalidad 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. Se trata, por tanto, de un órgano permanente de información y coordinación de experiencias, que promueve el estudio y la investigación de los sistemas de Seguridad Social, y que capacita al personal de las Instituciones miembros y les presta la asistencia técnica que precisen¹¹.

Es más, para el cumplimiento de sus fines, realiza, entre otras, la siguiente función: g) Impulsar la adopción de acuerdos sobre Seguridad Social y protección social entre los países miembros en su ámbito de actuación (art. 2).

La Organización, cuyos principios son descentralización, participación, eficiencia y transparencia, está integrada por los siguientes órganos:

- a) De dirección política: Congreso, Comisión Directiva, Comité Permanente, Comités Regionales, Presidente y Vicepresidentes.
- b) Ejecutivo: Secretaría General.
- c) Técnicos: Comisión Económica, Comisiones Técnicas Permanentes, Comisiones Técnicas Institucionales.

¹⁰Rodríguez Carrión, A.J.; Lecciones de Derecho Internacional Público. Op. cit.; p.184.

¹¹Santos García, C.J.; "La Organización Iberoamericana de la Seguridad Social". Op. cit.; p.270.

Como Organización de base asociativa, está constituida actualmente por más de 180 Instituciones entre miembros titulares y asociados, incluyendo 22 gobiernos de Estados Iberoamericanos. Los socios titulares son los gobiernos de los Estados y las instituciones gestoras de regímenes obligatorios de seguros sociales, previsión social y Seguridad Social. En cambio, los asociados son instituciones que representan sectores profesionales, laborales, docentes o de investigación que persigan fines relacionados con la Seguridad Social. Estos miembros no tienen derecho a voto ni participan en los órganos de gobierno¹².

Dicha Secretaría General Iberoamericana asume, en tanto depositaria, de conformidad con el art. 77 de la Convención de Viena sobre Tratados y salvo que el tratado disponga o los Estados contratantes convengan otra cosa al respecto, las siguientes funciones:

- a) Custodiar el texto original del tratado y los plenos poderes que se le hayan remitido.
- b) Extender copias certificadas conformes del texto original y preparar todos los demás textos del tratado en otros idiomas que puedan requerirse en virtud del tratado y transmitirlos a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo.
- c) Recibir las firmas del tratado y recibir y custodiar los instrumentos, notificaciones y comunicaciones relativos a éste. La recepción de los instrumentos anteriores da lugar, en la práctica, a la redacción de un acta, suscrita por el depositario y el representante que lleva a cabo el acto del depósito y el deber de informar se concreta con relación a la fecha en que se ha recibido o depositado el número de formas o instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión necesarios para la entrada en vigor¹³.
- d) Examinar si una firma, un instrumento o una notificación o comunicación relativos al tratado están en debida forma y, de ser necesario, señalar el caso a la atención del Estado de que se trate. El alcance de esta función es limitado, pues sólo señala al Estado dicha divergencia y si surge una discrepancia entre un Estado y el depositario acerca del desempeño de las funciones de éste, el depositario señalará la cuestión a la atención de los Estados signatarios¹⁴.

En el Convenio analizado, de surgir alguna discrepancia entre un Estado y el depositario acerca del desempeño de las funciones de éste, el depositario señalará la cuestión a la atención de los Estados signatarios y de los Estados contratantes o, si corresponde, del órgano competente de la organización internacional interesada, en este caso, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

- e) Informar a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo

¹²Santos García, C.J.; “La Organización Iberoamericana de la Seguridad Social”. Op. cit.; p.270.

¹³González Campos, J.D. et alii; Curso de Derecho Internacional Público. Op. cit.; p.270.

¹⁴González Campos, J.D. et alii; Curso de Derecho Internacional Público. Op. cit.; p.271.

de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado.

f) Informar a los Estados facultados para llegar a ser partes en el tratado de la fecha en que se ha recibido o depositado el número de firmas o de instrumentos de ratificación, aceptación aprobación o adhesión necesario para la entrada en vigor del tratado.

g) Registrar el tratado en la Secretaría de las Naciones Unidas.

h) Desempeñar las funciones especificadas en otras disposiciones de la presente Convención.

Respecto a esta última cabe apuntar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: recibir una notificación o comunicación de cualquier Estado en virtud de la presente Convención (art. 78); notificar a los Estados signatarios y a los Estados contratantes el error y la propuesta de corregirlo y fijar un plazo adecuado para hacer objeciones a la corrección propuesta (art. 79); o, en fin, efectuar y rubricar la corrección al texto.

En resumen, el depositario va a servir como vehículo de comunicación entre el convenio y los distintos Estados parte, actuales y futuros¹⁵.

La existencia de un depositario no impide que, conforme al art. 26 de la Ley 25/2014, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación sea el encargado de custodiar los textos originales de los tratados internacionales celebrados por España o, en su caso, los ejemplares autorizados de los mismos, así como los de cualquier otro instrumento o comunicación relativos a un tratado. Tal sucede, por tanto, con el texto del presente Convenio Iberoamericano.

V. FIRMA

Se firmó en Santiago de Chile en 2007 en el marco de la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, donde fue ratificado de manera definitiva por unanimidad.

Dicha XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno se celebró en Chile durante los días 8 y 10 de noviembre del 2007 con el lema “Cohesión social y políticas sociales para alcanzar sociedades más inclusivas en Iberoamérica”.

El origen del Convenio multilateral, no obstante, cabe hallarlo en la V Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social de los países de Iberoamérica, celebrada en Segovia en el año 2005, y en los acuerdos de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno de 2005 y 2006, celebradas en Salamanca y Montevideo, respectivamente.

Pero la Organización Iberoamericana de Seguridad Social ha sido quien ha promovido su realización. Desde sus orígenes, el Convenio Iberoamericano ha estado íntimamente ligado a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), la cual jugó un

¹⁵Rodríguez Carrión, A.J.; Lecciones de Derecho Internacional Público. Op. cit.; p.183.

papel decisivo¹⁶ en su adopción.

Precisamente fue en el congreso que ésta última organizó en el año 2004 donde surgió la idea de su elaboración, que comienza a materializarse a partir de 2005 con ocasión de la V Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de Seguridad Social, celebrada en Segovia, a fin de “contar con un instrumento único de coordinación de las legislaciones nacionales en materia de pensiones que, con plena seguridad jurídica, garantice los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos”¹⁷.

La Cumbre encomendó a la OISS y a la Secretaría General Iberoamericana el apoyo, preparación y suscripción de este importante instrumento internacional, convirtiéndose desde entonces en uno de los objetivos principales de la Organización, dado el importante número de beneficiarios a los que se dirige, entre trabajadores migrantes y familiares. Se trata, sin duda, de un hito fundamental de cara a consolidar la cohesión social en la Comunidad Iberoamericana, en cuyo ámbito posiblemente sea el primer instrumento jurídico directamente exigible por los ciudadanos¹⁸.

Posteriormente, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y la Secretaria General Iberoamericana (SEGIB) elevaron el texto del Convenio Multilateral a la VI Conferencia de Ministros y Máximas Autoridades de Seguridad Social, en Iquique en 2007, el cual fue aprobado por unanimidad para finalmente ser firmado en Santiago de Chile en noviembre del mismo año.

¹⁶Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit.; p. 203.

¹⁷Sánchez-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. n°1/2016; p.4.

¹⁸Santos García; C.J.; “La Organización Iberoamericana de la Seguridad Social”. Op. cit.; p.270.

Recibido: 08.09.2016. Aceptado: 24.11.2016.

EL DEPOSITARIO EN EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

ATILIO NOGUERA

Abogado, Especialista en Derecho Laboral y en Gestión Pública. Doctor en Innovaciones Educativas.

Profesor en Medios Alternativos de Solución de Conflictos, en Salud Ocupacional y Derecho Laboral.

Miembro de Aprendizaje Jurídico, SC.

Venezuela

RESUMEN

El depositario de un convenio o tratado internacional constituye la persona responsable de garantizar la ejecución de las medidas adoptadas en el tratado o convenio, el cual actúa de forma imparcial y sus funciones están dentro del ámbito internacional. El depositario ejerce en nombre del Secretario General, es por ello que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, firmada en Santiago (Chile), en el artículo 35 dispone que el original del convenio se depositará en poder de la Secretaría General Iberoamericana a través de la OISS. Los Estados que participan en un convenio multilateral designan al depositario, como partes negociadoras del convenio. Los acuerdos multilaterales que está previsto depositar ante el Secretario General, es a los fines de su estudio y revisión antes de su formalización.

PALABRAS CLAVES: Convenio, Seguridad Social, depositario, internacional.

ABSTRACT

The depositary of an international convention or treaty is the person responsible for ensuring the implementation of the measures adopted in the treaty or convention, which acts impartially and its functions are within the international arena. The depositary acts on behalf of the Secretary General, and that is the reason why the Multilateral Iberoamerican Social Security Agreement, signed in Santiago (Chile), in Article 35 provides that the original of the agreement shall be deposited with the Iberoamerican General Secretariat through the ISSO. States participating in a multilateral agreement, as negotiating parties of the agreement, designate the depositary. Multilateral agreements are expected to be deposited with the Secretary General, for the purposes of study and revision before they are formalized.

KEY WORDS: Agreement, Social Security, depositary, international.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. EL DEPOSITARIO

A. DESIGNACIÓN DEL DEPOSITARIO

B. FUNCIONES DEL DEPOSITARIO

C. PROCESO DE SUSCRIPCIÓN AL ACUERDO

III. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto analizar la figura del depositario dentro de un convenio internacional, el cual constituye la figura primordial para la formalización de la celebración del convenio.

En los convenios multilaterales el depositario es el Secretario General, conforme lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, las disposiciones de los tratados, la Resolución de la Asamblea General (1946), y la Resolución de las Naciones Unidas (1946)¹.

A pesar de que el Manual hace referencia a los tratados, no es de obviar que en dicha guía involucra a los acuerdos multilaterales, lo que conduce a la extensión analógica del tratamiento del depositario.

En el caso del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social utilizan como depositario una figura similar a los tratados internacionales, como es la Secretaría General Iberoamericana.

El depositario tiene por responsabilidad internacional garantizar la ejecución ajustada de las medidas adoptadas en los tratados o convenios, de forma imparcial, honesta, equitativa; donde no haya inclinación de balanza para una de las partes negociadoras del convenio o tratado; en virtud que el depositario es quien al final materializa la puesta en vigor y publicación del convenio o tratado.

II. EL DEPOSITARIO

A. DESIGNACIÓN DEL DEPOSITARIO

Anteriormente el depositario de instrumentos de ratificación, aceptación o adhesión de un tratado multilateral lo llevaba el gobierno del Estado, que actuaba como sede de conferencia internacional donde se haya negociado el instrumento².

Cuando un tratado preveía su ratificación o adhesión, los Estados intercambiaban los tratados. Sin embargo, la proliferación de tratados multilaterales y el número de partes dio como resultado la creación del depositario³. No obstante, al aparecer los organismos internacionales que patrocinaban la realización de conferencias internacionales en que se adoptaban textos de convenciones multilaterales, se comenzó a tratar en la práctica la designación de la organización o de un funcionario administrativo como depositario. De este modo, la Convención de Viena recoge esa práctica y en su artículo 76 establece que el

¹Manual de Tratados de las Naciones Unidas, p. 3.

²Depósito, registro y publicación de Tratados Internacionales, consultado: <http://www.derecho-internacional-publico.com/2013/04/deposito-registro-publicacion-tratados-internacionales.html>, fecha 26-08-2016.

³Manual de las Naciones Unidas, Cláusulas de Finales de Tratados Multilaterales, Oficina de Asuntos Jurídicos, p. 3.

depositario puede ser uno o más Estados, una organización internacional o el principal funcionario administrativo de dicha organización⁴.

En este sentido, inicialmente el Estado fungía como depositario. Posteriormente, con el establecimiento de la Sociedad de las Naciones se han confiado las funciones del depositario a las Naciones Unidas, organismos especializados y a las organizaciones internacionales⁵.

El Manual de Tratados de las Naciones Unidas⁶ indica que los Estados negociadores de un tratado multilateral designan al depositario, sea en el propio tratado o en otra forma, como por ejemplo por medio de una decisión. Por ello, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social estableció en el artículo 35 quién sería el depositario encargado de recibir los ejemplares de los convenios en los idiomas preestablecidos (portugués y español), observándose que debían depositarse ante el Secretario General de la Secretaría General Iberoamericana.

En igual sentido sucede en los tratados nacidos por las Naciones Unidas, que incluyen en el tratado una disposición que designa como depositario al Secretario General.

En cambio, cuando un tratado multilateral no se adopte en el marco de una organización internacional, lo usual es que se deposite en poder del Estado en el que se ha celebrado la conferencia negociadora; que a diferencia con el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, éste nace al ser adoptado por una organización internacional como lo es la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS).

Al respecto, tenemos otros Convenios similares como el Convenio Iberoamericano de Cinematografía celebrado el 11-11-1989, en que el artículo XXXI estableció la elección del depositario, designándose al Estado sede de la Secretaría Ejecutiva de la Cinematografía Iberoamericana (SECI), cuya sede está en Caracas, Venezuela; el Convenio de Bariloche aprobado en la V Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en 1995, en la XIII Cumbre se firmó el Convenio de Santa Cruz de la Sierra, constitutivo de la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB)⁷; así como el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia⁸.

⁴Depósito, registro y publicación de Tratados Internacionales, consultado: <http://www.derecho-internacional-publico.com/2013/04/deposito-registro-publicacion-tratados-internacionales.html>, fecha 26-08-2016.

⁵Manual de las Naciones Unidas, Cláusulas de Finales de Tratados Multilaterales, Oficina de Asuntos Jurídicos, p. 3.

⁶Manual de Tratados de las Naciones Unidas, pp. 3-4.

⁷Manual Operativo de la Cooperación Iberoamericana, aprobado en la cumbre Iberoamericana de Mar del Plata, consultado en: <http://segib.org/wp-content/uploads/MANUAL-OPERATIVO-20101.pdf>, fecha 27-07-2016.

⁸En el artículo 10° establece como depositario al Secretario General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, celebrada en fecha 3-12-2010.

El Manual de Tratados establece que las cláusulas finales tienen importancia para orientar al depositario en sus funciones, conllevando que unas cláusulas no tan claras pueden originar dificultades de interpretación y aplicación para los Estados parte y para el depositario, situación ésta que también se extiende en los convenios multilaterales, por motivo que la función del depositario es equivalente ya sea en tratados o en convenios. Por ello se deriva que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en los artículos 30 y 31 contempla algunas funciones que se llevarán ante del depositario, sin apartar el artículo 35, disposición objeto del presente análisis.

B. FUNCIONES DEL DEPOSITARIO

El depositario es quien custodia el convenio y verifica los poderes de representación antes de la firma por los Estados negociadores: No obstante, puede admitir la firma de un representante del Estado entregando el instrumento que lo acredite para la firma⁹.

A tal efecto, el depositario recibe las notificaciones y documentos relacionados con el tratado o convenio, custodia el texto original, y revisa que se hayan cumplido todas las formalidades para su materialización¹⁰.

El artículo 35 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social designa como depositario a la Secretaría General Iberoamericana, que es el organismo internacional creado en el año 2003, con el fin de dar apoyo a los 22 países que conforman la comunidad iberoamericana, de los cuales 19 son de América Latina de lengua castellana y portuguesa, y 3 de la península Ibérica: España, Portugal y Andorra. Además, apoya a la organización de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, dando cumplimiento a sus mandatos, e impulsa la Cooperación Iberoamericana en el ámbito de la educación, la cohesión social y la cultura¹¹.

Las funciones principales de un depositario, salvo que el convenio disponga lo contrario son:

1. Custodiar el texto del convenio y los poderes que se hayan remitido.
2. Extender copias certificadas del texto original y emitir los textos en los idiomas respectivos, y transmitirlos a las partes del convenio y a los Estados.
3. Recibir las firmas del convenio, y recibir y custodiar los instrumentos, notificaciones y comunicaciones que tengan relación con el mismo.

⁹Glosario de términos de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual: indica que los instrumentos escritos que aportan la prueba formal del consentimiento en obligarse por el tratado, así como las reservas y las declaraciones se ponen bajo la custodia del depositario, salvo que se establezca lo contrario. En los tratados multilaterales, normalmente se nombra como depositario a una organización internacional o al Secretario General de las Naciones Unidas. El depositario debe recibir todas las notificaciones y documentos relacionados con el tratado, custodiar el texto original, comprobar que se han cumplido todas las formalidades, registrar el tratado y notificar a las partes de todos los actos que les puedan interesar. Consultado en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/glossary/>, fecha 20-08-2016.

¹⁰Glosario de términos relativos a los procedimientos de los tratados. Consultado en: <http://www.un.org/es/treaty/glossary.shtml#deposit>, fecha 27-07-2016.

¹¹Secretaría General Iberoamericana. Consultado en: <http://segib.org/quienes-somos/>, fecha 27-07-2016.

