Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Concurrencia de sistemas de Seguridad Social en el ámbito Iberoamericano. Reglas de determinación del instrumento jurídico de coordinación de sistemas de Seguridad Social adecuado

Concurrency of Social Security system in the Ibero-american level. Rules for determining the appropriate legal instrument for coordination of Social Security Systems

Andrés Ramón Trillo García *Letrado de la Administración de la Seguridad Social*

Cita Sugerida: TRILLO GARCÍA, A.R.: «Concurrencia de sistemas de Seguridad Social en el ámbito Iberoamericano. Reglas de determinación del instrumento jurídico de coordinación de sistemas de Seguridad Social adecuado». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 205-216.

Resumen

La necesidad de que la protección de la Seguridad Social no resulte ser un obstáculo para la migración de trabajadores se suele instrumentar mediante el establecimiento de normas de coordinación que aseguren en caso de emigración la aplicación del principio de igualdad de trato, la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición. En este sentido, han proliferado diversos instrumentos jurídicos internacionales que en muchos casos se superponen, de manera que no siempre resulta sencillo determinar el instrumento jurídico internacional adecuado, por lo que se ha hecho necesario establecer diversas reglas de conflicto. Así, algunos instrumentos establecen reglas excluyentes de otros instrumentos, en otros casos hay que estar a las reglas que determinan el ámbito subjetivo u objetivo de aplicación del instrumentos, o en otros casos se podrá acudir a fórmulas de determinación de la norma más favorable, ya lo sea para determinar para la determinación de la ley aplicable, de los requisitos de acceso o de la cálculo de las prestaciones.

Palabras clave

convenios internacionales; concurrencia; ley aplicable

Abstract

The need for Social Security protection not be an obstacle to the migraton of workers is usually implemented through the establishment of coordination standards that ensure, in the event of emigration, the application of the principle of equal treatment, the conservation of acquisition. In this sense, various international legal instruments have proliferated, which in many cases overlap, so hat it is not always easy to determine the appropriate international legal instrument, which is why it has become necessary to establish various conflict rules. Thus, some instruments establish rules that exclude other instruments, in other cases it in necessary to adhere to the rules that determine the subjective scope of application of the instruments, or in other cases one may resort to formulas for determining the most favorable norm, since whether to determine the applicable law, the access requirements or the calculation of benefits.

Keywords

international agreements; competition; applicable law

1. INTRODUCCIÓN

Condicionantes como la configuración de la Seguridad Social como seña de identidad del Estado Social, la creciente internacionalización de las relaciones humanas y en particular, el

incremento de la migración internacional de trabajadores, han provocado una ingente profusión de normas internacionales en materia de Seguridad Social.

Estas normas internacionales las podemos clasificar en tres grupos:

a) Las normas internacionales dogmáticas que configuran el derecho a la Seguridad Social como un derecho humano. Así, por ejemplo, el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París 10.12.1048 establece que "*Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social*" o el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York 18.12.1966) dispone que "*los Estados reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social*".

b) Las normas internacionales que determina el contenido del derecho a la Seguridad Social, como un derecho reconocible. Así, por ejemplo, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y particularmente el Convenio OIT 102 sobre norma mínima, determinan el contenido que caracteriza la protección de la Seguridad Social como un derecho concreto y diferenciado de otros derechos sociales.

c) Normas que garantizan derechos de Seguridad Social a trabajadores migrantes, con la finalidad de que el miedo a la pérdida de derechos o de expectativas de derecho desincentive la migración. En este sentido abundan convenios bilaterales y multilaterales que establecen medidas de coordinación de los diferentes sistemas de Seguridad Social con la finalidad de asegurar la igualdad de trato del trabajador migrante respecto del nacional de un Estado, la conservación de los derechos adquiridos del trabajador migrante y la conservación de los derechos en curso de adquisición de este trabajador o la colaboración administrativa entre Estados para facilitar el ejercicio de los derechos.

La proliferación de convenios multilaterales y bilaterales que se superponen hace necesario establecer reglas para determinar la norma aplicable a una situación concreta de trasnacionalidad entre las distintas fórmulas posibles.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la comunidad iberoamericana resultan de aplicación los siguientes instrumentos:

— Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, aplicable a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile. Colombia, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Uruguay.

— Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito de 1978, aplicable a Argentina, Bolivia, España, Ecuador, Portugal, Uruguay y Venezuela.

— Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur de 12 de diciembre de 1997, de aplicación a Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay.

