

Envío: 23.12.2018. Aceptado: 03.12.2018.

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

THE PENSIONS IN THE FRAMEWORK OF THE CURRENT BILATERAL
SOCIAL SECURITY AGREEMENT SIGNED BETWEEN SPAIN AND COLOMBIA
IN 2005

JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

RESUMEN

El Convenio Bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y Colombia en 2005 tiene por finalidad proporcionar a los trabajadores españoles y colombianos, que hayan desarrollado una actividad profesional en el otro Estado, les sea reconocido el tiempo cotizado en ambos sistemas de Seguridad Social. De tal forma, que estos trabajadores podrán cobrar sus prestaciones en función a la parte proporcional cotizada en cada Estado y de conformidad a lo dispuesto en sus respectivas legislaciones nacionales.

PALABRAS CLAVE: Pensiones, Seguridad Social, Derechos Sociales, Convenio Bilateral de Seguridad Social, España, Colombia.

ABSTRACT

The Bilateral Agreement of Social Security subscribed between Spain and Colombia in 2005 has as purpose to provide the Spanish and Colombian workers, who have developed a professional activity in the other State, the time quoted in both Social Security systems. In this way, these workers may collect their pension benefits according to the proportional part quoted in each State and in accordance with the provisions of their respective national legislations.

KEYWORDS: Pensions, Social Security, Social Rights, Bilateral Social Security Agreement, Spain, Colombia.

SUMARIO

I. CUESTIONES PRELIMINARES

II. ANÁLISIS DEL CONVENIO BILATERAL

A. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. SUJETOS PROTEGIDOS POR EL CONVENIO BILATERAL

2. APLICACIÓN MATERIAL DEL CONVENIO BILATERAL

B. MARCO NORMATIVO APLICABLE

C. RÉGIMEN PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES

1. DISPOSICIONES COMUNES

2. APLICACIONES ESPECÍFICAS CONFORME A LAS LEGISLACIONES NACIONALES DE LAS PARTES CONTRATANTES

III. COEXISTENCIA DEL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITO ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA EN 2005 CON EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL DE 2007

A. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

B. ANÁLISIS COMPARATIVO: DIFERENCIAS MÁS SIGNIFICATIVAS ENTRE AMBOS CONVENIOS

IV. CONCLUSIONES

I. CUESTIONES PRELIMINARES

El Convenio Bilateral de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia (en adelante CBSSEC), firmado en Bogotá (Colombia) el 6 de septiembre de 2005 y entrando en vigor para ambas Partes el día 1 de marzo de 2008, tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores españoles y colombianos -así como a sus familiares beneficiarios y sobrevivientes-, que hayan llevado a cabo una actividad laboral o profesional en el territorio del otro Estado Parte -estando sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de España y/o Colombia-, les sea reconocido el tiempo cotizado en ambos países a la hora de determinar su derecho a la pensión y a la liquidación de las prestaciones correspondientes¹.

Este Acuerdo Bilateral fue ratificado y adoptado por ambas Partes² llevándose a cabo mediante los procedimientos siguientes:

-En España se procedió a la publicación del texto definitivo del Convenio en el Boletín Oficial del Estado núm. 54, de 3 de marzo de 2008.

-En Colombia, para proceder a su ratificación y adopción, se necesitó contar previamente con la aprobación de la Ley 1.112 de 27 de diciembre de 2006. Dicha Ley fue publicada con posterioridad en el Diario Oficial de la República núm. 46.494 de 27 de diciembre de 2006.

A efectos del presente Convenio tendrá la consideración de “trabajador³” aquella persona que habiendo desarrollado -o que esté desarrollando- una actividad laboral por cuenta ajena o propia, sometido a la legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema español de la Seguridad Social⁴, o a la legislación colombiana relativa a las prestaciones económicas reguladas en el Sistema General de Pensiones⁵.

¹ Según los datos que constan en el INE (España), DANE (Colombia), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales español y en el Ministerio de la Protección Social colombiano, el número de personas que podrían quedar sometidas por lo estipulado en este convenio, a 1 de marzo de 2008, era el siguiente: 246.542 colombianos con tarjeta de residencia en España, 7.902 españoles residentes en Colombia, 141.358 colombianos afiliados a la Seguridad Social española, 411 pensiones abonadas a residentes en Colombia y 161 pensiones asistenciales abonadas en Colombia. En 2017, los colombianos residentes en España representaban el 3,14% sobre el total de 4.424.409 extranjeros residentes en España. Siendo esta población el 17,84% del total de colombianos residentes fuera del país. Han sido alrededor de 6.000 solicitudes tramitadas durante el periodo 2008-2018; de las cuales 500 se le ha gestionado el reconocimiento de la pensión.

² Vid. art. 1.1 apartado a) CBSSEC.

³ Vid. art. 1.1 apartado f) CBSSEC.

⁴ Se hace referencia específica a la incapacidad permanente, muerte y supervivencia por enfermedad común o accidente no laboral y jubilación. Vid. art. 2.1 apartado a) CBSSEC.

⁵ Concretamente: la prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad; y en relación a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común. Vid. art. 2.1 apartado b) CBSSEC.

En dicho Convenio se acuerda que la “Legislación⁶” aplicable serán las Leyes, Reglamentos, Decretos y demás disposiciones sobre Seguridad Social que estén vigentes en los correspondientes territorios de las Partes Contratantes.