4. Revisar si los instrumentos, las firmas, las notificaciones y las comunicaciones están debidamente ajustados.
5. Informar a los Estados que se conformarán como partes del convenio de la fecha en que se han recibido o depositado el número de firmas o instrumentos de ratificación, aprobación o adhesión necesarios para la entrada de vigor del convenio.
6. Registrar el convenio ante la Secretaría correspondiente.
7. Realizar otras funciones establecidas en el Convenio de Viena o en otros instrumentos jurídicos aplicables.

En caso de surgir alguna discrepancia entre un Estado y el depositario acerca del desempeño de las funciones de éste, el depositario indicará la disconformidad a los Estados signatarios y de los Estados contratantes o en su defecto al órgano competente de la organización internacional interesada¹².

Por otra parte, el depositario informará a las partes sobre:

1. La firma del convenio, y cualquier otro instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
2. La fecha de entrada de vigor del convenio;
3. Las notificaciones de retiro;
4. Las enmiendas adoptadas referente al convenio y cualquier protocolo, su aceptación por las partes y la fecha de entrada de vigor;
5. Las comunicaciones relativas la adopción, aprobación, aceptación o enmienda;
6. Cualquier otra que sea pertinente.

Los artículos 30 y 31 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, contemplan algunas funciones específicas del depositario, como son:

1. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en la Secretaría General Iberoamericana a través de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS).
2. En igual sentido las adhesiones de todos los Estados que forman parte de la comunidad Iberoamericana se depositarán en la Secretaría General Iberoamericana.
3. Recibir notificaciones de denuncias, conforme al artículo 33, las cuales deben hacerse por escrito a la Secretaría General Iberoamericana.

En el caso del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, consagra los detalles de vigor del convenio, estableciendo en el artículo 31 “*que el convenio entrará*

¹²Depósito, registro y publicación de Tratados Internacionales, consultado: <http://www.derecho-internacional-publico.com/2013/04/deposito-registro-publicacion-tratados-internacionales.html>, fecha 26-08-2016.

en vigencia el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que se haya depositado el séptimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”.

De lo citado se extrae que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social tuvo un tiempo perentorio para su entrada de vigencia, en virtud del proceso que ostenta cada parte para formalizar su ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, lo cual entró en vigor luego que se depositó el séptimo convenio.

En igual sentido, hay un proceso para el caso de las enmiendas aprobadas, en que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad indica que las enmiendas aprobadas por la conferencia de partes entrarán en vigor para un Estado parte noventa días después de la fecha en que el Estado deposite ante Secretaría General Iberoamericana.

La firma del convenio es lo que conduce al consentimiento, el cual se materializa al momento de la suscripción del texto o cuando las partes emiten la intención durante la negociación o que se desprenda de los poderes de su representante.

Conforme al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹³, contempla que un Estado podrá firmar un tratado "a reserva de ratificación, aceptación o aprobación", conduciendo que la firma no conduce el consentimiento de un Estado en obligarse al tratado, sin embargo lo obliga a abstenerse de realizar actos que impidan la ejecución del objeto y fin del convenio hasta tanto manifieste por escrito su rechazo a ser parte del tratado.

De este modo, la simple firma del convenio no conlleva la obligación de su cumplimiento, sin embargo tampoco puede impedir su ejecución, cuya importancia es que el Estado parte manifieste la “ratificación, aceptación o aprobación del convenio”, situación particular resulta contrario en el caso del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, en que al principio fue ratificado y posteriormente se estableció el proceso para su firma, que se explicará a continuación.

C. PROCESO DE SUSCRIPCIÓN AL ACUERDO

La Organización Iberoamericana de Seguridad Social, conjuntamente con la Secretaría General, emitió un documento¹⁴ sobre el proceso de suscripción del acuerdo de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, señalando que los efectos del convenio quedan supeditados a la firma del acuerdo de aplicación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 26 y 31 del Convenio.

Es que las normas de aplicación del Convenio se fijarán en el Acuerdo de Aplicación, es por ello que reluce este documento del proceso de suscripción.

Ahora bien, se había indicado que el convenio entró en vigencia luego de haberse formalizado el séptimo depósito del instrumento de ratificación, el cual se materializó el 1 de mayo de 2011. El Acuerdo de Aplicación fue aprobado por la VII Conferencia de

¹³Literal a) del artículo 18.

¹⁴http://www.oiss.org/IMG/pdf/PROCESO_DE_SUSCRIPCION_DEL_ACUERDO_DE_APLICACION.pdf, p.1.

Ministros y Máximos Responsables de la Seguridad Social, en Lisboa¹⁵.

Asimismo, el documento detalla que no debe requerir autorización parlamentaria para su firma, en razón de que el Convenio fue ratificado en su momento, siendo que es suficiente que el órgano ejecutivo que corresponda (gobierno en pleno, ministerio competente, entre otro) adopte la decisión de suscribirlo conforme a la legislación del país; el cual para su formalización debe ser articulada con la cancillería del país¹⁶.

En este sentido, el proceso es el siguiente:

1. Una vez adoptado el acuerdo de firma por el órgano que corresponda, la cancillería debe indicar o decidir la persona que materializará la firma, otorgándole el poder correspondiente para ello (el documento anexa un modelo).
2. El plenipotenciario del Estado, nombrado debidamente, procede a la firma el Acuerdo de Aplicación, en la Secretaría General Iberoamericana como depositaria del Convenio y del Acuerdo (o en el lugar que de común acuerdo se determine).
3. En caso de no hacerlo con anterioridad, a tiempo depositaría el contenido de los Anexos del Acuerdo mediante documento sellado o firmado en el que constará el contenido que detalla el modelo de carta.
4. El acto de la firma, y en su caso la comunicación del contenido de los anexos, quedará reflejado en acta suscrita por el firmante y la Secretaría General Iberoamericana y la Organización Internacional de Seguridad Social, en base al modelo de carta que facilitan.

III. CONCLUSIÓN

De lo anterior se concluye que en una oportunidad se configuró como depositario de instrumentos de ratificación, aceptación o adhesión de un tratado multilateral el gobierno del Estado, que actuó como sede de conferencia internacional donde se hubiera negociado el instrumento. No obstante, a causa del aumento de países miembros y la acumulación de acuerdos surgió la creación del depositario.

Los Estados parte son los que acuerdan quien será el depositario, como sucedió con el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Sin embargo, podemos nombrar otros ejemplos como son: Convenio Iberoamericano de Cinematografía, el Convenio de Bariloche, el Convenio de Santa Cruz de la Sierra, o Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia.

El depositario es el encargado de recibir los ejemplares de los convenios, que en el caso del Convenio en el área de seguridad social es la Secretaria General Iberoamericana la encargada de recibir los instrumentos en base a los idiomas preestablecidos, portugués y español.

¹⁵El 11 de septiembre de 2009 y fue suscrito por España.

¹⁶http://www.oiss.org/IMG/pdf/PROCESO_DE_SUSCRIPCION_DEL_ACUERDO_DE_APLICACION.pdf, p.2.

El depositario es quien custodia el convenio, y verifica los poderes de representación antes de la firma por los Estados negociadores. No obstante, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social establece unas funciones específicas y primordiales que tendrá el depositario, como es recibir los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación, al igual que las adhesiones y recibir notificaciones de denuncias.

Incluso en caso de declaraciones interpretativas o reservas, el silencio del depositario no afecta a los órganos del Convenio para estimar la validez, así como recibir demandas o denuncias.

El depositario tiene una gran responsabilidad para la materialización de la entrada en vigencia del convenio, porque es quien debe llevar el control de formalización con los Estados parte, para dar cumplimiento a la cantidad de ejemplares que permitan activar la disposición de vigor del convenio, sin obviar la responsabilidad que tiene en su poder de que se cumpla con los requisitos del proceso de suscripción del acuerdo de aplicación; en razón de que la firma del convenio es lo que conduce al consentimiento, el cual se materializa al momento de la suscripción del texto o cuando las partes emiten la intención durante la negociación o que se desprenda de los poderes de su representante, conforme a los anexos de guía que facilita a los Estados parte.

Recibido: 07.03.2017 Aceptado: 10.04.2017.

CAMPO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL: UN PASO A LA VEZ...

Dr. PABLO ARELLANO ORTIZ

Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de
Derecho

Chile

RESUMEN

La región de América Latina posee un nivel de migración interna muy elevado, incluso superior al europeo. Debido a esto, diversos mecanismos de coordinación se han intentado históricamente. De entre estos el más reciente lo constituye el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS). Este instrumento internacional sigue de muy cerca la técnica jurídica de la regulación europea en materia de coordinación. Este trabajo realiza un breve comentario al campo materia de aplicación del CMISS, el cual en un principio sigue los lineamientos europeos pero a la vez establece normas distintas. De esta manera se intentará resaltar las particularidades de la región latinoamericana frente a las necesidades de protección de los migrantes. Se concluye con algunas reflexiones hacia donde debe ir avanzando la coordinación en la región latinoamericana, la cual se considera buena pero falta avanzar mucho más.

PALABRAS CLAVE: América latina, Unión Europea, campo material, protección, seguridad social.

ABSTRACT

The Latin American region has a very high level of internal migration, even higher than the European one. Because of this various coordination mechanisms have been tried historically. Of these the most recent constitutes the Ibero-American Multilateral Convention on Social Security (CMISS). This international instrument is closely monitoring the legal technique of European regulations on coordination. This paper provides a brief commentary on the scope of CMISS, which initially follows the European guidelines but also establishes different rules. In this way we will attempt to highlight the peculiarities of the Latin American region regarding the need for protection of migrants. We conclude with some considerations as to where coordination should go forward in the Latin American region, where it is considered good, but there still a long way to go.

KEYWORDS: Latin America, European Union, material scope, protection, Social Security.

SUMARIO

I. CONTEXTO MIGRATORIO IBEROAMERICANO

II. CAMPO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL CMISS

III. REFLEXIONES FINALES

I. CONTEXTO MIGRATORIO IBEROAMERICANO

La mano de obra móvil en la economía global actual es cada vez mayor, sobre todo en un mercado de trabajo de escala mundial. De ello Iberoamérica no escapa, y sus mercados nacionales son cada vez más influenciados por el contexto global. Por lo general, la población migrante o móvil está vinculada ya sea a las economías desarrolladas, tal es la situación de los países de Europa, o ya sea a las economías no desarrolladas como son las de los países del hemisferio sur. En la región Iberoamericana se mezclan este tipo de análisis, en concreto Latinoamericana, esto es América Latina y el Caribe, constituye una de las principales regiones de origen neto de la migración laboral¹. En esta última región, además, sus trabajadores migrantes están empleados en destinos que varían de acuerdo al país de origen, historia, idioma y ocupación².

Con el objeto de comprender mejor el estado de la migración y la protección de seguridad social en esta región es necesario tener en cuenta ciertos números. La región de América Latina tiene una población total de 575.867.000, de la cual alrededor de 276.551.000 corresponde a población activa total. En esta región había una migración interna total de unos 25 millones de personas en el año 2005. Así las cosas, la región de América Latina es considerada una zona con la mayor tasa de migración en el mundo, según cifras de la CEPAL. Por lo tanto, la vida laboral de muchos ciudadanos en general tiene lugar entre varios países de la región³. Además del 78% de la población migrante en la región Iberoamericana que se pueden encontrar en América Latina, un 20% lo encontramos en España y sólo el 2% en Portugal⁴. De acuerdo a cifras más recientes de la CEPAL, en América Latina y el Caribe se ha registrado una reducción de la emigración a países de fuera de la región y un incremento de los flujos intrarregionales entre 2000 y 2010. En ese año, unos 28,5 millones de latinoamericanos y caribeños residían en países distintos a los de su nacimiento (Según informa Cepal con fecha 5 de octubre de 2015).

Ahora bien, teniendo en cuenta los mecanismos jurídicos de protección de la seguridad social del trabajador migrante, vemos diferencias jurídicas en la Unión Europea y en América Latina, ambas regiones integradas en la macro región Iberoamericana. Por un lado, la Unión Europea desde sus inicios ha comprendido la problemática de la protección de los riesgos sociales de los trabajadores móviles (Reglamento 3/1958, y Reglamento 4/ 1958. Así en sus inicios, esta agrupación de orden económico, cuyos principios básicos son la libre circulación de bienes y servicios y además la libre circulación de personas, estableció normas con el objeto de facilitar la libre circulación

¹Así se constata en Martínez Pizarro, J. (Ed); *Migración Internacional en América Latina y el Caribe*. Nuevas Tendencias, Nuevos Enfoques. Cepal. United Nations. Santiago. 2011.

²CEPALC; “Debates Sobre las Nuevas Tendencias de la Migración Internacional y los Enfoques para Comprenderlas” en: *Migración Internacional en América Latina y el Caribe*. Nuevas Tendencias, Nuevos Enfoques. Cepal. United Nations. Santiago. 2011. AWAD. 2009.

³Jiménez, A.; “Una Experiencia Inédita” en: *Miradas al Exterior*. Revista de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación nº 18/2011; p. 19.

⁴Para una profundización de estas cifras se sugiere revisar: Maguid, A.; y Salinas, V.; “Inserción Laboral y Acceso a mecanismos de Seguridad Social de los Migrantes en Iberoamérica”. En *Serie población y desarrollo* (Nº 96), Cepal, Naciones Unidas. EE.UU. CEPAL & ONU. 2010; p. 83.

de los trabajadores⁵. Siendo España y Portugal los países Iberoamericanos participes de esta evolución. Por otro lado, en América Latina la globalización y los cambios en las estructuras de la fuerza laboral ya han comenzado a surtir efectos provocando una fuerte desprotección en las capas más vulnerables⁶. Frente a ello se ha ideado una forma de protección para aquellos trabajadores que traspasan las fronteras en busca de mejores oportunidades tal como en los países desarrollados⁷. Es por ello que han existido diversos intentos de crear mecanismos similares al europeo pero con diferentes grados de éxito, y además abarcando tan sólo partes de esta región y no su totalidad⁸.

Es dentro de los procesos de integración regional que el derecho aparece como una manera de poder conectar las legislaciones sociales y darle una continuidad a la protección de seguridad social de los trabajadores migrantes. Dentro de esto se encuentra la coordinación de sistemas de seguridad social como proceso, con una estrecha relación con aquéllos de integración política y económica entre dos o más países. Este proceso se puede lograr a través de diferentes tipos de acuerdos bilaterales o multilaterales. En ambos casos, la doctrina ha manifestado su aceptación por una serie de principios básicos que guían el contenido de los acuerdos o convenios de seguridad social. Estos principios que se encuentran asentados en normas de la OIT relativas a las personas trabajadoras migrantes, que se verán en detalle más adelante⁹. El proceso Iberoamericano es bastante particular, ya que se hace en un contexto de integración que no posee el componente político¹⁰, como sí lo tiene el proceso de la Unión Europea.

⁵Sobre la regulación de la coordinación en Europa se sugiere entre otros revisar: Pennings, F.; "Coordination of Social Security within the EU Context" en: Blanpain, Arellano, Olivier & Gisjbert Vonk (Eds.), *Bulletin of Comparative Labour Relations* vol. 84. *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*. Kluwer. 2013, pp. 117-132. Pennings, F.; *European Social Security Law*. Wolters Kluwer Law & Business. Holanda. 2012; Sánchez-Rodas Navarro, C.; (Dir.) *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Murcia. Laborum. 2010; Lhernould, J.Ph.; "La Coordination des Regimes Nationaux de Sécurité Sociale hors des Reglements N° 1408/71 et 883/2004: Constat de Faiblesse ou tremplin pour des nouvelles Ambitions?" JCP S, 2009, N° 1449.; Kahil-Wolff, B. y Greber, P.-Y., *Sécurité Sociale: Aspects de Droit National, International et Européen*. Dossier de Droit Européen N° 14, Bruylant. Bruxelles. LGDJ., Paris, 2006.; Hennion, S., *Le Barbier-Le Bris, M. y Del Sol M.; Droit Social Européen et International*. Thémis Droit, puf, Paris, 2010.

⁶CEPALC; *La Protección Social de Cara al Futuro: Acceso, Financiamiento y Solidaridad*. CEPALC. UN. Santiago, 2006.

⁷CEPALC, *Debates sobre las nuevas tendencias de la migración internacional y los enfoques para comprenderlas*. En *Migración internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques*. Cepal. United Nations. Santiago, 2011.

⁸Cifuentes Lillo, H.; Arellano Ortiz, P.; y Walker Errázuriz, F.; *Seguridad social, Parte General y Pensiones*. Librotecnia. Santiago, 2013.

⁹Al respecto revisar lo expuesto en Arellano Ortiz, P.; *Marco Teórico de la Coordinación de Seguridad Social: comparación Unión europea e Iberoamérica*. Thomson Reuters. Santiago de Chile, 2015. Arellano Ortiz, P.; "Social Security Protection for Migrants: A Need for Legal Intervention" en: Blanpain; Arellano.; Olivier & Vonk.; (Eds.); *Bulletin of Comparative Labour Relations* (vol. 84), *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013, pp. 31- 45; Sánchez-Rodas Navarro, C.; (Dir.), *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Murcia. Laborum, 2010.