— Reglamentos de Coordinación de la Seguridad Social de la Unión Europea (UE) 883/2004 y (UE) 987/2009 aplicable a España y Portugal, pero cuya aplicación también se extiende a nacionales de terceros Estados por aplicación del Reglamento (UE) 1231/2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento 883/2004 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por el citado reglamento.

Igualmente, los distintos Estados tienen suscritos convenios bilaterales en materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social, y así, por ejemplo:

— España tiene suscritos convenios bilaterales con Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay. Uruguay, Perú. República Dominicana, Venezuela y Portugal.

— Argentina tiene suscritos convenios bilaterales con Chile. España y Portugal.

— Bolivia tiene suscrito convenio bilateral con Uruguay.

— Ecuador tiene suscrito convenio bilateral con Colombia, España y Uruguay.

— Paraguay tiene suscrito convenios bilaterales con Andorra, Argentina, Brasil, Chule, Uruguay y Venezuela.

— Uruguay tiene suscrito convenios bilaterales con Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, España, México, Perú, Portugal y Venezuela.

Pues bien, en el presente trabajo, consecuencia de mi intervención en el VI Congreso Internacional de la Red Iberoamericana de Investigación en Seguridad Social celebrado en Málaga los días 26 y 27 de septiembre de 2024, me propongo apuntar algunas reglas que permiten discernir la norma aplicable cuando concurren distintos convenios multilaterales o bilaterales llamados a ser aplicados a una concreta situación de trasnacionalidad.

2. PRIMERA REGLA. NORMA QUE ESTABLECE LA EXCLUSIÓN DE OTRAS

Determinados instrumentos internacionales excluyen y sustituyen los convenios suscritos con anterioridad por los Estados a los que les resulte de aplicación el citado instrumento.

La norma más caracterizada a este respecto es el artículo 8 del Reglamento 883/2004 que establece en su primer apartado: "*En su ámbito de aplicación, el presente Reglamento sustituirá a cualquier otro convenio de Seguridad Social aplicable entre los Estados miembros. No obstante, continuarán siendo de aplicación determinadas disposiciones de convenios de seguridad social suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del presente Reglamento, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado. Para que estas disposiciones sigan siendo aplicables, deberán ser inscritas en el anexo II. Se especificará asimismo si por razones objetivas no es posible extender algunas de ellas a todas las personas a las que se aplica el Reglamento*".

No obstante, este principio de exclusión se matiza en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de febrero de 1991 (Asunto C-227/89 Rönfeldt) y de 9 de febrero de 1995 (Asunto C-475/93 Thevennon) al establecer como aplicables las normas del convenio bilateral, en cuanto derecho nacional, que sean más favorables que las establecidas en el derecho comunitario siempre y cuando dichas normas respeten los principios establecidos en los Reglamentos de coordinación, y siempre que cuando se prestaran los servicios por el trabajador afectado solo fuera aplicable el convenio bilateral para regular el derecho que se invoca.

Por tanto, a un nacional español o portugués o un nacional de un tercer Estado que por razón de su trabajo o actividad por cuenta propia haya estado sujeto al convenio bilateral suscrito entre

España y Portugal y posteriormente a los reglamentos comunitarios más favorable les resultará de aplicación la norma más favorable.

En este sentido, el artículo 17.1.c) del Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y Portugal establece un sistema de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación que el establecido en el Reglamento (UE) 883/2004, al determinar que para la determinación de la base reguladora de la pensión se aplicará a los periodos de seguro en Portugal el promedio de las cotizaciones satisfechas en España en los meses que se tomen es consideración dentro del periodo elegido o, en su defecto, el de los veinticuatro meses consecutivos anteriores a la última salida de España al constituir una norma más favorables que la contemplada en el Reglamento. Esta cuestión fue contemplada en la sentencia TJCE de 17 de diciembre de 1998 (Asunto C-153/97 Grajera) que indicaba la aplicación del Convenio Hispano-Alemán como la norma más favorable, en detrimento del Reglamento Comunitario en el cálculo de las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación, toda vez que el cálculo de la base reguladora por el organismo español es más favorable si se calcula sobre las bases medias de un trabajador de la misma categoría profesional como establecía el convenio bilateral, que si calculara sobre las bases remotas del trabajador actualizada.