¹⁰Jiménez, A.; "Una Experiencia Inédita". *Miradas al Exterior. Revista de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación* n° 18/2011; p. 19.

A efectos de este trabajo, se seguirá la definición de la OIT, la cual señala que: “la coordinación significa establecer mecanismos a través de los cuales los sistemas de seguridad social de diferentes países pueden trabajar juntos para lograr en conjunto de objetivos acordados -en particular para asegurar que los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias tengan protección tan completa y continua como sea posible- mientras, al mismo tiempo, mantenga y respete las definiciones y reglas de cada sistema por separado. Coordinación no involucra reemplazar las diferentes definiciones y reglas de cada sistema con definiciones y reglas comunes, lo que es usualmente referido como armonización”¹¹. De esta manera la coordinación, al igual que la seguridad social en general, posee un campo de acción material, los riesgos cubiertos, y uno personal, en donde se delimita quienes son los beneficiarios.

II. CAMPO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL CMISS

En este comentario, y teniendo en cuenta lo antes señalado, nos ocuparemos de precisar los alcances de la norma contenida en el artículo 3 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social cuyo epígrafe es “Campo de aplicación material”.

De manera general, se debe señalar que el ámbito de aplicación material de la coordinación de los regímenes de seguridad social debe tener por principal objetivo abarcar a todas las contingencias contenidas en el Convenio n°102 de la OIT¹², ya sea a través de mecanismo contributivos o a través de los mecanismos no contributivos. Es decir, que se tienda a proteger los riesgos de asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes.

Sin embargo, ello no es el caso del CMISS, debido a que la disposición en comento limita los riesgos a cubrir en el número, al señalar que “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”. Como es posible apreciar, se otorga una clara preferencia en el convenio a aquellas prestaciones periódicas, es decir, a aquellas que implican el pago de una suma de dinero regularmente tales, como las pensiones en sus diversos tipos.

No obstante lo anterior, en relación a las prestaciones médicas previstas se puede ampliar el ámbito material, extendiéndolo a prestaciones o regímenes excluidos en un 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 sean objeto de extensión

¹¹Hirose, K.; Nikac, M.; y Tamagno, E.; Social Security for Migrant Workers. A Right based Approach. International Labour Organization. Decent Work Technical Support Team. Country Office for Central and Eastern Europe – Budapest. ILO. 2011; p. 24.

¹²Sobre el Convenio n° 102 de la OIT se sugiere revisar lo expuesto en Arellano Ortiz, P.; Lecciones de Seguridad Social. Librotecnia. Santiago de Chile. 2015; Cifuentes Lillo, H.; Arellano Ortiz, P.; y Walker Errázuriz, F.; Seguridad social, Parte General y Pensiones. Librotecnia. Santiago, 2013. OIT. Introducción a la seguridad social. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 1984.

afectarán únicamente a los Estados que las hayan suscrito, sin que surtan efectos para los demás Estados Parte del Convenio.

Se puede constatar que, como en general, se siguen los mismos criterios que se contienen en los convenios bilaterales de seguridad social. Estos apuntan a dos riesgos principalmente, unos convenios dedicados a los riesgos asociados con la edad, y otros relativos a la salud, pero ninguno de ellos incluye prestaciones no contributivas¹³. De esta manera, la gran mayoría de los convenios solamente protegen la vejez, lo que preocupa entonces es que el trabajador al final de su vida activa, cuando pase a su vida pasiva, efectivamente tenga una pensión. El CMISS pareciese seguir esta aproximación.

Dentro de la regulación de la UE, el ámbito de aplicación de su coordinación intenta incluir a todos estos riesgos. Por su parte, la coordinación iberoamericana, a diferencia de la coordinación europea, toma un criterio pragmático y limita los riesgos a cubrir. El CMISS cubre solamente las prestaciones monetarias por los riesgos de vejez, invalidez, supervivencia y por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Si se siguiera el modelo europeo, hay que notar que éste sí cubre efectivamente todos los riesgos, contrariamente a lo que ocurre con el CMISS, que sólo cubre los más importantes que corresponden a aquéllos con pagos periódicos. Pero, además, los riesgos incluidos dependen de la estructura que se tenga para poder proteger. A nuestro parecer, no debiese descuidarse el resto de los riesgos sociales, como por ejemplo los accidentes del trabajo o las prestaciones familiares.

En general, se privilegia en los convenios a las prestaciones contributivas, es decir, cuando efectivamente hay una contribución o cotización de por medio para la obtención de la prestación de seguridad social. Así, se señala en forma expresa en el número 4 que: “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”. Entonces, ¿qué sucede con la coordinación de las prestaciones no contributivas? Al respecto ha existido una larga discusión, en Europa hoy día se acepta, e incluso algunos países pueden hacer ciertas reservas, pero puede existir lo que se denomina la exportación de una prestación no contributiva en la coordinación europea. En el Convenio Iberoamericano no existe esa posibilidad.

Estimamos que sin lugar a dudas la decisión de excluir las prestaciones no contributivas del CMISS ha sido de índole política¹⁴. De hecho, se destaca este carácter en el texto debido a que la región no posee la misma cohesión política regional que sí posee la

¹³Arellano Ortiz, P.; “Trabajadores Migrantes y Seguridad Social: Aproximación Nacional e Internacional a los Mecanismos de Protección que Otorgan Continuidad a sus Prestaciones, II Parte”. Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Departamento de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. V. 4 n° 7/2013, pp. 119-133; Cifuentes Lillo, H.; “Tratados Internacionales de Seguridad Social: Convenios Bilaterales” en: Estudios en Homenaje al profesor William Thayer. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Santiago. 1998; p. 21.

¹⁴Sobre esta discusión ver: Arellano Ortiz, P.; “Prestaciones No Contributivas de los Trabajadores Migrantes: un Desafío Pendiente en Latinoamérica” en: Revista Ius et Praxis. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. Año 20 n°2/2014; pp.473-494; Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Libre Circulación de Personas y Prestaciones en Metálico No Contributivas” en: Sánchez-Rodas Navarro, C.; (Dir.) La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Murcia. Laborum, 2010, pp. 91-100.

región europea. Y que la importancia de la adopción de este texto radica en la decisión política de los países miembros en abordar la protección de seguridad de los trabajadores migrantes de la región iberoamericana¹⁵.

Tanto en los sistemas europeos de seguridad como en los latinoamericanos, uno de los principios básicos es el logro de la protección universal, tanto de todas las personas como también de todos los riesgos sociales. Existen en ambas regiones en los sistemas nacionales prestaciones contributivas y no contributivas. Sin embargo, los niveles de cobertura de la seguridad social en Europa son muy superiores. Ante esto se ha intentado buscar los mecanismos que permitan una mayor inclusión en la protección de todas las personas, incluidos los trabajadores migrantes. Así es como existe un fuerte movimiento que tiende a la extensión de la seguridad social a quienes por diversas razones se encuentran excluidos. Esto se ha llevado a cabo principalmente a través de prestaciones no contributivas¹⁶. Entonces, la discusión sobre la naturaleza de las prestaciones a incluir en la coordinación resulta de particular importancia en la región Iberoamericana, donde hoy en día se extiende la seguridad social a través de mecanismos no contributivos, como es el caso de Chile con su programa Chile Solidario, Bolivia con la Renta Dignidad, y Brasil con Bolsa familia.

Pero la importancia de estas prestaciones resulta ser mayor para América Latina que para los países europeos¹⁷. Vistas las características de la migración en la región latinoamericana, tales como el nivel de informalidad y la falta de capacidad contributiva, se hace necesario poder establecer una coordinación de las prestaciones no contributivas para los migrantes de la región. Cabe además mencionar que muchos trabajadores migrantes son a menudo beneficiados de prestaciones no contributivas o asistenciales, y su exclusión puede causarles un grave perjuicio al momento de verse obligados a migrar.

En el artículo 3.2 se precisa que el convenio se aplica a los regímenes contributivos de seguridad social, generales y especiales. No obstante, en relación a estos últimos se pueden establecer excepciones las cuales deben ser incluidas en el Anexo I. Además, el convenio permite a los Estados Parte excluir alguna prestación de su ámbito material de

¹⁵Jiménez A.; “Una Experiencia Inédita”. Op. cit.; p. 19.

¹⁶Respecto a los ejemplos de prestaciones no contributivas revisar: OIT; Seguridad Social para la Justicia Social y una Globalización Equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo. 100ª reunión, Informe VI, Sexto punto del orden del día. Discusión recurrente sobre la protección social (Seguridad Social) en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la Justicia Social para una Globalización Equitativa. Ginebra. 2011; OIT, Piso de Protección Social para una Globalización Equitativa e Inclusiva. Informe del Grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet, Convocado por la OIT con colaboración de la OMS. OIT. Ginebra, 2011. OIT; General Survey Concerning Social Security Instruments in Light of the 2008. Declaration on Social Justice for a Fair Globalization. Third item on the agenda: Information and reports on the application of Conventions and Recommendations. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Report III (Part 1B). International Labour Conference. 100th Session. 2011. OIT; Extending Social Security to All. A Guide through Challenges and Options. International Labour Office. Social Security Department. Geneva. ILO.

¹⁷Arellano Ortiz, P.; y Briganti, F.; “Europa y América Latina: Encuentros y Desencuentros en la Búsqueda de la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social” en: Programa de Estudios Europeos UDEC. Europa y América Latina. Dos caminos, ¿Un Destino Común?. Programa de Estudios Europeos Universidad de Concepción (RIL Editores) 2012, pp. 125-155.

aplicación. Esto se colige de lo establecido en el artículo 3.3, en donde se señala que el Convenio no será de aplicación a las prestaciones económicas reseñadas en el Anexo II, que bajo ninguna circunstancia puede incluir alguna de las ramas de Seguridad Social señaladas en el artículo 3.1.

En el artículo 3.5 se contiene una norma de apertura bastante innovadora, mediante la cual el ámbito material de aplicación puede ser extendido si así lo estiman conveniente los países que han suscrito el CMISS. Así, se indica que “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”.

Como ya señalamos, esta es la vía que existe para incluir las prestaciones médicas para el caso que exista ya un convenio bilateral de seguridad social que cubra el riesgo de asistencia sanitaria. Estimamos que no es el único riesgo que se puede incorporar, aunque en la práctica eso puede tornarse complejo ya que se trata de prestaciones que en general son concebidas por los estados como no contributivas. Nos referimos por ejemplo a las prestaciones familiares que, a nuestro parecer, podrían incorporarse pero luego se requerirá un esfuerzo innovador para hacerlo coincidir con la lógica del CMISS.

III. REFLEXIONES FINALES

Como se describió a lo largo de este trabajo, en la Unión Europea existe un entramado complejo de normas que permiten al migrante poder gozar de las prestaciones de seguridad social cuando se desplaza dentro de dicha región. Los reglamentos europeos se han ocupado de proteger la continuidad de las prestaciones de seguridad social en forma completa incluyendo todos los riesgos sociales y todos los mecanismos, contributivos y no contributivos. Tal como se enunció, existen normas para coordinar específicamente prestaciones para ciertos riesgos sociales, que son generalmente entregadas a través de prestaciones no contributivas, como es el caso de las prestaciones familiares. El migrante latinoamericano, en cambio, se ve imposibilitado de recibir estas prestaciones no contributivas, lo que sin duda afecta al bienestar de los dependientes que se encuentren a su cargo. Aquí cabe señalar que la protección del trabajador migrante en cuanto a derecho humano debe abarcar tanto al migrante como a su familia, siendo irrelevante su situación migratoria. Este argumento de derechos humanos sin duda se encuentra en conflicto con la protección modelada en el CMISS, ya que no se cubren en forma integral las necesidades del trabajador migrante.

De entre los argumentos que se han esgrimido para justificar la coordinación de las prestaciones no contributivas se encuentra el que señala que se debe considerar a las regulaciones de seguridad social como normas de *ius cogens*¹⁸. Se estima que el

¹⁸Contador 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

argumento, como ya se mencionó, es más simple: toda persona tiene derecho a la seguridad social. Se constata que se protege por parcialidades y que el ideal es proteger todos los riesgos. Este elemento debe consistir en cubrir todos los riesgos no importando el mecanismo, tan sólo por el hecho que se debe garantizar la seguridad social como derecho humano.

El campo de aplicación material limitado del CMISS no debemos pensarlo desde una mirada negativa. Todo lo contrario. Se ha demostrado que en términos de técnica jurídica y de implementación práctica ha resultado ser un éxito frente a experiencias previas. El hecho de que no se cubran todos los riesgos ni todos los mecanismos debe ser mirado dentro de la perspectiva de una progresividad en la implementación de los derechos sociales. Así, entonces, esperamos que el CMISS sea un primer paso hacia la adopción de un instrumento más complejo y completo en un tiempo, tal como lo ha hecho la Unión Europea. Se trata entonces a nuestro parecer de una cuestión de tiempo para que se cuente con un instrumento regional que contenga una protección integral de las necesidades de los trabajadores migrantes iberoamericanos.

Migrantes y Seguridad Social. Librotecnia. Santiago. 2015, pp. 87-121. En un enfoque similar sobre el *ius cogens* revisar: Arellano Ortiz, P.; “La conformidad de la Legislación Chilena a las Normas Internacionales del Trabajo de la OIT”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, junio 2011, pp. 39-60.

Recibido: 19.11. 2016 Aceptado: 19.01. 2017.

ANEXO I

“Regímenes a los que no se aplica el Convenio Multilateral (artículo 3, apartado 2)”

MARTA ELISA MONSALVE CUÉLLAR

Profesora investigadora Universidad La Gran Colombia.

RESUMEN

Se pretende con este comentario establecer el alcance del Artículo 3 -campo de aplicación material- en cuanto a las prestaciones económicas relacionadas con las siguientes ramas de seguridad social: invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.

PALABRAS CLAVES: Seguridad social, prestaciones, ramas.

ABSTRACT

In this article we intend to establish the fields of application in economic aspects about the following social security fields: disability, age, survival, and work diseases or illness.

KEYWORDS: Social security, economic protection and fields.

SUMARIO

I. CAMPO DE APLICACIÓN MATERIAL

II. REGÍMENES A LOS QUE NO SE APLICA EL CONVENIO MULTILATERAL

A. ARGENTINA

B. CHILE

C. ECUADOR

D. ESPAÑA

E. PORTUGAL

III. CONCLUSIONES

I. CAMPO DE APLICACIÓN MATERIAL

En el ámbito de la aplicación material, se aplica según el artículo 3.1 a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social. No obstante, en el mismo artículo y a través de cuatro apartados se precisa que es en cuanto a las prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Observemos que se puntualiza su no aplicabilidad expresamente señalada en el inciso siguiente y en cuanto a las prestaciones médicas, pero sin perjuicio de lo establecido en el apartado 5 del artículo en comento, y que vale la pena traer a colación pues señala que dos o más estados parte del presente Convenio podrán ampliar el ámbito objetivo del mismo, extendiéndolo a prestaciones o regímenes excluidos en principio, con lo cual se fortalece el argumento que esbozaremos más adelante y que hemos venido detectando en la medida en que vamos estudiando el tema a espacio.

Para dar una idea del ámbito excluido en las legislaciones de los países señalados en el Anexo I, y por aparentemente quedar cobijadas las circunstancias determinadas en esa normatividad para mejor ilustración, vamos a tomar cada país con las normas señaladas para dar un breve vistazo a los alcances de las mismas incluyendo comentarios de la autora de este breve escrito.

II. REGÍMENES A LOS QUE NO SE APLICA EL CONVENIO MULTILATERAL

A. ARGENTINA

En cuanto al Personal del Servicio Exterior de la Nación, consultamos la norma citada para establecer el ámbito de la exclusión. La Ley 22.731¹, promulgada en Buenos Aires el 3 de febrero de 1983, en su artículo 1º establece expresamente:

“La presente ley comprende exclusivamente a los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación incluidos en las siguientes categorías:

- a) Embajador extraordinario y plenipotenciario.*
- b) Ministro plenipotenciario de primera clase.*
- c) Ministro plenipotenciario de segunda clase.*
- d) Consejero de Embajada y Cónsul general.*
- e) Secretario de Embajada y Cónsul de primera clase.*
- f) Secretario de Embajada y Cónsul de segunda clase.*
- g) Secretario de Embajada y Cónsul de tercera clase.*

Los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación a que se refiere este artículo, serán aquellos egresados del Instituto del Servicio Exterior de la Nación, los que

¹ www.apsen.org.ar.

hubieren obtenido este estado diplomático con anterioridad a la existencia de este Instituto y los funcionarios designados conforme lo determinado en el artículo 5° de la Ley No 20957”.

Esta última ley a la que se hace referencia contiene la reglamentación del Servicio Exterior, adicionando a través de su artículo 2 nuevas categorías en cuanto al cuerpo permanente activo, pasivo, agregados laborales, servicio de agregados especializados y funcionarios designados, resultando fácil deducir que el campo de no aplicabilidad se amplía en razón a estas disposiciones al incluir en la denominación de Personal de Servicio Exterior de la Nación nuevas categorías, y además dejando la facultad al Poder Ejecutivo de la Nación, como se lee en el artículo 6 de esta ley, de asignar categoría diplomática, siendo preciso para determinar la no aplicabilidad consultar una gran cantidad de normas relacionadas con el tema central, lo que en nuestro sentir complica el campo de aplicación.

Retomando lo señalado por el artículo 2°, observamos que se hace referencia a las pensiones de jubilación de los funcionarios y sus causahabientes, con lo que se amplía el ámbito.

Ley 22929², con remisión a la 23026 por estar restableciendo su vigencia, señala las prestaciones previsionales para los investigadores científicos y tecnológicos, cuya vigencia es a partir del Decreto 160 de 2005, circunscribiendo en esta categoría al personal que realice directamente actividades técnico científicas de investigación o desarrollo y de dirección de estas actividades en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, y una serie de Institutos relacionados con las investigaciones agropecuarias, hídricas atómicas pesqueras, y de las Fuerzas Militares.

Del examen del campo de aplicación de estas normas se puede deducir que en caso de una controversia por la aplicabilidad del Convenio, sería muy complicado llegar a establecer su no aplicabilidad frente a situaciones tan amplias y de no fácil interpretación.

Respecto al personal docente, la Ley 24019 a través de cual se establece el Régimen de jubilaciones y pensiones de este personal, en su artículo 1 señala: *“La presente ley alcanza exclusivamente al personal docente al que se refiere la ley 14.473 Estatuto Docente su reglamentación de nivel inicial, primario, medio, técnico y superior no universitario, de establecimientos públicos y privados”.*

Conforme a lo preceptuado por esta normatividad, nace una pregunta: ¿dónde se ubica el universitario?

La mencionada ley además señala en su artículo 2: *“las jubilaciones del personal al que se refiere el artículo anterior y las pensiones de sus causahabientes se regirán por las disposiciones de la presente, y en lo no modificado por esta, por los del régimen general de*

² www.unip.edu.ar.

las jubilaciones y pensiones para el personal que preste servicios en relación de dependencia”.

Así entonces, las jubilaciones son prestaciones económicas al igual que las de los causahabientes, con lo cual quedarían dentro de este régimen especial conforme al apartado 2 por no estar excluidas.

En cuanto al Poder Judicial y Magistrados, la Ley 24.018, que consagra los Regímenes previsionales especiales: Magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. De entrada, nos preocupa que la citada ley señala esta circunscrita solamente a la Provincia de Buenos Aires, que si bien es cierto por el gran tamaño del país corresponde a una de sus provincias más grandes, nos plantea el interrogante ¿qué pasa con las demás provincias?

AGOSTINA CURCIO³ señala que el régimen de Jubilaciones de los Magistrados y funcionarios judiciales en la provincia de Buenos Aires se rige por dos normativas locales, el Decreto Ley 7918 y sus modificaciones y el Decreto 9405 actualizado con la ley 12098, indicando que la primera regula los beneficios de los jueces de primera y segunda instancia y funcionarios del poder judicial, y la segunda Ministros de la Corte Suprema de Justicia y Procurador General del mismo Tribunal.

Allí nuevamente se plantea el interrogante que cuando se establece en el artículo 3 apartado 2 el campo de no aplicación, cuando llegamos a revisar las normas allí citadas encontramos una serie de clasificaciones y exclusiones que conllevan una gran dificultad para establecer el campo material de la aplicación del Convenio Multilateral.

La citada autora señala, además, que el Decreto Ley 7918 entró en vigor el 1 de Julio de 1972, disponiendo que su autoridad de aplicación sería el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires IPS, incluyendo otra serie de funcionarios.

Reiteramos nuestra preocupación porque del enunciado de la Ley 24018 que se hace en el Anexo 1, Regímenes a los que no se aplica el Convenio Multilateral, no se alcanza a establecer ante la casuística que se desprende de las mismas normas en cada Estado Parte y que a nuestro sentir origina serias dificultades para precisar el ámbito de aplicabilidad o no, son muchas normas concordantes que desvían lo previsto como enunciación general.

En el apartado a), en relación con los requisitos para acogerse a esta norma que analiza la autora del trabajo que estamos citando, y el paréntesis incluido a continuación de la enunciación de la Ley en el Anexo referido a Argentina, se toman los tiempos de servicios parciales en algunos de estos regímenes lo que en nuestro sentir originan más confusión pues el apartado referido, dice que debe *“computarse como mínimo quince años continuos*

³Regímenes previsionales especiales: Magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Trabajo final del Premaster Semipresencial Cudes-Universidad Austral. Edición 2014. Visto en <http://www.todaviasomos pocos.com/aportes/regimenes-previsionales-especiales-magistrados-del-poder-judicial-de-la-provincia-de-buenos-aires/>.

o veinte discontinuos de servicios prestados en forma efectiva en la Administración de Justicia en Bs As de la Nación y/o otras provincias, en carácter de magistrado o funcionario para cuya designación se requiera título universitario”.

Parece que el texto en paréntesis hubiera querido referirse a esta situación en particular, pero insistimos en que es muy difícil llegar a establecer el régimen aplicable a la situación en particular, y en este caso estamos hablando sólo de la provincia de Buenos Aires.

B. CHILE

En el caso de Chile, los regímenes previsionales de las Fuerzas Armadas y Carabineros administrados por la Caja de Previsión.

DIANA TORRES⁴ comenta que el 21 de Febrero de 2014 el Presidente Sebastián Piñera promulgó la Ley que modifica aspectos del sistema previsional de las Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad Pública y Gendarmería que genera controversia debido a la diferencia de los sistemas previsionales de este sector y la población civil.

Señala la citada autora que la normativa legal elimina el descuento del seis por ciento a todos los pensionados mayores de 65 años beneficiarios de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA) y de la Dirección Previsional de Carabineros de Chile (DIPRECA), sin duda algún tema relacionado con la no aplicabilidad del Convenio Multinacional en materia de prestaciones económicas por vejez.

Con base en lo anterior, son dos las inquietudes que queremos plantear:

- 1- Que desde la firma del Convenio en 2007 a la fecha aparecen nuevas disposiciones que pueden crear controversias entre lo dispuesto en la nueva Ley Nacional y lo planteado en el Convenio.
- 2- Que se requiere un examen de la normatividad actual para armonizar con lo previsto en el Artículo 3 del Convenio a que nos estamos refiriendo al examinar el Artículo y el apartado, conforme los lineamientos del Anexo 1 sobre la no aplicabilidad.

C. ECUADOR

Nos referiremos a continuación a Ecuador y al Régimen Especial del Seguro Campesino, en especial al Artículo 135 de la Ley 2001 55⁵.

⁴<http://radio.uchile.cl/2014/02/21/expertos-critican-contraste-entre-las-pensiones-de-las-ff-aa-y-los-civiles/>.

⁵www.oas.org.

En primer lugar, hay que aclarar que la ley es la 55 de 2001, con lo cual el Anexo tiene igualmente ese error de digitación. El artículo 135 forma parte del Capítulo Tres que se refiere a las Contingencias de invalidez, discapacidad, vejez, y muerte.

Resulta importante revisar el artículo 134 sobre prestaciones, toda vez que establece que la protección del Seguro Social contra la contingencia de invalidez, que incluye discapacidad y las contingencias de vejez y muerte, comprende las prestaciones en pensiones y en auxilio para los funerales. Los apartados siguientes del citado artículo se refieren a la pensión por invalidez total y permanente, y la pensión de vejez.

En cuanto al Artículo 135 que contiene las prohibiciones, se deja constancia de que las aportaciones al Seguro Social Campesino sirven exclusivamente para las prestaciones de éste régimen especial, y que en ningún caso se sumarán a las del Seguro General Obligatorio o de otros regímenes. Tampoco se sumarán los tiempos de las aportaciones simultáneas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones de ese seguro.

Se hace énfasis en que bajo “ningún concepto se concederán prestaciones en el Seguro Agrícola en el Seguro Social Campesino que deban ser atendidas por otros seguros. Así mismo prohíbe la concesión de doble pensión”.

Hemos querido destacar este párrafo, pues al armonizar el Artículo 3 del Convenio en cuanto al Campo de Aplicación material, y en especial el apartado 2 en donde remite al Anexo 1 como exceptuados, es allí precisamente donde encontramos que la armonización con las normas nacionales puede resultar confusa en cuanto a su no aplicabilidad, y podría generar controversias.

D. ESPAÑA

Siguiendo los lineamientos del Anexo 1, revisaremos lo correspondiente a los Regímenes especiales de los Funcionarios Civiles del Estado en España, ya que con respecto a este país son tres las categorías de funcionarios que debemos tener en cuenta en el análisis que estamos realizando.

Los funcionarios Civiles de la Administración Civil del Estado están enmarcados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado⁶, uno de los regímenes especiales del Sistema de Seguridad Social español, que cuenta con dos mecanismos:

El de Mutualismo Administrativo gestionado por Muface, Mutualismo General de los Funcionarios Civiles del Estado y el Régimen de Clases Pasivas gestionado por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, que tiene las competencias para reconocer las prestaciones económicas de clases pasivas jubilación, viudedad y

⁶ <http://www.muface.es/content/normativa>.

orfandad a favor de los familiares. A partir de 2011 los funcionarios están incluidos obligatoriamente.

De nuevo, al analizar la aplicación material frente a la no aplicabilidad taxativa del Anexo 1, vemos que normas posteriores al Convenio han establecido normas nacionales que pueden acarrear conflictos en el campo de la aplicación, y sobre todo de la interpretación, con lo cual volvemos a insistir en nuestra apreciación de que éste puede haber constituido un factor decisivo para la no ratificación por los países donde se haya evidenciado más este problema.

En cuanto a las Fuerzas Armadas, la Ley sobre Seguridad Social en las Fuerzas Armadas⁷ presenta una legislación consolidada a partir del Real Decreto Legislativo 1/2000 de Junio, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. En el artículo 3 se establece quienes obligatoriamente están incluidos en el campo de aplicación del régimen especial, incluyendo a militares de carrera, profesionales, los alumnos de formación y los militares de carrera de la Guardia Civil y el personal civil adscrito, y el regido y perteneciente al Centro de Inteligencia.

Respecto a la Administración de Justicia, mediante el Real Decreto Legislativo 3/2000 de junio 23, el apartado a) incluye el personal al servicio de la Administración de Justicia.

La Entidad Gestora del Régimen de Administración de Justicia -MUGEJU- en la disposición adicional de la Ley 29 /1975 determinó que “la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia se regulará en una Ley especial adaptada a la ley mencionada, pero en régimen de mutualismo a través de una Mutualidad de Funcionarios de la Administración de Justicia”.

Resulta igualmente importante el análisis de esas normas frente a los factores de no aplicabilidad que se desprenden del Anexo 1 y del texto mismo del Artículo 3.

E. PORTUGAL

Por último, revisaremos el alcance de la exclusión en Portugal en donde, de conformidad con el texto del mismo Anexo 1, señala que no se aplica a todos los regímenes no incluidos en el sistema previsional de Seguridad Social, lo que admite dos lecturas a nuestro entender.

De acuerdo a lo anterior, teniendo en cuenta que si uno de los objetivos del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es la conservación de los derechos sociales, empezamos por encontrar sistemas excluyentes, lo que atenta contra el principio de la universalidad de la seguridad social, y constituye un factor de discriminación que riñe con los principios fundamentales de la seguridad social para todos y la coordinación de

⁷<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22306>.

prestaciones concretas para los casos ya señalados. Parece que quisiera diferenciarse el privado del público, pero allí no se aclaró, pues se habla del sistema portugués y parece querer referirse al privado pues en el apartado siguiente menciona el público. Estas complejidades hacen demasiado difícil el entendimiento del Convenio y su aplicabilidad.

Vale la pena anotar que de los países mencionados en el Anexo 1, todos ya ratificaron el Convenio.

Sería muy importante conocer si se han generado conflictos generados por la interpretación en el campo de aplicación material, y si ha sido fácil para ellos el análisis de la no aplicabilidad con respecto a aspectos concretos, como la aparición de normas nacionales posteriores a la firma del Convenio y su ratificación, que de alguna manera lleven a considerar la ampliación de factores de exclusión con respecto a las prestaciones económicas señaladas en el numeral 1 del artículo 3, y si esas normas posteriores de alguna manera pueden conllevar el pago de doble pensión, lo que sería un factor determinante para su exclusión.

III. CONCLUSIONES

Es innegable que, al tratarse del primer instrumento internacional de estas características que se adopta en la comunidad iberoamericana, es un paso muy importante en la integración del principio de universalidad de la seguridad social.

Denota un grandísimo esfuerzo en el cual la OISS ha puesto todo su empeño y que, si bien los pasos han sido lentos por parte de los países signatarios como consecuencia de la globalización y la mundialización de la economía, se considera la utilidad de este instrumento para los fines propuestos de protección de los derechos, especialmente de los trabajadores migrantes.

Por tratarse de países tan disímiles, con grados de cultura de la seguridad social bastante diferentes, es necesaria una gran pedagogía, y creemos que ésta se ha venido haciendo y de allí los últimos avances.

Es necesaria la aplicación efectiva del Convenio. Consideramos de gran importancia el intercambio de experiencias por parte de los 7 países que muestran aplicación efectiva, con el propósito de conocer las bondades de la aplicación y las principales dificultades que encontraron. Pensamos que esto contribuirá en grado sumo a que mejoren los resultados de su aplicación efectiva.

Entendemos que las exclusiones de los regímenes especiales contemplados en el Anexo I en ningún caso dificultan su firma y ratificación sino que, por el contrario, la posibilidad de exceptuar estos regímenes facilitaría precisamente su ratificación, al poder excluir aquellos regímenes que por sus especiales características podrían dificultar su aplicabilidad.

Recibido: 08.09.2016. Aceptado: 08.11.2016.

ANEXO II

“Prestaciones a las que no se aplican las reglas del Convenio Multilateral (artículo 3, apartado 3)”

M^a BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

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

RESUMEN

El artículo 3 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social delimita el ámbito material mínimo de aplicación del Convenio y, del mismo modo que posibilita su apertura a otras prestaciones, deja abierta la posibilidad de que los Estados parte excluyan determinadas prestaciones de su ámbito de aplicación haciéndolo constar en el Anexo II, y siempre que no se trate de ninguna de las expresamente incluidas en dicho ámbito mínimo de aplicación.

En este trabajo se analizan cada una de las prestaciones que los Estados signatarios del Convenio han excluido de la aplicación de las reglas del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, convenio multilateral, internacional, prestaciones contributivas, coordinación.

ABSTRACT

Article 3 of the Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security defines the minimum scope of application of the Convention and, in the same way as it allows for its opening to other benefits, leaves open the possibility for States parties to exclude certain benefits from its scope of application by making a statement in Annex II, provided that they are not any of those expressly included in said minimum scope of application.

This paper discusses each of the benefits that the signatory States of the Convention have excluded from the application of the rules of the Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security.

KEYWORDS: Social Security, multilateral convention, international, contributory pensions, coordination.

SUMARIO

I. ASPECTOS PRELIMINARES

II. LAS EXCEPCIONES DE ARGENTINA

A. ASISTENCIA MÉDICA

B. PRESTACIONES MONETARIAS DE ENFERMEDAD

C. PRESTACIONES POR DESEMPLEO

D. PRESTACIONES FAMILIARES

III. LA EXCLUSIÓN DE BRASIL: LA *APOSENATORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO*

IV. LAS EXENCIONES DE ECUADOR: LOS SUBSIDIOS ECONÓMICOS POR ENFERMEDAD Y MATERNIDAD DEL SEGURO GENERAL OBLIGATORIO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL

V. LA INAPLICACIÓN AL AUXILIO POR DEFUNCIÓN ESPAÑOL

VI. LA EXCEPCIÓN DE PARAGUAY: LA JUBILACIÓN POR EXONERACIÓN

VII. CONCLUSIONES

I. ASPECTOS PRELIMINARES

La mundialización de la economía, los fenómenos migratorios y la movilidad transnacional de trabajadores han obligado a los Estados a establecer reglas de coordinación de los distintos sistemas de Seguridad Social, para poder proteger a sus ciudadanos¹. En el ámbito de la Unión Europea el Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, asume dicha función, y a nivel internacional distintos Estados de Sudamérica, junto con otros europeos, formalizaron, en buena parte a su imagen y semejanza², el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS en adelante) con el mismo objeto³.

El CMISS no pretende ni armonizar, ni unificar los sistemas de Seguridad Social de los Estados signatarios, sino coordinar⁴ las prestaciones contributivas de Seguridad Social de los Estados parte⁵.