3. SEGUNDA REGLA. INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO SUBJETIVO

Los convenios multilaterales y bilaterales no son uniformes a la hora de determinar el ámbito subjetivo de aplicación, de manera que uno de los criterios de selección del instrumento jurídico adecuado será el de determinar cuál de los instrumentos jurídicos posibles se ajusta a la situación particular de la situación de trasnacionalidad que afecta a un sujeto concreto.

En este sentido, hay instrumentos que para determinar su ámbito subjetivo de aplicación apelan al criterio de nacionalidad, otros al de profesionalidad, a la condición de beneficiario de un sistema de Seguridad Social o a criterios mixtos.

El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito de 1978 se aplica a las personas protegidas que presten o hayan prestado servicios en cualquiera de los Estados contratantes, entendiéndose por persona protegida a los beneficiarios de los Sistemas de Seguridad Social, Previsión Social y Seguros Sociales.

Por su parte, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se aplica a las personas que con independencia de su nacionalidad trabajen o hayan trabajado en uno o varios Estados Parte, así como a sus beneficiarios y derechohabientes.

Entre los convenios bilaterales suscritos por España con otros Estados iberoamericanos también existen distintos criterios para determinar el ámbito subjetivo aplicable, y así podemos distinguir:

a) Convenios que incluyen a los nacionales. Así, se recoge en el Convenio suscrito con Venezuela[1].

[1] El convenio de seguridad social entre España y Venezuela de 12 de mayo de 1988, establece en el artículo 3 que el convenio se aplicará a los nacionales de ambas Partes Contratantes, así como a los miembros de su familia que tengan derecho a prestaciones según la legislación de cada Parte. Asimismo, se aplicará a los refugiados de acuerdo con el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 y a los apátridas según el Convenio de 28 de septiembre de 1954, que residan habitualmente en el territorio de una de las Partes.
Además, el Convenio será igualmente de aplicación a los familiares beneficiarios de un trabajador que sean nacionales de una de las Partes Contratantes cualquiera que sea su nacionalidad del trabajador.

b) Convenios bilaterales que utilizan el criterio de la profesionalidad y de la nacionalidad, entrando en su ámbito de aplicación el trabajador nacional, como es el caso de los convenios suscritos entre España y Chile[2], Ecuador[3], México[4], República Dominicana[5].

c) Convenios bilaterales que utilizan únicamente el criterio de profesionalidad, resultando de aplicación a los trabajadores, como es el caso del convenio de, Colombia[6], Paraguay[7], Uruguay[8].

d) Convenios que utilizan el criterio personal, como el caso de Brasil[9].

e) Convenios que incluye a familiares y derechohabientes como los convenios suscritos entre el Reino de España y Brasil, Chile, Colombia, México. Paraguay, República Dominicana y Venezuela.

4. TERCERA REGLA. INCLUSIÓN DE LA PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO OBJETIVO

Otro de los criterios que pueden determinar el instrumento jurídico adecuado es el de la determinación del ámbito objetivo del convenio, pues no todos los convenios protegen por las mismas contingencias. En este sentido, los instrumentos de nueva generación tienden a excluir de su ámbito de aplicación las prestaciones de desempleo, la asistencia sanitaria y los subsidios.

El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito de 1978 establece en su artículo 1 que el convenio se aplicará respecto de los derechos de asistencia médico-sanitaria y prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes previstos en los sistemas obligatorios de Seguridad Social, Previsión Social y seguros sociales vigentes en los Estados Contratantes.

---

2 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, de 28 de enero de 1997, establece en su artículo 3 que se aplicará a los trabajadores nacionales de las Partes Contratantes que estén o hayan estado sometidos a la legislación de una o ambas Partes Contratantes y a sus familiares beneficiarios.

3 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador de 4 de diciembre de 2009, establece en su artículo 3 que será de aplicación

4 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos de 25 de abril de 1994, establece en el artículo 3 que el convenio se aplicará a los trabajadores nacionales de cada una de las Partes Contratantes que acrediten estar o haber estado inscritos en el sistema de Seguridad Social correspondiente, así como a los miembros de sus familias reconocidos como beneficiarios por la legislación aplicable, en las mismas condiciones que sus propios nacionales.

5 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana de 1 de julio de 2004 establece en su artículo 3 que se aplicará a los trabajadores nacionales de cada una de las Partes Contratantes, así como a los miembros de sus familias.

6 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y República de Colombia, de 3 de marzo de 2008, establece en su artículo 3 que el Convenio se aplicará a los trabajadores y pensionistas que estén o hayan estado sujetas a las legislaciones enumeradas en el propio convenio, en uno o ambas partes contratantes, así como a los miembros de sus familias y derechohabientes en cada caso.