El artículo 3 CMISS determina el ámbito de aplicación material mínimo del mismo, que queda circunscrito a las prestaciones contributivas de seguridad social y, en concreto, a las prestaciones económicas de invalidez, de vejez, de supervivencia y de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional⁶ (art. 3.1 CMISS), quedando excluida cualquier tipo de prestación en especie. El propio precepto señala que las prestaciones médicas previstas en las legislaciones de los Estados Parte quedan al margen del convenio, salvo lo dispuesto en el art. 3.5⁷, y que el CMISS no será de aplicación a las prestaciones

¹Cfr. Ribes Moreno, M. I.: “The Problems Derived from Applying a Social Security System to Personnel Serving on Board Vessels”. E-Revista Internacional de la Protección Social nº 1/2016, p.43.

²De hecho, tal y como puede verse en Arellano Ortiz, P.; “Reception of Social Security Coordination in the Ibero-american Region. A Process Following the European Experience” en: Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir.) VV.AA.: Good Practices in Social Law. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2015, pp. 251-165, algunos preceptos del Convenio Iberoamericano son un calco literal del europeo.

³Vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “An Overview of Regulation 883/2004 and the Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security”. E-Revista Internacional de la Protección Social, nº 1/2016, pp. 12-22.

⁴A este respecto, puede encontrarse una aproximación al significado de coordinación en Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Capítulo XII. Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E. (Dir.) VV.AA.: El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral. Laborum. Murcia. 2015; p. 183.

⁵Jiménez Fernández, A.; “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VV.AA.; El Futuro de la Protección Social. Laborum. Murcia. 2010, p. 375: se trata de una “experiencia pionera porque, plantea lograr un acuerdo en materia de Seguridad Social en un ámbito en el que no existe una previa asociación política que facilite el sustrato jurídico que podría dale apoyo”.

⁶Sobre la Seguridad Social en América Latina y las migraciones, vid. Arellano Ortiz, P.: “Características y Desafíos de la Migración para la Seguridad Social en la Región Latinoamericana”. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política nº 1/2013, pp. 15-42.

⁷“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

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” (art. 3.3 CMISS).

No obstante, la inicial limitación del contenido material del Convenio (art. 3.1 CMISS) puede verse exceptuada por dos o más Estados parte (art. 3.5 CMISS), si bien dicha ampliación sólo afectará a los Estados que así lo hayan decidido mediante la suscripción de acuerdos bilaterales o multilaterales, ampliación que hasta la fecha no se ha establecido por ninguno de los Estados signatarios.

La restricción del ámbito material del CMISS ha sido criticada por parte de la doctrina científica, y ello porque las especiales características de la migración en Iberoamérica (fundamentalmente el alto nivel de economía informal y la falta de capacidad contributiva de los trabajadores en general y de los inmigrantes en particular), hacen necesario extender la coordinación a determinadas prestaciones no contributivas, algo que sí realiza su homónimo europeo⁸.

Pese a que en el artículo 1 CMISS se definen hasta 14 conceptos de los empleados en el CMISS, entre ellos, “prestaciones económicas”, no se define qué ha de entenderse por “régimenes contributivos de seguridad social” (art. 3.2), por lo que conforme al art. 1.2 del propio Convenio, habrá que atender al “significado que les atribuya la legislación aplicable”⁹.

El Anexo II CMISS, a cuyo análisis se dedican las siguientes páginas, prescribe las prestaciones a las que no será de aplicación el CMISS. De los quince países firmantes, sólo cinco: Argentina, Brasil, Ecuador, España y Paraguay hacen constar expresamente las prestaciones a las que no serán de aplicación las reglas del CMISS.

Argentina ha señalado explícitamente que no será de aplicación el CMISS a la asistencia médica, las prestaciones monetarias de enfermedad, las prestaciones de desempleo y las prestaciones familiares.

En el caso de Brasil, únicamente se alude a la *aposentadoria por tempo de contribuição*. Ecuador excluye de la aplicación del CMISS los subsidios económicos por enfermedad y maternidad del Seguro Obligatorio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. España exceptúa el auxilio por defunción.

Y, finalmente, Paraguay especifica que no será aplicable el CMISS a la prestación consistente en la jubilación por exoneración prevista en el artículo 42 de la Ley N° 71/68 “que crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Administración Nacional de Electricidad”.

lo previsto en el apartado anterior, afectarán únicamente a los Estados que las hayan suscrito, sin que surtan efectos para los demás Estados Parte”.

⁸Cfr. Arellano Ortiz, P.: “Prestaciones No Contributivas de los Trabajadores Migrantes: un Desafío Pendiente en Latinoamérica”. Revista Ius et Praxis n° 2/ 2014, pp. 473-494.

⁹Cfr. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social n° 26/2011, p. 217.

II. LAS EXCEPCIONES DE ARGENTINA

A. ASISTENCIA MÉDICA

Aunque tal y como se ha señalado anteriormente, el CMISS explícitamente excluye de su ámbito material de aplicación las prestaciones médicas (art. 3.1 CMISS), Argentina ha querido manifestar explícitamente en el Anexo II del CMISS, rubricado “Prestaciones a las que no se aplican las reglas del Convenio Multilateral”, que bajo ningún concepto el CMISS será de aplicación a la asistencia médica argentina.

A este respecto, debe recordarse que el propio tenor literal del art. 3.1 CMISS, pese a excluir del CMISS las prestaciones médicas, advierte que si dos o más Estados parte del CMISS así lo deciden, podrán ampliar el ámbito objetivo del mismo, extendiéndolo a prestaciones excluidas en un principio, a través de acuerdos bilaterales o multilaterales mediante los que se proceda a esa extensión y cuyos efectos se inscribirán en el Anexo III CMISS. No obstante, ello no significa que esas prestaciones que han sido objeto de extensión por unos países en concreto afecten a todos los Estados parte, sino que por el contrario únicamente afectarán a los Estados que hayan suscrito el acuerdo de extensión (art. 3.5 CMISS).

B. PRESTACIONES MONETARIAS DE ENFERMEDAD

No es de extrañar que Argentina haya querido expresamente excluir las prestaciones monetarias de enfermedad de la aplicación del CMISS, y ello porque en dicho país no existen prestaciones económicas por enfermedad no culpables.

La Ley de Contrato de Trabajo (Ley N° 20.744) prevé que “cada accidente o enfermedad inculpable que impida la prestación del servicio no afectará el derecho del trabajador a percibir su remuneración durante un periodo de tres meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de cinco años, y de seis meses si fuera mayor. En los casos que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir su remuneración se extenderán a seis y doce meses respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco años” (art. 208 Ley N° 20.744).

Transcurridos los plazos de interrupción del trabajo por causa de accidente o enfermedad no culpable, si el trabajador no estuviera en condiciones de volver a su empleo, el empleador deberá conservárselo durante el plazo de un año contado desde el vencimiento de aquéllos. Transcurrido dicho plazo, la relación de empleo subsistirá hasta tanto alguna de las partes decida y notifique a la otra su voluntad de rescindirla. La extinción del contrato de trabajo en tal forma exime a las partes de responsabilidad indemnizatoria (art. 211 Ley N° 20.744).

“Vigente el plazo de conservación del empleo, si del accidente o la enfermedad resultase una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviese en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración” (art. 212 Ley N° 20.744).

Pero si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuere imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a medio sueldo por cada año de servicio o fracción, tomando como base la mejor remuneración mensual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor (art. 212 Ley N° 20.744). Si por el contrario, el empleador, estando en condiciones de hacerlo, no le asignare tareas compatibles con la nueva aptitud física o psíquica del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización equivalente a un sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor (art. 212 Ley N° 20.744).

Del mismo modo, cuando de la enfermedad o accidente se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización idéntica a la dispuesta si el empleador no pudiera dar cumplimiento a la obligación de recolocarle en un nuevo puesto acorde con su nueva situación por causas ajenas a su voluntad, es decir, una indemnización equivalente a medio sueldo por cada año de servicio o fracción, tomando como base la mejor remuneración mensual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor (art. 212 Ley N° 20.744).

Además, “si el empleador despidiese al trabajador durante el plazo de las interrupciones por accidente o enfermedad no culpables, deberá abonar, además de las indemnizaciones por despido injustificado, los salarios correspondientes a todo el tiempo que faltara para el vencimiento de aquélla o a la fecha del alta, según demostración que efectúe el trabajador” (art. 213 Ley N° 20.744).

C. PRESTACIONES POR DESEMPLEO

La prestación por desempleo, pese a ser una de las prestaciones económicas más características de los regímenes contributivos de seguridad social, no se encuentra entre las “ramas de seguridad social” que el art. 3.1 CMISS consagra dentro de su ámbito de aplicación material. Es por ello que Argentina la incluye en el Anexo II CMISS, excluyéndola con ello de la aplicación de las reglas del CMISS.

En Argentina el Seguro por Desempleo se rige por: la Ley Nacional de Empleo (Ley N° 24.013) en el caso de los trabajadores asalariados, por la Ley N° 25.191 de Trabajadores Rurales cuando se trata de trabajadores pertenecientes al Régimen Nacional de Trabajo Agrario, y por la Ley N° 25.371 del Sistema Integrado de Prestaciones por Desempleo para los trabajadores comprendidos en el Régimen de la Construcción.

Junto con la prestación económica por desempleo (art. 118 Ley N° 24.013), también forman parte de la protección por desempleo (art. 119 Ley N° 24.013):

- La prestación médico-asistencial (Leyes N° 23.660 y N° 23.661).
- El pago de las asignaciones familiares que correspondieren a cargo de las cajas de asignaciones y subsidios familiares (Ley N° 24.714).
- El cómputo del período de las prestaciones a los efectos previsionales, con los alcances de los incisos a) y b) del art. 12 Ley N° 24.013.

D. PRESTACIONES FAMILIARES

El CMISS no será de aplicación a los regímenes no contributivos, ni a la asistencia social (art. 3.4 CMISS), lo que en modo alguno significa que de esta forma genérica el CMISS exceptúe de su ámbito material las prestaciones familiares, tanto por el hecho de que las prestaciones familiares pueden configurarse dentro de los niveles contributivos o no contributivos de los sistemas nacionales de seguridad social, como porque, tal y como se viene reiterando, el propio CMISS deja abierta la posibilidad de que los Estados parte amplíen el ámbito material de aplicación del Convenio, o que a través del Anexo II CMISS manifiesten expresamente las prestaciones que quedan fuera del mismo.

Argentina ha decidido constatar expresamente en el Anexo II CMISS la no aplicación del Convenio a las prestaciones familiares. Prestaciones familiares que son reguladas por la Ley N° 24.714 o de Asignaciones Familiares.

Conforme a dicha Ley, el Régimen de Asignaciones Familiares en Argentina tiene un alcance nacional y obligatorio y está basado en:

- Un subsistema contributivo fundado en los principios de reparto de aplicación a los trabajadores que presten servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada, cualquiera sea la modalidad de contratación laboral, beneficiarios de la Ley sobre Riesgos de Trabajo y beneficiarios del Seguro de Desempleo, que se financiará con los recursos previstos en el art. 5 Ley N° 24.714.
- Un subsistema contributivo de aplicación a las personas inscriptas y con aportes realizados en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS) establecido por la Ley N° 24.977, sus complementarias y modificatorias, que se financiará con los recursos previstos en el art. 5 Ley N° 24.714.
- Un subsistema no contributivo de aplicación a los beneficiarios del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), beneficiarios del régimen de pensiones no contributivas por invalidez, y para la Pensión Universal para el Adulto Mayor, que se financiará con los recursos del régimen previsional previstos en el art. 18 Ley N° 24.241.
- Un subsistema no contributivo compuesto por la Asignación por Embarazo para Protección Social y la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, destinado, respectivamente, a las mujeres embarazadas y a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina que pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o en la economía informal.

El art. 6 Ley N° 24.714 establece las siguientes prestaciones:

- Asignación por hijo.
- Asignación por hijo con discapacidad.
- Asignación prenatal.
- Asignación por ayuda escolar anual para la educación inicial, general básica y polimodal.
- Asignación por maternidad.
- Asignación por nacimiento.

- Asignación por adopción.
- Asignación por matrimonio.
- Asignación universal por hijo para Protección Social.
- Asignación por embarazo para Protección Social.

Por otro lado, los beneficiarios del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones gozarán de las siguientes prestaciones (art. 15 Ley N° 24.714):

- Asignación por cónyuge.
- Asignación por hijo.
- Asignación por hijo con discapacidad.
- Asignación por ayuda escolar anual para la educación básica y polimodal.

III. LA EXCLUSIÓN DE BRASIL: LA *APOSENDATORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO*

Brasil hace constar en el Anexo II la no aplicación del CMISS a la denominada *aposentadoria por tempo de contribuição*. En este sentido debe recordarse que el CMISS en todo caso será aplicable a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones económicas de vejez (art. 3.1 CMISS), y que en el Anexo II bajo ninguna circunstancia se podrá incluir alguna de las ramas de seguridad social señaladas en el art. 3.1 CMISS (art. 3.3 CMISS).

¿Por qué se incluye en el Anexo II CMISS la *aposentadoria por tempo de contribuição*? Porque el sistema portugués prevé siete modalidades de jubilación:

- *Por Idade.*
- *Por Idade da Pessoa com Deficiência.*
- *Por Tempo de contribuição.*
- *Por Tempo de contribuição da Pessoa com Deficiência.*
- *Por Tempo de contribuição do Professor.*
- *Por Invalidez.*
- *Especial por tempo de contribuição.*

La *aposentadoria por tempo de contribuição* es un tipo de jubilación muy particular, desconocida en la mayoría de sistemas de seguridad social, siendo realmente la *aposentadoria por idade* la prestación económica contributiva por vejez prototípica, a la que sí se aplica el CMISS. La *aposentadoria por tempo de contribuição* se caracteriza porque el requisito principal para acceder a dicha jubilación no es la edad del trabajador, como en la *aposentadoria por idade*, sino el tiempo que ha contribuido. Hay tres categorías:

- Regla 85/95 progresiva: no hay una edad mínima para acceder a la jubilación, simplemente será necesario que la suma de la edad del trabajador y los años cotizados sumen 95 si se trata de un hombre y 85 si es una mujer.
- Regla con 30/35 años de cotización: no hay una edad mínima para acceder a la jubilación, simplemente será necesario haber alcanzado un periodo total de cotización cifrado en 35 años para los hombres y 30 para las mujeres.
- Regla proporcional: esta regla, extinta desde el 16 de septiembre de 1998, es aplicable exclusivamente a quienes cotizaron en dicha fecha. Se exige una edad mínima de 53 años para los hombres y 48 para las mujeres, así como un periodo de

carencia de 30 años para los hombres y 25 para las mujeres, al que ha de sumarse un periodo adicional a través de unas reglas numéricas.

No es de extrañar que la *aposentadoria por tempo de contribuição* quede fuera de la aplicación del CMISS, pues la tendencia general debido, entre otros factores, al envejecimiento demográfico, es a aumentar la edad de jubilación, por lo que los países que excepcionalmente cuentan entre sus modalidades de prestación por jubilación con un tipo que no tiene en cuenta la edad de jubilación, han ido poco a poco estableciendo mecanismos para incorporarla y además ir progresivamente erradicando ese tipo de prestación por jubilación¹⁰.

IV. LAS EXENCIONES DE ECUADOR: LOS SUBSIDIOS ECONÓMICOS POR ENFERMEDAD Y MATERNIDAD DEL SEGURO GENERAL OBLIGATORIO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Ni las prestaciones económicas por enfermedad, ni por maternidad forman parte de las “ramas de seguridad social” a las que el art. 3.1 CMISS circunscribe su ámbito mínimo de aplicación material. Es por ello que Ecuador ha decidido manifestar expresamente en el Anexo II CMISS que el CMISS no será de aplicación ni a los subsidios económicos por enfermedad del Seguro Obligatorio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ni a los subsidios económicos por maternidad del mismo Seguro.

El subsidio económico por maternidad del Seguro General Obligatorio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se rige por la Ley 2001/55, “Ley de Seguridad Social”, y el subsidio económico por enfermedad del Seguro General Obligatorio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social viene regulado igualmente en la Ley 2001/55, “Ley de Seguridad Social” y desarrollado por el Reglamento del Subsidio por Enfermedad. Ninguno de los dos subsidios presenta unas características especialmente reseñables.

V. LA INAPLICACIÓN AL AUXILIO POR DEFUNCIÓN ESPAÑOL

En España el auxilio por defunción es una prestación contributiva por muerte o supervivencia. El art. 216 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, en adelante) señala que “1. En caso de muerte, cualquiera que fuera su causa, cuando concurren los requisitos exigibles se reconocerán, según los supuestos, alguna o algunas de las prestaciones siguientes:

- a) Un auxilio por defunción.
- b) Una pensión vitalicia de viudedad.
- c) Una prestación temporal de viudedad.
- d) Una pensión de orfandad.
- e) Una pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares”.

De acuerdo con el art. 218 de la Ley General de Seguridad Social “el fallecimiento del causante dará derecho a la percepción inmediata de un auxilio por defunción para hacer

¹⁰Tal es el caso de Italia, al respecto *vid.* Fernández Collados, M. B.: “Luces y Sombras de la Reforma de la Pensión de Jubilación en Italia: su Aplicación al Caso Español”. *Actualidad Laboral*, nº 13-14/2012, pp. 1548 y ss.

frente a los gastos de sepelio a quien los haya soportado. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: por el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el artículo 221, los hijos y los parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente”.

Sin embargo, el art. 3.1 CMISS al delimitar su ámbito mínimo de aplicación material, incluye las prestaciones económicas de supervivencia entre las prestaciones que bajo ninguna circunstancia podrán formar parte del Anexo II CMISS.

Su inclusión en el Anexo II CMISS se debe a que el auxilio por defunción, aunque es una prestación económica por supervivencia, no es ninguna de las prestaciones económicas por supervivencia principales: viudedad, orfandad y subsidio en favor de familiares, sino una prestación económica de pago único y cuantía teóricamente indeterminada pero con un límite máximo ridículo (46,50 euros), muy inferior al coste de los gastos del sepelio más barato, y cuyo futuro siempre ha sido muy cuestionado¹¹, aunque hasta la fecha sigue formando parte del sistema de seguridad social español.

VI. LA EXCEPCIÓN DE PARAGUAY: LA JUBILACIÓN POR EXONERACIÓN

Aunque el art. 3.1 CMISS al determinar su ámbito mínimo de aplicación material incluye las prestaciones económicas de vejez, y el art. 3.3 CMISS dispone que en el Anexo II bajo ninguna circunstancia se podrá incluir alguna de las ramas de seguridad social señaladas en el art. art. 3.1 CMISS, Paraguay hace constar en el Anexo II que el CMISS no será aplicable a la prestación consistente en la jubilación por exoneración prevista en el artículo 42 de la Ley N° 71/68 “que crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Administración Nacional de Electricidad”.

El sistema de Seguridad Social paraguayo es muy complejo. Está formado por ocho regímenes y regulado principalmente por las siguientes normas:

- Decreto Ley 1807/43 que crea el Instituto de Previsión Social.
- Ley de Jubilaciones y Pensiones para empleados públicos de 1902, reemplazada por la Ley N° 23485/2003 Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público, administrada por la Dirección de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda (Caja Fiscal).
- Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal Municipal.
- Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios.
- Ley N° 71/68; Ley N° 1042/83; Ley N° 1300/87 que crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE).
- Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional.
- Ley N° 641/24; Decreto-Ley N° 1550/40 que crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios.
- Fondo de Jubilaciones y Pensiones para miembros del Poder Legislativo de la Nación.

¹¹Sobre la relevancia del auxilio por defunción *vid.* Rodríguez Iniesta, G.: La Viudedad en el Sistema Español de Seguridad Social. Laborum. Murcia. 2006, pp. 173 y ss. Para mayor abundamiento sobre el papel del auxilio por defunción *vid.* Hernández González, D. y Devesa Carpio, J. E.: “El Auxilio por Defunción en la Seguridad Social Española Pasado, Presente y Futuro”. Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social n° 388/ 2015, pp. 95-121.

La exención del Anexo II CMISS se refiere exclusivamente a la “jubilación por exoneración prevista en el artículo 42 de la Ley N° 71/68”, es decir, a uno de los tipos de jubilación previsto para los trabajadores afiliados a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Administración Nacional de Electricidad.

La Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Administración Nacional de Electricidad, tiene por objeto asegurar a su personal, al de la ANDE y al que presta servicios a la Asociación Mutual del personal de ANDE, los beneficios previstos en la Ley N° 71/68 (art. 2 Ley N° 71/68)¹².

Conforme al art. 8.1 Ley N° 71/68 estarán afiliados a esta Caja con carácter obligatorio:

- “a) Todo funcionario, empleado u obrero nombrado o contratado por ANDE con carácter permanente y que perciba de ésta una remuneración cualquiera sea su forma o denominación;
- b) los empleados de la Caja;
- c) los empleados de asociaciones con personería jurídica del personal de ANDE que tengan fines mutualistas; y
- d) los jubilados y pensionados en virtud de esta Ley”.

Y con carácter voluntario (art. 8.2 Ley N° 71/68):

- “a) los miembros del Consejo de Administración de ANDE;
- b) el personal que dejara el servicio en ANDE y que solicite su continuidad como afiliado de la Caja, de acuerdo con el artículo 45 de esta Ley.”

La Ley N° 71/68 regula cinco tipos de jubilación: ordinaria, extraordinaria, por invalidez, por exoneración y por retiro voluntario (art. 38 Ley N° 71/68).

La jubilación por exoneración prevista en el art. 42 Ley N° 71/68 es una modalidad muy particular de jubilación, que únicamente será de aplicación a los afiliados a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Administración Nacional de Electricidad que tengan como mínimo quince años de servicios reconocidos y sean despedidos mediante un despido que reúna las siguientes condiciones:

- La causa del despido no se deba a la comisión de un delito contra el patrimonio o faltas sancionadas con la destitución, perpetrados contra ANDE o la Caja y condenados por sentencia firme, ni se deba a la invalidez del trabajador motivada por un hecho voluntario o delictivo o provocado por el propio afiliado, debidamente comprobado.
- El despido sea posterior a la entrada en vigor de la Ley N° 71/68.
- El despido se dé como consecuencia del cierre definitivo de reparticiones o dependencias de ANDE, por expiración del término legal de la existencia de la misma, por transferencia parcial o total a otras entidades, o por liquidación total o parcial del activo de la misma.
- El despido menoscabe de forma evidente la situación jerárquica del afiliado, siempre que a juicio de la mayoría absoluta de los miembros del Consejo existan presunciones vehementes que tal hecho tenga por objeto crear al afiliado una situación insostenible para obligarlo a dejar el cargo.

¹²Téngase en cuenta que aunque en todo caso se hace referencia a la Ley N° 71/68, se alude siempre a la versión vigente redactada conforme a la Ley N° 1300/87.

La jubilación por exoneración no será concedida por la Caja, en el caso de que la empleadora hubiere abonado las indemnizaciones establecidas en las leyes laborales por terminación del trabajo y, en este último caso, sin perjuicio de que el afiliado se acoja a los beneficios previstos en el art. 45 de de la Ley N° 71/68.

Así pues, pese a tratarse de una prestación económica de vejez, su inclusión en el Anexo II CMISS, como en el caso de la *aposentadoria por tempo de contribuição*, se debe a su particularidad y al hecho de no tratarse de la prestación económica de vejez prototípica del sistema, que sí queda incluida, como no podría ser de otra manera, en el campo de aplicación material del CMISS.

VII. CONCLUSIONES

El ámbito material mínimo de aplicación del CMISS es muy restringido, no sólo porque se ciñe a las prestaciones económicas contributivas, sino también porque no comprende algunas tan importantes como las prestaciones por enfermedad, por desempleo o por maternidad. Y aunque el propio Convenio prevé la posibilidad de extender su ámbito de aplicación a otras prestaciones, incluso en especie o no contributivas, hasta la fecha no lo ha hecho ningún país.

La mayor parte de los Estados no han excluido ninguna prestación de la aplicación de las reglas del CMISS.

Entre las prestaciones económicas y contributivas excluidas del CMISS en el Anexo II hay dos modalidades de prestaciones económicas de vejez: la *aposentadoria por tempo de contribuição* brasileña, y la jubilación por exoneración paraguaya, prevista en el artículo 42 de la Ley N° 71/68 “que crea la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Administración Nacional de Electricidad”. Sin embargo, debe advertirse que eso no significa que dichos Estados infrinjan lo preceptuado en el art. 3.3 CMISS, porque simplemente se trata de dos modalidades de pensión de jubilación muy *sui generis* y no de la pensión de jubilación prototípica.

Argentina es el Estado que más excepciones prevé en el Anexo II.

Aunque no forman parte del ámbito mínimo de aplicación del CMISS, tanto Argentina como Ecuador han querido manifestar expresamente que el CMISS no será aplicable a las prestaciones monetarias por enfermedad.

España exceptúa de la aplicación del CMISS el auxilio por defunción, una prestación económica por muerte y supervivencia muy cuestionada.

Recibido: 06-07-2016. Aceptado: 06.09.2016.

ANEXO III

“Convenios suscritos entre Estados Parte del Convenio Multilateral mediante los que se extiende la aplicación del mismo a regímenes y prestaciones no comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio Multilateral (artículo 3, apartado 5)”

NICOLÁS ALEJANDRO OCCHI ORSARIA

Docente Adscrito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Rosario (Argentina)

RESUMEN

El Anexo III se halla totalmente vacío, dando como primera impresión que entre los Estados iberoamericanos el derecho internacional de la seguridad social no ha procurado más que acordar sobre prestaciones pecuniarias. Sin embargo, una mirada retrospectiva acompañada de reflexión detenida puede llegar a conjeturar la inexactitud de ese panorama, para después contemplar que esa carencia tendría una explicación práctica. Finaliza el comentarista destacando que la única consecuencia del vacío escrutado es la exclusión actual de prestaciones médicas del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

PALABRAS CLAVE: Ámbito material de aplicación, coordinación legislativa, prestaciones médicas.

ABSTRACT

Annex III is totally empty, giving as a first impression that among the Iberoamerican States the international law of Social Security has sought only to agree on pecuniary benefits. However, a retrospective look accompanied by careful reflection may lead us to conjecture the inaccuracy of that panorama, and then to contemplate that this lack would have a practical explanation. The commentator ends by emphasizing that the only consequence of the emptiness sought is the current exclusion of medical benefits from the Multilateral Iberoamerican Agreement on Social Security.

KEYWORDS: Scope of material application, legislative coordination, medical benefits.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

II. CONTEXTUALIZACIÓN DEL ANEXO III

A. ANTECEDENTES PERTINENTES

B. DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA

C. DIMENSIÓN NORMATIVA VIGENTE

III. CONCLUSIONES

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Nada de que lo siga puede suscitar interés auténtico si dejamos de lado que el alcance de la cobertura de la seguridad social se ha convertido en un tema central en buena parte de los países, no sólo de Iberoamérica, sino también de otras partes del mundo. Hay un marcado consenso en avanzar hacia la internacionalización de sus prestaciones, como se refleja en la estrategia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de su Iniciativa Mundial de un Piso de Protección Social Universal.

De esa manera se entiende cabalmente que nuestro actual objeto de estudio, el Anexo III, se endereza hacia la consecución de que el Convenio sea el instrumento por excelencia para las soluciones mancomunadas frente a las diferentes contingencias vitales que excedan la preocupación monetaria de los beneficiarios. Lo esencial de la seguridad social es cubrir riesgos de subsistencia de diversa índole, debiendo extremarse el rigor de las operaciones jurídicas cuando puede llegarse al desconocimiento de derechos. Y, precisamente, este extremo pareciera acaecer al avizorar que el Anexo III figura despojado absolutamente de contenido.

Es que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (en adelante “el Convenio”) se caracteriza como instrumento regional por enterrar el cimiento de su propio desarrollo ulterior, puesto que entre sus primeras normas se destaca que: “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” (art. 3.5). Entonces, el Anexo III no debería ser más que la materialización de esa preocupación por proyectar la movilidad ascendente de los beneficios del Convenio, inclusive con miras a avasallar su propio ámbito material congénito (prestaciones dinerarias).

Nosotros nos ocuparemos del asunto en relación a las prestaciones médicas que son medidas técnicas con las que la seguridad social iberoamericana lidia hace décadas en diversas latitudes, y no -por recorte metodológico- sobre la ampliación del Convenio a regímenes especiales (no contributivos, de asistencia social y víctimas de guerra).

II. CONTEXTUALIZACIÓN DEL ANEXO III

Como dejamos insinuado, la utilidad del anexo III se constata en el propósito de dar cabida a una progresiva cooperación regional en materias que originariamente el Convenio no alcanzó a comprender en el momento de su adopción por unanimidad, en la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Santiago de Chile (noviembre de 2007). Un ejemplo de expansión, promovido por este mismo tratado multilateral, serían las prestaciones médicas de la seguridad social (art. 3.1). Sin embargo, pese a la manifiesta buena voluntad de quienes concibieron esta posibilidad, luce manifiesto que ninguna convención se consigna todavía en el Anexo III, siquiera en tal aspecto puntual.

Al respecto, Sánchez-Rodas Navarro puntualiza que su redacción está inspirada en el Reglamento 883/04, aunque la normativa de la Unión Europea tiene un ámbito de aplicación material mucho más extenso: “...el Convenio Multilateral sólo se aplicará a las prestaciones de Seguridad Social de contenido económico, quedando excluidas las

prestaciones en especie”. Todavía así, la profesora de Sevilla tiene presente que la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España dispone en su art. 14.1 que “los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en la misma condición que los españoles”¹. García de Cortázar comparte que los recortes del campo material del Convenio, merced a su art. 3, son la diferencia quizás esencial entre aquél y el Reglamento 883/04, sin que por esto dejen de ser textos equiparables y, sobre todo, coordinables².

Justamente, una gran inquietud que persigue inclusive a los migrantes con radicación legal, en especial los temporales, es que las cotizaciones abonadas al régimen de seguridad social del país de origen se pierden porque los derechos a las prestaciones no son transferibles, siendo común que en el país de acogida haya un período de espera o “de carencia”³.

A. ANTECEDENTES PERTINENTES

El Convenio Multilateral se diferencia de su predecesor el “Convenio Iberoamericano de Seguridad Social” suscrito en Quito (1978). El último, previo a contemplar las prestaciones por vejez, invalidez y sobrevivientes, dedica el primer capítulo del Título II a las prestaciones “médico-sanitarias”: “las personas protegidas de cada uno de los Estados Contratantes que presten servicios en el territorio de otro Estado Contratante, tendrán en el país receptor los mismos derechos y estarán sujetos a iguales obligaciones que los nacionales de este último Estado, en lo relativo a las prestaciones médico-sanitarias que otorguen sus Sistemas de Seguridad Social, Previsión Social o Seguros Sociales” (artículo 6).

La literalidad nos llevaría a establecer que el Convenio de Quito no debería -a futuro- ser inocuo para el Anexo III, en tanto prevé un ámbito mayor de prestaciones entre varios Estados que suscribieron ambos. No obstante, su aplicación se supedita a un engorroso procedimiento, que en la práctica atomiza los esfuerzos: “Los Acuerdos Administrativos que se formalicen definirán el ámbito del presente Convenio en cuanto a las categorías de personas incluidas y exceptuadas, capítulo o capítulos del Título II que se dispone aplicar, fecha de vigencia y procedimientos de aplicación” (art. 17.b). Véase que en el vigente “Acuerdo Administrativo para la Aplicación del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito entre la República Argentina y la República de Colombia” de 14 de abril de 2008, no figuran las prestaciones médicas en el ámbito de aplicación material (art. 2).

Por su parte, el “Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur” también comprende las prestaciones de salud dentro del Título V pero, en lo sustancial,

¹Sánchez-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; p. 9.

²García de Cortázar, C.; “La Dimensión Externa de las Normas de Coordinación Europea de Seguridad Social. El Reglamento 883/04 y el Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Número extraordinario, 2010; p. 275.

³Asociación Internacional de la Seguridad Social; “Perspectivas de Política Social”. Ginebra. AISS nº 17/2011, s/n, https://www.issa.int/es_ES/resources/highlight.

relega su aplicación a la legislación propia de cada Estado Parte (art. 3.2.), estableciendo expresamente que: “...serán otorgadas al trabajador trasladado temporalmente al territorio de otro Estado Parte así como a sus familiares y asimilados, siempre que la Entidad gestora del Estado de origen autorice su otorgamiento” (art. 6). Así, se extrae nuevamente la remisión a la legislación interna, además de la limitación proveniente del adverbio “temporalmente”.

B. DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA

Si se nos solicitara sugerir una tesis sobre la vacuidad misma, aventuraríamos que se explica por la manifiesta complejidad endógena frente a esta clase de prestaciones en especies. Para confirmar aunque no sea más que brevemente la hipótesis, tomemos a la República Argentina, por ser la última en depositar el instrumento de ratificación en la Secretaría General Iberoamericana y suscribir el Acuerdo de Aplicación (ambos actos consumados el reciente 31 de mayo de 2016)⁴.

En esa nación austral, las prestaciones médicas para la vejez son gestionadas por el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (conocido popularmente como “PAMI”), de conformidad a la ley 19032, el que se financia con el aporte del 3% del haber de los trabajadores activos sujetos al régimen nacional general. Mientras tanto, las prestaciones médicas de los trabajadores activos son otorgadas por las obras sociales, comprendidas en la ley 23660 (Sistema Nacional del Seguro de Salud). Finalmente, las prestaciones médicas ante accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y accidentes *in itinere* se rigen por la Ley de Riesgos del Trabajo, que las engloba dentro de las “prestaciones en especies” (ley 24557, art. 20). Esta última ley conforma un subsistema de la seguridad social, fuertemente privatizado por las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART).

Por otra parte, los países del “Cono Sur” registran un desempeño muy positivo -según la OIT- en cobertura formal por los regímenes de salud, mientras que otras subregiones de la misma Iberoamérica “...presentan un resultado menos favorable en sus niveles de cobertura, con una cuarta parte de la población sin cobertura por los sistemas de salud en la Región Andina, más de un tercio en América Central y hasta dos tercios en el Caribe”⁵.