7 El Convenio de Seguridad Social entre la República del Paraguay y el Reino de España de 24 de junio de 1998 establece en su artículo 3 que el convenio se aplicará a los trabajadores que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas Partes Contratantes, así como a sus familiares, beneficiarios y supervivientes.

8 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay de 1 de diciembre de 2000 establece en el artículo 3 que el convenio se aplicará a los trabajadores que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas Partes Contratantes, así como a sus familias y supervivientes.

9 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil de 16 de mayo de 1991, establece en su artículo 3 que el convenio se aplica a las personas que estén o hayan estado sometidas a la legislación de una o ambas Partes Contratantes y sus familiares y derechohabientes.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social resulta de aplicación para las prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia y las prestaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre el Reino de España y la República Argentina prevé en el artículo 2 que el convenio será aplicable en España a las prestaciones contributivas de Seguridad Social por maternidad, vejez. Invalidez, muerte y supervivencia y las derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En Argentina, se aplicará los regímenes de jubilaciones y pensiones basados en el sistema de reparto o en el de capitalización individual, regímenes de asignaciones familiares en lo que se refiere exclusivamente a la Asignación de Maternidad, el régimen de Riesgos del Trabajo.

El convenio bilateral suscrito entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil resulta de aplicación en relación con España a las prestaciones del nivel contributivo de incapacidad permanente, vejez y muerte y supervivencia, accidente de trabajo y enfermedad profesional; y en relación con Brasil a las prestaciones por invalidez, jubilación por edad, por fallecimiento y accidente de trabajo y enfermedades profesionales.

El convenio bilateral suscrito entre el Reino de España y la República de Chile incluye en relación con España las prestaciones de asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad o accidente, las prestaciones económicas de incapacidad temporal y cuidado y nacimiento del menor, las prestaciones por incapacidad permanente. Vejez y muerte y supervivencia, prestaciones de protección familiar, prestaciones por desempleo y prestaciones económicas por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En relación con Chile se incluyen las prestaciones de asistencia sanitaria en casos de maternidad, enfermedad común y accidente no laboral comprendidas en el sistema público de salud, prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria derivada de maternidad, enfermedad común o accidente no laboral comprendidas en el sistema público de salud, prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia del Nuevo Sistema de Pensiones basado en el régimen de capitalización individual y en los regímenes administrativos por el Instituto de Normalización Previsional, prestaciones familiares, prestaciones por desempleo; prestaciones de asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

El convenio bilateral entre el Reino de España y la República de Colombia incluye en su ámbito de aplicación en relación con España las prestaciones contributivas de incapacidad permanente y muerte y supervivencia en los casos de enfermedad común o accidente no laboral y jubilación. En relación con Colombia, las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones (Prima Media con Prestación Definida y Ahorro individual con Solidaridad, en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común.

El convenio bilateral entre el Reino de España y la República de Ecuador incluye en su ámbito objetivo en relación con España las prestaciones del nivel contributivo, con excepción de los regímenes especiales de funcionarios civiles y militares por incapacidad temporal en los casos de enfermedad común y accidente no laboral, prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, prestaciones por incapacidad permanente, jubilación y supervivencia, prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional y auxilio por defunción.

En relación con Ecuador se contemplan las prestaciones contributivas del Seguro General Obligatorio a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por subsidio de maternidad, subsidio de enfermedad, prestaciones del Seguro de invalidez, vejez y muerte incluyendo las pensiones de supervivencia a viudas y huérfanos, prestaciones del seguro de riesgos de trabajo, auxilio de funerales.

El convenio bilateral de seguridad social acordado por el Reino de España y los Estados Unidos de México incluye en relación con España las pensiones de incapacidad permanente, vejez, muerte y supervivencia y las pensiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, mientras que en relación con México se incluyen los regímenes obligatorio y voluntario contemplados en la Ley del Seguro Social en cuanto a las pensiones derivadas de los seguros de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte y las pensiones derivadas del seguro de riesgos de trabajo.