Morales Ramírez establece en la faz histórica que la exclusión de las prestaciones médicas responde a las “...dificultades de coordinación entre las legislaciones de los países, en razón de las diferencias en la prestación del servicio y en la forma de retribuirlos”⁶. Sin guardar elogios se ha adicionado: “el realismo de los redactores del CMISS es, en algunos supuestos, encomiable y digno de mención. En efecto, con gran elegancia y originalidad, resuelven la espinosísima problemática de las prestaciones

⁴ <http://www.oiss.org/Estado-de-Situacion.htm>.

⁵ IT, “La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT. El Papel de los Pisos de Protección Social en América Latina y el Caribe”, Lima, OIT Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, p. 40, en http://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_317898/lang--es/index.htm.

⁶ Morales Ramírez, M. A.; “Migración y Portabilidad de Derechos: el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2015; pp. 832 y 883 en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3984/36.pdf>.

sanitarias (prestaciones médicas) a través de la voluntariedad y la bilateralidad (...) debe reconocerse que las prestaciones medico/farmacéuticas son las que más problemas plantean de cara a su coordinación por lo que la opción elegida por el CMISS excluyendo “ex ante” estas prestaciones pero simultáneamente dejando “ex post” autonomía a los Estados para su inclusión bilateral, debe considerarse paradigmática”⁷.

En un todo de acuerdo, la Asociación Internacional de la Seguridad Social identifica las tres razones por las cuales los países del Sur con mayor emigración no intervienen más en negociaciones bilaterales o multilaterales de la seguridad social: magro desarrollo de las prestaciones de seguridad social nacionales, el bajo nivel de cobertura de la población local y la falta de recursos administrativos nacionales. Otra dificultad es la “falta de reciprocidad de ventajas”, es decir, la falta de incentivos para que los países de acogida establezcan acuerdos bilaterales con las naciones de procedencia⁸.

Dicha descripción basta para convencer sobre los eslabones causales que llevan al atípico vaciamiento del Anexo III. En fin, a veces, “...en los procesos de integración se recurre a eliminación de ciertas normas, aunque pueda dar la impresión de constituir un retroceso, para lograr una aplicación más armónica y general del Convenio”⁹.

C. DIMENSIÓN NORMATIVA

Vimos que el Convenio Multilateral como legítimo sucesor del Convenio de Quito se arrogó el beneficio de inventario, pues excluyó de su haber hereditario a las prestaciones médicas. Sin embargo, aún hoy en día, podemos centrarnos más concretamente en los instrumentos bilaterales concebidos al reparo de ese primer tratado de internacionalización de la seguridad social. La cuestión a elucidar es cuáles pueden constituir terreno fértil para comenzar a trazar la senda hacia un nutrido Anexo III, adelantando que Uruguay es la república suramericana más ejemplar en el área.

Continuando tales coordenadas, hallamos que el Acuerdo Administrativo de Seguridad Social para la Aplicación del Convenio de Quito entre España y Panamá, con una extensa vigencia (desde 28/03/1980), regla que “...los beneficiarios de los Sistemas de Seguridad Social de España y Panamá, que residan o se encuentren en el territorio de la otra Parte Contratante, tendrán derecho a las prestaciones médico-sanitarias en los riesgos de enfermedad común y profesional, en accidente común y de trabajo y en maternidad, en los términos previstos en el presente Acuerdo” (art. 4), destacándose la referencia a “enfermedad común” y no sólo fruto de siniestros laborales.

En un grado inferior de eficacia normativa podemos encuadrar el Acuerdo Administrativo entre Portugal y Uruguay (vigente a partir de 01/12/1987), ya que atiende a las prestaciones de asistencia médico-sanitarias, pero la colaboración se sujeta a trámites formales como: presupuesto, aprobación de entidad gestora, facturación y

⁷OISS; “El Reglamento 883/04 y El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social. Encuentros en el Camino”; p. 24, en: <http://www.oiss.org/El-Reglamento-883-04-y-El-Convenio.html>.

⁸AISS, ob. cit.

⁹ Vidal Amaral, A. F. en: VV. AA.; Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. OISS. Madrid; 2012; p. 31 en: http://www.oiss.org/IMG/pdf/VII_Premio_OISS.pdf.

reembolso (art. 8). Además, esa reciprocidad es objeto de reglamentación por las Partes (art. 9).

En último grado de protección, se verifica el Acuerdo Administrativo entre Uruguay y Venezuela (vigente desde el 24/09/1997), que llanamente legisla sobre un requisito del acceso efectivo a la prestación médica: “Para la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a las prestaciones médico sanitarias, cuando un trabajador haya estado sujeto a la Legislación de ambas Partes Contratantes, los períodos de cotización cumplidos en virtud de la Legislación de cada una de ellas, podrán totalizarse siempre que no se superpongan” (art. 7). Pero sobresale la falta de cooperación en relación a la persona necesitada, pues tampoco se menciona la hipótesis de una “urgencia sanitaria”, como sí lo hace el Acuerdo entre Portugal y Uruguay.

Ingresando a otro valioso tratado regional iberoamericano, puede divisarse que el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercador Común del Sur (MERCOSUR) exhibe el Título III dedicado a “Disposiciones sobre las prestaciones de salud”, que prevé la obtención de aquellas para los trabajadores, sus familiares o asimilados, durante el período de permanencia en el Estado Parte en que se encuentren (art. 4), mediando lisa y llanamente un certificado de la Entidad Gestora del Estado de Origen, en el que conste que el trabajador permanece sujeto a la legislación del Estado de origen (art. 3). Vale mencionar la plena operatividad de este Acuerdo desde el 1 de junio de 2005, a causa del Reglamento Administrativo, conforme a sus arts. 4 y 5.

III. CONCLUSIONES

Entrevemos que el Anexo III padece una carencia que solamente se justifica por la ausencia de instrumentos entre los Estados Parte que amplíen expresamente el Convenio en los términos literales de su art. 3.5. No obstante, no debe pensarse que en Iberoamérica no existe coordinación legislativa sobre prestaciones médicas.

Debe tenerse presente que del art. 8 del Convenio Multilateral se sigue que éste no deroga anteriores convenios internacionales, y hasta les otorga preeminencia si resultan más favorables para los migrantes, lo que ocurrirá siempre -por ahora- en lo atinente a prestaciones médicas, puesto que no forman parte del novísimo instrumento regional. Si a futuro, dos o más Estados encuentran que la cobertura de prestaciones médicas puede ser incluida, podrán utilizar como estructura al Convenio Multilateral, sea por acuerdo bilateral u otro multilateral, correspondiendo su comunicación a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

A la fecha, existen sistemas de seguridad social de los Estados signatarios que se entrelazan legalmente para exceder la cobertura de prestaciones económicas. En efecto, siguen vigentes los tratados predecesores del Convenio Multilateral que contemplan manifiestamente a las prestaciones médicas, sobresaliendo tanto el Acuerdo del Mercosur como el Convenio de Quito, aunque el último limitado a sus consecuentes convenios bilaterales, inclusive, heterogéneos en relación a las prestaciones médicas: España-Panamá; Uruguay-Portugal; Uruguay-Venezuela.

En síntesis, frente al vacío Anexo III, parece ineludible que los Estados Parte continúen las sendas ya trazadas por los instrumentos coordinadores señalados, integrando ese “páramo no tan desolado”.

Recibido: 06.07.2016. Aceptado: 25.07.2016.

ANEXO IV

“Convenios bilaterales o multilaterales en materia de Seguridad Social vigentes entre Estados Parte del Convenio Multilateral”.

NICOLÁS ALEJANDRO OCCHI ORSARIA

Docente Adscrito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Rosario (Argentina)

RESUMEN

El Anexo IV mecaniza el espíritu humanista que inspira el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social al pormenorizar los otros instrumentos bilaterales y regionales de coordinación, con el fin de estatuir un indudable orden público iberoamericano para las prestaciones contributivas de la seguridad social de los trabajadores migrantes y sus derechohabientes. En primer término, este artículo depura el contenido esencial de este apartado especial del Convenio. En segundo lugar, luego de observar que la especificidad del Anexo IV no hace más que ratificar el principio “pro persona” como el norte que guía la aplicación del Convenio, el autor ensaya un modelo para discernir el orden de prelación ante su concurrencia con otro par aplicable. La conclusión radica en que, dentro del Mercosur, la aplicación del Convenio sería postpuesta en ciertos casos de prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia.

PALABRAS CLAVE: coordinación legislativa, cobertura previsional, principio pro persona.

ABSTRACT

Annex IV mechanises the humanist spirit inspired by the Multilateral Ibero-American Agreement on Social Security in detailing the other bilateral and regional coordination instruments in order to establish an undoubted Ibero-American public order for the contributory benefits of social security for migrant workers and their relatives. In the first place, this article clarifies the essential content of this special section of the Convention. Secondly, after observing that the specificity of Annex IV merely ratifies the “pro person” principle as the guiding principle for the application of the Convention, the author tries a model to discern the order of precedence in relation to its concurrence with another applicable pair. The conclusion is that, within MERCOSUR, the application of the Convention would be postponed in certain cases of invalidity, old age and survivors' benefits.

KEYWORDS: Legislative coordination, Social security, principle “pro person”.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ANEXO IV

A. BREVIARIO HISTÓRICO E IMPACTO CUANTITATIVO

B. MODELO MERAMENTE INDICATIVO

C. ENSAYO DE COMPARACIÓN

III. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Leyendo el nombre del Convenio bajo estudio, resulta anodino aclarar que se trata de uno internacional multilateral. A la inversa, sí es provechoso destacar que su articulado nos refleja que pertenece a la categoría de “marco”, puesto que intenta adecuar a otros semejantes a pautas mínimas que establece. Se comprueba este carácter taxonómico al fijar un bagaje de conceptos comunes y -esencialmente- por instituirse como piso tuitivo ya que el artículo 8, encabezado con el acápite “Relaciones entre el presente Convenio y otros instrumentos de coordinación de seguridad social”, establece sin ambages 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 Partes”. Y tras proclamar su operatividad autónoma e inmediata, la sacrifica condicionalmente como tributo al principio pro persona (*pro homine*): “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”.

En definitiva, el Anexo IV es el presupuesto para articular un auténtico orden público iberoamericano merced a la coordinación de prestaciones económicas contributivas de la seguridad social.

Con esa elevada aspiración se patentiza que los convenios que componen el Anexo IV y, por efecto transitivo, cualquier análisis que se intente sobre éstos resulta sesgado sin la valoración del principio “pro persona”. Por eso, impera una mirada “principalista” para aproximarnos al exacto funcionamiento del cooperativismo iberoamericano en favor de sus trabajadores migrantes.

II. ANEXO IV

A. BREVIARIO HISTÓRICO E IMPACTO CUANTITATIVO

El último párrafo del artículo 8 del Convenio dispone que: “una vez vigente el presente Convenio, los Estados Partes de los convenios bilaterales o multilaterales inscritos en el Anexo IV determinarán las disposiciones más favorables de los mismos y lo comunicarán al Secretariado General de la OISS”. En menos palabras, se establece una norma indirecta, típica del derecho internacional, para diferir a la potestad de los Estados Partes la prelación -o no- sobre el Convenio de los demás tratados bilaterales o multilaterales, siempre a la luz del principio pro persona.

La determinación antedicha halla su origen más remoto en la “V Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social”, reunida en Segovia el 8 y 9 de septiembre de 2005 donde, en la segunda cláusula de la Declaración, se acordó que la elaboración del proyectado “Convenio Multilateral de Seguridad Social de la Comunidad Iberoamericana” debía contemplar como principio básico el vertido en el actual artículo 8º del Convenio. Precisamente, el último considerando de esa Declaración apoya la exigencia de un instrumento único, ponderando el acervo de

solidaridad recíproca en la región: “que a nivel multilateral, el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito, suscrito en 1978 y ratificado por dieciséis países, significó en su momento un importante avance, demostrado por los numerosos Acuerdos Administrativos adoptados. A nivel subregional, el Convenio Multilateral de Seguridad Social para Centroamérica, de 1967 (AISSCAP) y en la actualidad el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR y su Reglamento Administrativo de Aplicación, ambos de 1997, y la próxima vigencia de la Decisión 583 -Instrumento Andino de Seguridad Social- (...) representan, en sus respectivos ámbitos geográficos, las manifestaciones más recientes de la permanente actividad desarrollada en este campo desde hace más de medio siglo” (N° XIV).

La tesitura ha sido crear sin dejar de preservar. Pasada una década, en la XXI Cumbre Iberoamericana de Jefes Estado y de Gobierno, se formuló la Declaración de Asunción, acordándose “destacar la entrada en vigor el 1° de mayo de 2011 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, adoptado el 10 de noviembre de 2007, en la Cumbre de Santiago de Chile, y de sus respectivos Convenios de Aplicación, y alentar a aquellos Estados que aún no lo han hecho a considerar su adhesión a este instrumento internacional”¹. En armonía con esa pretensión, desde entonces y para el 1 de agosto de 2016, el Convenio tendrá aplicación efectiva en diez de los quince Estados firmantes.

Entre esa decena de países tenemos a Brasil, Argentina, Chile y Uruguay. Los últimos tres reúnen veintiséis de los cincuenta y tres convenios bilaterales en vigor de Iberoamérica. A su vez, esas mismas cuatro naciones presentan dentro de Latino América las mayores tasas de cobertura entre los pasivos (entre 83% y 91%); y si se consideran como cubiertos a los adultos mayores que viven en hogares donde al menos un miembro recibe un beneficio previsional, las tasas superan el 92%². De modo que la coordinación legislativa de esos países asociados con los restantes en vigor, es decir, Bolivia, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Portugal y Uruguay nos habla de una población potencial que supera los 350 millones de habitantes susceptibles de beneficiarse mediante la internacionalización de la protección social.

Más allá de la retórica, nos permitimos el recurso de ilustrar en cifras la cantidad de articulaciones que los Estados deberán determinar en consonancia con el Anexo IV del Convenio:

¹OISS, Boletín Informativo, N° 47, noviembre de 2011, pág. 5 en http://www.oiss.org/IMG/pdf/BIOISS_ESPECIAL_Noviembre_1-3.pdf.

²Rofman, R. & Oliveri, M. L.; “La Cobertura de los Sistemas Previsionales en América Latina: Conceptos e Indicadores”. Revista de Jubilaciones y Pensiones n° 127/2012; p.43.

	Convenios bilaterales	Convenio de Seguridad Social de Quito (1978)	Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur
Argentina	4	X	X
Bolivia	1	X	
Brasil	4		X
Chile	8		
Ecuador	4	X	
El Salvador	-	X	
España	17	X	
Paraguay	1		X
Portugal	6	X	
Uruguay	10	X	X

Ya se vio que el “Convenio Iberoamericano de Seguridad Social”, suscrito en Quito (1978), fue el primer instrumento iberoamericano que intentó coordinar la seguridad social. Sin embargo, su aplicación se supedita al siguiente procedimiento, que en la práctica atomiza los esfuerzos: “los Acuerdos Administrativos que se formalicen definirán el ámbito del presente Convenio en cuanto a las categorías de personas incluidas y exceptuadas, capítulo o capítulos del Título II que se dispone aplicar, fecha de vigencia y procedimientos de aplicación” (art. 17.b). En menos palabras, se requiere de acuerdos bilaterales para su aplicación, por lo que no cabe su cotejo directo con las disposiciones del Convenio Multilateral (2007). En cambio, el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur entró en vigor en 2005 y sí tiene contenido propio para paragonar con el de 2007. Por supuesto, excede largamente el objeto de este comentario el dictaminar en qué caso el Convenio 2007 prevalecerá sobre alguno de los bilaterales, por lo cual nos circunscribimos a confrontar aquel con el de Mercosur en materia de cobertura de vejez, dada la importante cobertura de dicha contingencia en países que suscribieron ambos.

B. MODELO MERAMENTE INDICATIVO

En la senda tomada, está de más advertir que volcaremos a continuación un método que preferimos discrecionalmente como regla para interpretar y aplicar fuentes del derecho internacional, y del cual puede deducirse el grado de aplicación del Convenio, a partir del Anexo IV, para -reiteramos- proteger la contingencia de la vejez.

El derecho de la seguridad social ha adquirido la “mayoría de edad” -en palabras de Sosa- lo que ha de llevarlo a dejar las limitaciones del “hermano mayor”: el derecho del trabajo; pero sin que ello implique una negación de su origen y que pueda ser estudiado en buena medida desde ese vínculo familiar³. En estricta semejanza, el uruguayo Henderson observa que el principio *pro homine* puede ser provechosamente aplicado a todo instrumento internacional de derechos humanos bajo las reglas del principio protectorio, que el derecho laboral ha logrado traducir en una clásica tríada de reglas: aplicación de la norma más protectora, conservación de la norma más favorable e interpretación con sentido tutelar. La que nos ocupa ahora exclusivamente es la primera, debido a que es la regla hermenéutica para cuando a una determinada situación concreta es posible aplicarle dos o más normas vigentes, cualquiera sea su jerarquía. El intérprete escoge entre varias normas concurrentes aquella que contenga protecciones más favorables para el individuo, en tanto la mencionada en segundo orden se dirige al terreno de la temporalidad, mientras que la tercera se acepta cuando una misma norma es susceptible de múltiples interpretaciones⁴.

Desde la perspectiva de la regla de la norma más protectora o favorable, solamente se podría plantear el problema de la invalidez cuando se aplique el Convenio Multilateral para no brindar una mayor tutela de fuente nacional o internacional, dado que el mismo expresamente establece su desplazamiento en pro del trabajador migrante y sus derechohabientes.

C. ENSAYO DE COMPARACIÓN

A los efectos de ejemplificar con el modelo anterior, realizaremos una comparación práctica de grupos homogéneos de normas relativas a las prestaciones dinerarias por invalidez, vejez y supervivencia entre el Convenio (Título II, Capítulo I) y el Acuerdo del Mercosur (Título VI).

Sea cual fuera la interpretación que se haga del artículo 8 del Convenio, se hallarán algunas singularidades:

a) El Convenio fija como principio terminante que la Institución Competente del Estado Parte “...no reconocerá prestación económica alguna...” por un período inferior a un año (art. 14.1, el énfasis es propio); por el contrario, el Acuerdo simplemente lo deja a voluntad del Estado Parte que “...podrá no reconocer prestación alguna, con

³Sosa, V. M.; Seguridad Social: Perspectivas Actuales. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2014, pp. 15 y 16.

⁴Henderson, H.; “Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interno: la Importancia del principio *pro homine*”. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos n° 39/2004; pp. 92 y ss. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=iidh&n=39>.

independencia de que dicho período sea computado por los demás Estados Parte” (art. 7.2, ídem).

b) El Convenio legisla la totalización de períodos cumplidos en los Estados *Parte* (art. 13.1). A su tiempo, y nuevamente en favor del migrante, el Acuerdo computa los servicios prestados en cualquier otro Estado ajeno al Mercosur, con tal que ese Estado tercero posea convenio bilateral o multilateral que incluya a otros miembros del Mercosur (art. 7.3). El aperturismo del Acuerdo resulta francamente superior al Iberoamericano.

Seguimos precisando el ejemplo de la prelación. Argentina no solamente ha ratificado el Acuerdo del Mercosur y el Convenio, sino que posee uno bilateral con Grecia (ley N° 23501). En estas condiciones, siempre a la luz del principio *pro persona*, un trabajador que haya laborado en Argentina, Brasil y Grecia, podrá totalizar los períodos de las tres naciones, aunque Argentina debiera sufragar las cotizaciones del lapso en el país europeo, en consonancia con el art. 7.4 del Acuerdo. Entretanto, si el operador jurídico aplicase el Convenio Iberoamericano, dentro de la misma hipótesis de trabajo el sujeto quedaría privado de los aportes realizados en ese Estado extramuros del Mercosur e Iberoamérica.

III. CONCLUSIONES

Es sabido que en el modelo de Estado Legal de Derecho que imperó hasta la primera mitad del siglo XX, el Derecho de la Seguridad Social podía ser aprehendido por un paradigma “normativista”, que enlazaba supuestos fácticos con consecuencias jurídicas. Sin embargo, en los albores del siglo XXI, la madurez del Estado de Derecho Constitucional reclama que la coordinación legislativa internacional se remonte a los principios de donde podremos entender mejor las normas mismas y dar la mejor respuesta jurídica.

En términos históricos, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se expande presurosamente, habiendo alcanzado los significativos dos tercios de los Estados firmantes, reforzándose su carácter de convenio marco para articular una red iberoamericana de protección social. A partir de allí, comparece lo imprescindible de pensar y consensuar una metodología sólida para homogeneizar la aplicación del principio *pro persona* en el ámbito iberoamericano de la seguridad social.

El único propósito que tiene -y tendrá- el Anexo IV es materializar la condición para que los Estados Parte acudan al proceso de internacionalización de la seguridad social con algo más que normas; antes bien, les impone su colaboración bajo principios orientados a garantizar los derechos de los migrantes, y es que como lo vaticina la OIT hace ya casi un siglo: “la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social”.

Recibido: 18.11.2016. Aceptado: 21.11.2016.

ANEXO V

“Acuerdos entre Estados Parte por los que se establecen excepciones a la legislación aplicable según los artículos 9 y 10 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (artículo 11)”.

WILDEMAR ALFONSO LOZANO BARÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidades la Gran Colombia y Colegio Mayor de Cundinamarca
Abogado y socio de Lozano&Buitrago Abogados

RESUMEN

En un mundo globalizado como el actual, no solo en el plano económico, tecnológico, y de las comunicaciones, también observamos un mundo interconectado en el que los Estados procuran la protección de sus ciudadanos migrantes, a través de mecanismos de cooperación internacional como da cuenta el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social suscrito en el año 2007. Este instrumento pretende proteger a sus beneficiarios en cuanto a las prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para lo cual se establece como regla fundamental la aplicación de la legislación de seguridad social del Estado Parte en cuyo territorio la persona ejerza la actividad, dependiente o independiente. Sin embargo, dicho instrumento jurídico también establece unas reglas especiales en cuanto a la aplicación de la legislación respecto de personas que se desplazan de forma temporal dentro de la comunidad iberoamericana, o pertenecen a cuerpos diplomáticos o consulares, trabajan en puerto o desarrollan actividades a bordo de buques en el mar, entre otros.

PALABRAS CLAVE: Acuerdos, Estados Parte, excepciones, *lex loci laboris*, legislación aplicable.

ABSTRACT

In a globalized world such as the present one, not only in the economic, technological, and communications fields, we also observe an interconnected world in which States seek the protection of their migrant citizens, through mechanisms of international cooperation such as account in the Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security signed in 2007. This instrument seeks the protection of its beneficiaries regarding the economic benefits of disability, old age, survival, occupational accidents and occupational diseases, In order to do so, it is established as a fundamental rule the application of the social security legislation of the State Party in whose territory the person is employed, as a dependent worker or a self-employed one. However, this legal instrument also establishes special rules regarding the application of legislation related to persons who move temporarily within the Ibero-American community, belong to diplomatic or consular bodies, work in port or carry out activities on board of ships in the sea, among others.

KEYWORDS: Agreements signed between different States, agreements, States Parties, exceptions, *lex loci laboris*, applicable legislation.

SUMARIO

I. ANEXO V: ACUERDOS ENTRE ESTADOS PARTE POR LOS QUE SE ESTABLECEN EXCEPCIONES A LA LEGISLACIÓN APLICABLE SEGÚN LOS ARTÍCULOS 9 Y 10 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL (ARTÍCULO 11)

A. LEGISLACIÓN APLICABLE-REGLAS ESPECIALES

B. UNIFORMIDAD DE EXCLUSIÓN DE EXCEPCIONES EN LOS CONVENIOS BILATERALES EN IBEROAMÉRICA

II. CONCLUSIONES

I. ANEXO V: ACUERDOS ENTRE ESTADOS PARTE POR LOS QUE SE ESTABLECEN EXCEPCIONES A LA LEGISLACIÓN APLICABLE SEGÚN LOS ARTÍCULOS 9 Y 10 DEL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL (ARTÍCULO 11)

La Seguridad Social es de suma importancia para cada Estado, y no se limita al plano estatal, sino que se extiende a diferentes regiones geográficas como parte de una comunidad internacional globalizada y a una integración mundial que desde sus albores pregona la Organización Internacional del Trabajo, plasmada en las distintas Cartas y Pactos Internacionales, así como en los diferentes Convenios Multilaterales y Bilaterales de Seguridad Social suscritos por los diferentes países. Lo anterior facilita la coordinación normativa entre varios Sistemas de Seguridad Social para lograr así que, en principio, sean afines o tengan parámetros comunes en cuanto a la protección social de los trabajadores migrantes y sus familias, relacionadas con las prestaciones económicas del trabajador en materia de pensiones, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, entre otras.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social pretende como medida fundamental la protección social de los trabajadores mencionados, conforme se acordó en el artículo 3-campo material-, y a su vez fija como regla general la *lex loci laboris*, o ley del lugar de realización de la actividad por cuenta ajena o por cuenta propia¹, rigiéndose las personas iberoamericanas beneficiarias del mismo por la ley del territorio donde prestan los servicios, en consonancia con el principio de unicidad de la legislación aplicable, y así evitar que pueda darse la obligación de cotizar en dos sistemas de Seguridad Social simultáneamente y las complicaciones que ello pueda generar. A su vez, el artículo 10 estableció unas reglas especiales con el objeto de identificar la legislación aplicable en las distintas situaciones transnacionales dentro de los Estados Parte de la Comunidad Iberoamericana en los que ya se aplica el Convenio, excluyéndose a Colombia, Costa Rica, República Dominicana y Venezuela, dado que en estos países no ha entrado su aplicación efectiva, en virtud a que estos Estados no lo han ratificado.

A. LEGISLACIÓN APLICABLE-REGLAS ESPECIALES

El Derecho Iberoamericano de Seguridad Social plasmado en el Convenio contempla varias reglas especiales, en las que la legislación de seguridad social de un Estado Parte acompaña al trabajador que realiza su actividad de forma temporal en el territorio de otro Estado Parte, conforme a lo estipulado en el artículo 10, y que se sintetizan de la siguiente manera:

1. Ley aplicable en el desplazamiento temporal de trabajadores: Aplica Legislación del Estado Parte de donde proviene el trabajador.

¹Garrido Pérez, E.; La Pensión de Jubilación de los Trabajadores Migrantes Españoles. Bomarzo. Albacete. 2005, p. 10.

2. Ley aplicable a los trabajadores itinerantes: Aplica Legislación del Estado Parte donde tenga sede principal la empresa aérea.
3. Ley del Pabellón: Aplica Legislación del Estado Parte de la bandera que enarbole el Buque, excepto que el trabajador sea remunerado por una empresa o persona que tenga sede o domicilio en otro Estado Parte.
4. Ley por el lugar de residencia: Aplica Legislación de la residencia del trabajador.
5. Ley de Puerto: Aplica Legislación del territorio al cual pertenezca el puerto.
6. Ley Prestación de servicios de carácter temporal en otro Estado parte.
7. Ley Misiones Diplomáticas y Consulares: Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18/4/1961-art. 33, y Relaciones Consulares de 24/4/1963-art. 48. Aplica Legislación del Estado al que representan.
8. Ley funcionarios públicos destinados en territorio de otro Estado Parte= Aplica Legislación del territorio del Estado Parte para el que trabajan.
9. Ley de opción para personal administrativo y técnico, y miembros de personal de servicio de Misiones Diplomáticas y Consulares: Aplica la Legislación del territorio del Estado Parte o del Receptor a voluntad de mencionado personal.
10. Ley de Misiones de Cooperación: Aplica la Legislación del Estado Parte que envía la misión, excepto que el acuerdo de cooperación determine otra cosa.

B. UNIFORMIDAD DE EXCLUSIÓN DE EXCEPCIONES EN LOS CONVENIOS BILATERALES EN IBEROAMÉRICA

Los 15 Estados suscriptores del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social estipularon en el anexo V la posibilidad de establecer Acuerdos entre dos o más Estados Parte, que les permita apartarse de las excepciones estipuladas en los artículos 9 y 10, en pro de determinadas personas o categorías, conforme lo dispone el artículo 11. Con relación a ello, es necesario indicar que en la actualidad ninguno de los Estados Parte en los que está en vigor el Convenio ha hecho uso de dicho mecanismo. Unido a dicha posibilidad contemplada en el Anexo V, y de la revisión de los diferentes convenios bilaterales suscritos entre los países iberoamericanos², que en su mayoría son anteriores al convenio multilateral, se constata que en esencia existen las mismas excepciones que tiene éste, pactándose también de manera uniforme la facultad para que los Estados suscriptores de los diferentes Convenios Bilaterales puedan establecer, suprimir o modificar las excepciones

²Organización Iberoamericana de Seguridad Social.; Convenios, Acuerdos e Instrumentos Jurídicos Complementarios de Seguridad Social en la Comunidad Iberoamericana. Secretaría General de la OISS. Madrid. 2007. pp 4-5, 23-24, 53-55, 76-77, 84-85, 115, 136-137, 167-168, 186, 207-209, 227-228, 241-242, 288-290, 410-411, 467-469, 494-495, 511-513, 540-546, 614-620, 687-688, 701-703, 723-724

previstas relativas a ciertas personas o categorías, en cuanto a la legislación que se les aplicaría, tomando como referencia a cuatro (4) Estados: Argentina, Brasil, Colombia y España. En el siguiente cuadro se señalan el Convenio y la fecha de suscripción, los Estados suscriptores y los artículos donde se establece la posibilidad de supresión o modificación de las mencionadas excepciones.

Tabla N° 1: Convenios de Seguridad Social

Convenio y Año	Países Suscriptores	Artículos
De Seguridad Social 18/11/1982	Argentina y Brasil	2 y 3
De Seguridad Social 26/4/1996	Argentina y Chile	6, 7 y 8
De Seguridad Social 28/1/1997	Argentina y España	6 y 7
De Seguridad Social 17/6/1979	Argentina y Perú	3 y 4
De Seguridad Social 20/5/1966	Argentina y Portugal	3, 4 y 5
De Seguridad Social 16/10/1993	Brasil y Chile	5
De Seguridad Social 16/5/1991	Brasil y España	6 y 7
De Seguridad Social 7/5/1991	Brasil y Portugal	4 y 5
De Seguridad Social 27/1/1978	Brasil y Uruguay	3 y 4
De Seguridad Social 5/9/2005	Colombia y España	6 y 7
De Seguridad Social 9/10/2003	Colombia y Chile	6 y 7
De Seguridad Social 17/2/1998	Colombia y Uruguay	6 y 7
De Seguridad Social 28/1/1997	España y Argentina	6 y 7
De Seguridad Social 16/5/1991	España y Brasil	6 y 7
De Seguridad Social 5/9/2005	España y Colombia	6 y 7
De seguridad Social 28/1/1997	España y Chile	6 y 7
De Seguridad Social 1/4/1960	España y Ecuador	2, 3 y 4
De Seguridad Social 25/4/1994	España y México	5 y 6
De Seguridad Social 24/6/1998	España y Paraguay	6 y 7
De Seguridad Social 16/6/2003	España y Perú	7 y 8
Reglamento (CEE) No. 1408/71 del Consejo 14/6/1971 (Derogado por Reglamento No. 883/2004 de 29/4/2004 del Parlamento y consejo de Europa ³ y 987/2009 ⁴) Reglamento (CEE) No. 574/72 del Consejo 21/3/1972	España y Portugal	13, 14, 15, 16 y 17 10, 11, 12, 13 y 14
De Seguridad Social 1/7/2004	España y República Dominicana	8 y 9
De Seguridad Social 1/12/1997	España - Uruguay	6 y 7
De Seguridad Social 12/5/1988	España - Venezuela	6 y 7

Fuente: Tabla elaborada por el autor.

³Sánchez Carrión, J.L.; Los Convenios Bilaterales de Seguridad Social en el Derecho Español. Dykinson S.L. Madrid. 2008, pp. 34-35.

⁴Trejo Chacón, M.F.; “ La Situación de los Trabajadores Extracomunitarios en el ámbito de la Protección Social en Europa. Instrumentos Comunitarios y Convenios Bilaterales” en: VV.AA.; El Futuro Europeo de la Seguridad Social. Laborum. Murcia. 2010; pp. 399-401.

En consecuencia, así como el Convenio Multilateral prevé reglas claras en cuanto a la legislación a aplicar a los trabajadores beneficiarios del mismo, garantizando la conservación de derechos adquiridos o en curso de adquisición, establece también los parámetros para determinar la ley aplicable en las variadas excepciones de movilidad laboral dentro de la comunidad iberoamericana como se relacionó anteriormente, y la posibilidad de excluir o modificar las mismas conforme a lo estatuido en el Anexo V, con el fin de beneficiar a determinadas personas o categorías de éstas, cuando dos o más Estados Parte, las Autoridades Competentes de dichos Estados o los organismos designados por dichas autoridades, consideren la inaplicación de común acuerdo.

II. CONCLUSIONES

La protección de las personas a las que cubre el convenio multilateral iberoamericano de seguridad social se rige, de forma general, por la legislación de seguridad social del Estado Parte en cuyo territorio ejerce la actividad.

Los convenios bilaterales que existen dentro de la comunidad iberoamericana, de manera uniforme, contemplan la posibilidad para que los Estados suscriptores de aquéllos puedan establecer, suprimir o modificar las excepciones previstas relativas a ciertas personas o categorías, en cuanto a la legislación que se les aplicaría.

Los Estados Parte tienen la posibilidad de excluir o modificar las excepciones estatuidas en el artículo 10 del convenio, con base en el Anexo V, con el fin de beneficiar a determinadas personas o categorías de estas, cuando consideren que la inaplicación es lo mejor.