El convenio bilateral acordado por el Reino de España y la República de Paraguay incluye en relación con España las prestaciones por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, prestaciones económicas por maternidad, prestaciones económicas de invalidez, vejez, muerte y supervivencia, prestaciones económicas de protección familiar y prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En relación con Paraguay se aplica a las prestaciones económicas por incapacidad temporal, por enfermedad común o accidente no laboral, prestaciones económicas por maternidad, prestaciones económicas por invalidez, vejez, muerte y supervivencia y prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

El convenio bilateral de seguridad social acordado por el Reino de España y la República del Perú incluye en relación con España las prestaciones contributivas del sistema español de Seguridad Social de asistencia sanitaria, en los caos de enfermedad común o profesional, accidente sea o no de trabajo y maternidad, incapacidad temporal en los casos de enfermedad común y accidente no laboral, maternidad y riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, jubilación y supervivencia, prestaciones familiares por hijo a cargo, prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, subsidio de defunción.

En relación con la República del Perú se incluyen las prestaciones del régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud y de otros regímenes de Seguridad Social en lo que se refiere a prestaciones sanitarias y económicas, el Sistema Nacional de Pensiones, así como a sus regímenes especiales en lo referente a prestaciones económicas de invalidez. Jubilación y sobrevivencia, las prestaciones del sistema privado de pensiones en lo referente a las prestaciones económicas de jubilación, invalidez, sobreviviente y gastos de sepelio.

El convenio bilateral de seguridad social acordado por el Reino de España y la República Dominicana incluye en relación con España las prestaciones por incapacidad temporal en los casos de enfermedad común y accidente no laboral, prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia, prestaciones familiares por hijo a cargo y prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En relación con la República Dominicana se incluye las pensiones y jubilaciones, prestaciones de vejez, discapacidad total y parcial. Prestaciones por cesantía por edad avanzada, prestaciones de sobrevivencia, subsidios por enfermedad, maternidad y lactancia, servicios de estancias infantiles.

El convenio bilateral de Seguridad Social suscrito por el Reino de España y la República Oriental del Uruguay incluye en relación con España las prestaciones económicas por maternidad,

prestaciones por incapacidad permanente, vejez, muerte y supervivencia, prestaciones de protección familiar y prestaciones económicas por accidente de trabajo y enfermedad profesional. En relación con Uruguay las prestaciones de la Seguridad Social en el régimen en materia de prestaciones por maternidad, los regímenes de la Seguridad Social en materia de prestaciones por maternidad, los regímenes de jubilaciones y pensiones basadas en el sistema de reparto o de capitalización individual, el régimen en materia de accidente de trabajo y enfermedades profesionales.

El convenio bilateral de Seguridad Social suscrito por el Reino de España y Venezuela incluye en relación con España las prestaciones de carácter contributivo del sistema de la Seguridad Social por incapacidad temporal en casos de enfermedad común y accidente no laboral y por maternidad, prestaciones por incapacidad permanente, vejez, muerte y supervivencia y prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional. En relación con Venezuela se incluyen las prestaciones por incapacidad temporal, incapacidad parcial o invalidez, vejez, sobrevivientes, asignación por muerte.

Pues bien, como vemos, muchos de los convenios bilaterales contemplan en su ámbito objetivo prestaciones y contingencias que no son coordinadas en el convenio multilateral iberoamericano, lo que determinará que se apliquen los primeros y no el segundo a la hora de coordinar los sistemas de Seguridad Social nacionales para el acceso al derecho de esas prestaciones ignoradas por el convenio iberoamericano.

5. CUARTA REGLA. APLICACIÓN DEL CRITERIO DE APLICACIÓN SUBSIDIARIA Y DE APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO MÁS FAVORABLE

Otro de los criterios a aplicar en los casos de concurrencia entre distintos convenios es el de la aplicación del instrumento más favorable.

Así, el artículo 8 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social establece que el Convenio Multilateral tendrá plena aplicación en todos aquellos casos en que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte. En los casos en que sí existan convenios bilaterales o multilaterales se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario.

A este respecto, pongamos dos ejemplos de supuestos en los que se puede elegir el instrumento jurídico más favorables, sería el caso de la forma de determinación de las prestaciones totalizando periodos de cotización o la determinación de La legislación aplicable en el caso de desplazamiento de trabajadores.

5.1. Determinación de las prestaciones mediante la totalización de periodos

Los instrumentos internacionales de coordinación de sistemas de Seguridad Social establecen diversas fórmulas de totalización de periodos de cotización para reconocer las prestaciones, así, por ejemplo, encontramos las siguientes fórmulas de totalización:

a) La totalización exclusiva, de manera que los periodos cotizados en otros Estados serán siempre considerados.

b) La fórmula subsidiaria. En estos casos la totalización se realiza únicamente cuando el beneficiario no tenga derecho a la prestación contando únicamente con las cotizaciones

efectuadas en el Estado competente, como por ejemplo es el caso del Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre el Reino de España y Venezuela[10].

c) Aplicación del principio pro-beneficiario, de manera que la institución competente procederá a la totalización de periodos únicamente cuando esta operación resulte más beneficiosa para el beneficiario. Es el caso, de los convenios suscritos por el Reino de España con Argentina[11], Brasil, Ecuador, Perú, República Dominicana o Uruguay.

En esta última fórmula la institución competente procederá a efectuar un doble cálculo para determinar la solución más favorable tal como se prevé en el artículo 13 del Convenio Multilateral Iberoamericano[12].

---

[10] El artículo 11 del Convenio establece: "El trabajador que haya estado sucesiva o alternativamente sometido a la legislación de una y otra Parte contratante, causará derecho a las prestaciones reguladas en este Capítulo en las siguientes condiciones:
1. Si se cumplen los requisitos exigidos por la legislación de una o ambas Partes Contratantes para causar derecho a las prestaciones, la institución o las instituciones competentes aplicarán su propia legislación interna, teniendo en cuenta únicamente los periodos de seguro cumplidos bajo dicha legislación.
2. Si se cumplen los requisitos exigidos por la legislación de una o de ambas Partes Contratantes para causar derecho a las prestaciones, la institución o las instituciones competentes totalizarán con los propios, los periodos de seguro cumplidos bajo la legislación de la otra Parte. Cuando efectuada la totalización se alcance el derecho a la prestación, para el cálculo de su cuantía se aplicarán las reglas siguientes:
a) Cada Parte o ambas Partes en su caso, determinará por separado la cuantía de la pensión a la cual el interesado hubiera tenido derecho, como si todos los periodos de seguros totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación (pensión teórica).
b) El importe de la pensión que corresponda pagar a cada Parte, se establecerá por ella aplicando a la pensión teórica calculada según su legislación la misma proporción existente entre el periodo de seguro cumplido en la Parte a la que pertenece la institución que calcula la pensión y la totalidad de los periodos de seguro cumplidos en ambas Partes.
c) Si la legislación de alguna de las Partes exige una duración máxima de periodos de seguro para el reconocimiento de una pensión completa, la institución competente de esa Parte tomará en cuenta, a los fines de la totalización, solamente los periodos de cotización en la otra Parte necesarios para alcanzar derecho a la pensión.

[11] El artículo 9 del Convenio Bilateral de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina establece que "el trabajador que haya estado sucesiva o alternativamente sometido a la legislación de una y otra Parte Contratante tendrá derecho a las prestaciones reguladas en este Capítulo en las condiciones siguientes:
1. La institución Competente de cada Parte determinará el derecho y calculará la prestación, teniendo en cuenta únicamente los periodos de seguro acreditados en esa Parte.
2. Asimismo la Institución Competente de cada Parte determinará el derecho a las prestaciones totalizando con los propios, los periodos de seguro cumplidos bajo la legislación de la otra Parte. Cuando efectuada la totalización se alcance el derecho a la prestación, para el cálculo de la cuantía a pagar, se aplicarán las reglas siguientes:
A) Se determinará la cuantía de la prestación a la cual el interesado hubiera tenido derecho, como si todos los periodos de seguro totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación (haber o pensión teórica).
B) El importe de la prestación se establecerá aplicando al haber o pensión teórica, calculado según su legislación, la misma proporción existente hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación, la misma proporción existente entre el periodo de seguro cumplido en la Parte a que pertenece la institución que calcula la prestación y la totalidad de los periodos de seguro cumplidos en ambas partes (haber o pensión prorrata).
C) Si la legislación de alguna de las Partes exige una duración máxima de seguro para el reconocimiento de una prestación completa, la Institución competente de esa Parte tomará en cuenta, a los fines de la totalización solamente los periodos de cotización de la otra Parte necesarios para alcanzar derecho a dicha Prestación.
3. Determinados los derechos conforme se establece en los párrafos precedentes, la institución Competente de cada parte reconocerá y abonará la prestación que sea más favorable al interesado, independientemente de la resolución adoptada por la Institución Competente de la otra Parte.

[12] El artículo 13 del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social establece que los periodos de seguro, de cotización o de empleo cumplidos en cualquiera de los Estados Parte serán considerados para el reconocimiento de las prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia, en las siguientes condiciones:
a) Cuando se reúnan las condiciones requeridas por la legislación de uno o varios Estados Parte para tener derecho a las prestaciones, sin que sea necesario recurrir a la totalización de periodos, la institución o instituciones competentes reconocerán la prestación conforme a los previsto en dicha legislación, considerando únicamente los periodos de

Por otra parte, existen instrumentos jurídicos en los que para poder realizar la totalización de los periodos se exige que se acredite un periodo mínimo de cotización en el Estado competente[13] y otros en los que esta limitación se establece de forma facultativa[14].

seguro, de cotización o empleo cumplidos en ese Estado parte, sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar la totalización de los periodos cumplidos bajo otras legislaciones.

b) Cuando considerando únicamente los periodos de seguro, de cotización o empleo cumplidos en un Estado Parte no se alcance el derecho a las prestaciones, el reconocimiento de éstas se hará totalizando los periodos de seguro, cotización o empleo cumplidos en otro Estado Parte.

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

Si la legislación de un Estado Parte condiciona el reconocimiento, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones a que el interesado estuviera asegurado en el momento en el que éstas se generan, este requisito se entenderá cumplido cuando el interesado estuviera asegurado según la legislación o percibiera una pensión basada en sus propios periodos de seguro en otro Estado Parte. Para el reconocimiento de pensiones de supervivencia se tendrá en consideración, de ser necesario si el sujeto causante estaba asegurado o percibía pensión de otro Estado Parte.

Si la legislación de un Parte condiciona el derecho a la concesión de determinados beneficios al cumplimiento de periodos de seguro, cotización o empleo en una profesión o empleo determinados , para el reconocimiento de tales prestaciones o beneficios se tendrá en cuenta los periodos cumplidos en otro Estado Parte en una profesión o empleo similares.

Si la duración total de los periodos de seguro, cotización o empleo, una vez totalizados, es superior al periodo máximo requerido por la legislación de alguno de los Estados Parte para la obtención de una prestación completa, la Institución competente de ese Estado parte considerará el citado periodo máximo en lugar de la duración total de los periodos totalizados, a efectos del cálculo. Lo dispuesto anteriormente no será aplicable en el supuesto de prestaciones cuya cuantía no esté en función de los periodos de seguro, cotización o empleo.

Si la legislación de un Estado Parte establece que, a efectos de la determinación de la cuantía de la prestación, se tomen en consideración ingresos, cotizaciones, bases de cotización, retribuciones o una combinación de estos parámetros, la base de cálculo de la prestación se determinará tomando en consideración, únicamente, los ingresos, cotizaciones, bases de cotización o retribución es correspondientes a los periodos de seguro, de cotización o empleo acreditados.

Las cláusulas de reducción, suspensión o retención previstas en la legislación de un Estado Parte en el caso de perceptores de pensión que ejercieran una actividad laboral, serán aplicables, aunque dicha actividad se ejerza en el territorio de otro Estado Parte.

[13] El artículo 14 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social establece:

"1. No obstante, lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando la duración total de los periodos de seguro, cotización o empleo, cumplidos bajo la legislación de un Estado Parte no alcance a un año y, con arreglo a la legislación de ese Estado Parte, no se adquiera derecho a prestaciones económicas. La institución competente de dicho Estado Parte no reconocerá prestación económica alguna por el referido periodo.

2. Los periodos citados se tendrán en cuenta, si fuera necesario, por las Instituciones Competentes de los demás Estados Parte para el reconocimiento del derecho y la determinación de la cuantía de la pensión según su propia legislación.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando los periodos acreditados en cada uno de los Estados Parte fueran inferiores a un año, pero totalizando los mismos fuera posible adquirir el derecho a la prestación bajo la legislación de uno o varios Estados Parte, deberá procederse a la totalización, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13, apartado 1.b).

[14] El artículo 13 del Convenio Bilateral de la Seguridad entre España y Venezuela de 12 de mayo de 1988, dispone:

1. Si la duración total de los periodos de seguro cumplidos bajo la legislación de una Parte Contratante no llega a un año y si, teniendo en cuenta únicamente estos periodos no se adquiere ningún derecho según su legislación no estará obligada esta Parte a conceder prestaciones en razón de dichos periodos. Sin embargo, estos periodos serán tomados en consideración por la Institución de la otra Parte para la adquisición del derecho a la pensión se aplique el artículo 11, apartado 2.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando existan periodos de seguro inferiores a un año, cumplidos bajo la legislación de ambas Partes, éstos deberán totalizarse de acuerdo con el artículo 11, apartado 2, si dicha titulación se adquiere derecho a prestaciones bajo la legislación de una o de ambas Partes".

5.2. Determinación de la ley aplicable en los casos de desplazamiento

La determinación de la legislación en los casos de desplazamiento puede establecer condiciones más favorables si el trabajador desplazado desea que se le aplique la legislación a la que estaba sometido antes del desplazamiento, o al contrario si lo que se desea es que se aplique la legislación del Estado al que se emigra.

En este sentido, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social solo se aplica a efectos de determinar la legislación aplicable trabajadores desplazados a los Estados de Bolivia, El Salvador, Chile en el caso de trabajadores con nacionalidad diferente a la española o chilena y Uruguay para los trabajadores por cuenta propia.

En cambio, para los trabajadores desplazados a Argentina, Chile para trabajadores españoles y chilenos. Brasil, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay para trabajadores por cuenta ajena, se siguen aplicando las disposiciones establecidas en los Convenios bilaterales acordados con España.

A este respecto, el artículo 10.a) del convenio bilateral suscrito entre el Reino de España y la República de Chile dispone que los trabajadores por cuenta ajena, al servicio de una empresa con sede en España, que desempeñen tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que sean desplazados a prestar servicios de carácter temporal en el territorio de otro Estado parte, continuará sujeta a la legislación del Estado parte de origen hasta el plazo de doce meses, susceptible de ser prorrogado por un plazo similar, con carácter excepcional, previo consentimiento expreso de la Autoridad Competente del otro Estado Parte.

Por otra parte, en relación con los desplazamientos temporales de trabajadores por cuenta propia, el artículo 10.b) del Convenio establece que las personas que ejerzan una actividad no dependiente que realice cualquiera de las actividades profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares que se trasladen para ejercer tal actividad en el territorio de otro Estado Parte, continuará sometida a la legislación del primer Estado, a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda de doce meses y previa autorización de la Autoridad Competente del Estado de Origen.

Pues bien, el 7 del Convenio suscrito entre España y Chile dispone que el trabajador por cuenta ajena de una empresa con sede en el territorio de una de las Partes Contratantes que sea enviado por dicha empresa al territorio de la otra Parte para realizar trabajos de carácter temporal quedará sometido a la legislación de la primera Parte, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de tres años. Asimismo, establece que, si el trabajador por cuenta propia que ejerza normalmente su actividad en el territorio de una Parte en la que está asegurado y pase a realizar un trabajo en el territorio de la otra Parte, continuará sometido a la legislación de la otra Parte, a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda de tres años. Ahora bien, si por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo excediera de los tres años, el trabajador continuará sometido a la legislación de la primera Parte, por un nuevo periodo, no superior a otros dos años, a condición de que la Autoridad competente de la segunda Parte de su conformidad.

En el mismo sentido, el artículo 7.1.a) del Convenio suscrito entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay dispone que el trabajador de una empresa con sede en el territorio de una de las Partes Contratantes que desempeñe tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que sea trasladado para prestar servicios en el territorio de otra Parte, por un periodo no mayor de veinticuatro meses, continuará sujeto a la legislación del país de origen, siendo susceptible de ser prorrogado este periodo, en supuestos especiales, mediante

expreso consentimiento de la autoridad competente de la otra Parte. Igual regulación será aplicable a aquellos trabajadores que presten servicios especiales de carácter complementario o auxiliar de los señalados anteriormente, con los requisitos y en los supuestos indicados en el acuerdo administrativo de aplicación[15].

Hemos puesto dos ejemplos en los que determinar la condición más favorable no resulta fácil y en los que a veces la elección depende de los deseos del propio sujeto afectado, pero estas reflexiones las podríamos extender a otras cuestiones como la determinación de la legislación en la pensión de invalidez, la aplicación de cláusulas de residencia, o de cláusulas anticúmulo.

[15] El artículo 8 del Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay, hecho en Madrid el 24 de julio de 2000, establece: "En los supuestos de trabajadores que presten servicios de carácter complementario o auxiliar a quienes sean trasladados para desempeñar tareas profesionales a los que acompañan y que sean también tras trasladados por un periodo equiparable o similar al de éstos".