Respecto a los Órganos Administrativos de ambas Partes se entenderá lo siguiente:

-La “Autoridad Competente⁷” será, en relación a España, será el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y, respecto a Colombia, el Ministerio de la Protección social.

-Por “Instituciones Competentes⁸” se entenderá que son aquellas Instituciones u Organismos responsables, en cada parte, de la administración y aplicación de su legislación⁹.

-El “Organismo de Enlace¹⁰” es aquel Organismo de coordinación e información entre las Instituciones de ambas Partes Contratantes que intervengan en la aplicación del Convenio y en la información a los interesados sobre los derechos y las obligaciones derivados del mismo.

Se entiende por “periodo de seguro o de cotización¹¹” aquel periodo cotizado o reconocido con tal consideración por la legislación del Estado Parte al que ha estado sometido el interesado, así como cualquier otro periodo que tal legislación considere computable o equiparable.

En cuanto a las “prestaciones económicas¹²” son aquellas prestaciones en efectivo referentes a subsidios, auxilios o indemnizaciones previstas en las Legislaciones españolas y colombianas a las que nos hemos referido con anterioridad.

II. ANÁLISIS DEL CONVENIO BILATERAL

A. ÁMBITOS DE APLICACIÓN

1. SUJETOS PROTEGIDOS POR EL CONVENIO BILATERAL

Este Convenio despliega sus efectos sobre aquellos “trabajadores de cada Estado que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas

⁶ Vid. art. 1.1 apartado b) CBSSEC.

⁷ Vid. art. 1.1 apartado c) CBSSEC.

⁸ Vid. art. 1.1 apartado d) CBSSEC.

⁹ En España son: el Instituto Nacional de Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina y la Tesorería General de la Seguridad Social. En Colombia: el Instituto de Seguros Sociales y las Cajas, Fondos o Entidades de la Seguridad Social -públicas o privadas-.

¹⁰ Vid. art. 1.1 apartado e) CBSSEC.

¹¹ Vid. art. 1.1 apartado g) CBSSEC.

¹² Vid. art. 1.1 apartado h) CBSSEC.

Partes Contratantes, así como a sus familiares beneficiarios o sobrevivientes¹³”. En este caso, España y Colombia han optado por elegir un ámbito protector extensivo, sin limitarse exclusivamente a preservar los derechos sobre la pensión que le corresponda a la persona trabajadora, sino ampliando -a su vez- el ámbito de protección a sus familiares beneficiario o sobrevivientes.

Junto a la protección extensiva del trabajador y sus familiares, se introducen tres principios que garantizan y refuerzan los derechos y las obligaciones correspondientes a los sujetos beneficiarios conforme a lo establecido en este Acuerdo bilateral. En primer lugar, debemos destacar el “principio de igualdad de trato” que se establece para cualquiera de los nacionales de España o Colombia que pasen a quedar sometidos a la legislación de la otra Parte -español que queda sometido a la legislación de Colombia y viceversa- “(...) estos trabajadores tendrán en esta última los mismos derechos y obligaciones establecidos en la legislación de esta Parte para sus nacionales¹⁴”.

Otro principio al que se hace referencia es el relativo a la “conservación de los derechos adquiridos”. En el art. 5.1 CBSSEC se formula el mismo en los siguientes términos: “Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, las prestaciones comprendidas en el art. 2 CBSSEC no serán objeto de reducción, modificación, suspensión, extensión, supresión o retención por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de la otra Parte, y se le harán efectivas en el mismo¹⁵”.

Acompañando a estos dos principios, se formula un tercero que permite al beneficiario de la pensión que le corresponda en virtud de la aplicación de este Convenio, que lo pueda percibir en un tercer país en las mismas condiciones que correspondan a los nacionales de dicho país. Y así se dispone en el art. 5.2 CBSSEC estableciéndose que “Las prestaciones comprendas en el art. 2 del presente Convenio¹⁶, reconocidas a beneficiarios que residan en un tercer país, se harán efectivas en las mismas condiciones y con igual extensión que a los propios nacionales que residan en ese tercer país”.

2. APLICACIÓN MATERIAL DEL CONVENIO BILATERAL

Una primera aproximación al ámbito de aplicación material del presente Convenio nos desvela la existencia de una configuración múltiple que se ha desarrollado en base a diversos criterios. En primer lugar, y con carácter previo, España y Colombia han seleccionado un elenco de diferentes prestaciones que han sido extraídas de sus legislaciones nacionales dedicadas a la regulación de sus respectivos Sistemas de

¹³ *Vid.* art. 4 CBSSEC.

¹⁴ *Vid.* art. 4 CBSSEC.

¹⁵ Como ya se ha señalado con anterioridad, recuérdese que, en relación a las prestaciones, España hacía alusión a la incapacidad permanente, muerte y supervivencia por enfermedad común o accidente no laboral y jubilación (*vid.* art. 2.1, apartado a); mientras que, Colombia hace lo propio respecto a la prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad, en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común (*vid.* art. 2.1, apartado b). Junto a esta lista cerrada de prestaciones aportada por cada Estado, adviértase que también se acordaba por los Estados Parte añadir en el futuro aquella legislación, o parte de la misma, que complete o modifique la que se estableció inicialmente y que se recoge en el art. 2.2 de este Convenio.

¹⁶ Véase nota núm. 5.

Seguridad Social. De esta forma, el Estado español hace alusión a “la legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema Español de la Seguridad Social, en lo que se refiere a incapacidad permanente, muerte y supervivencia por enfermedad común o accidente no laboral y jubilación” -art. 2.1, apartado a) CBSSEC-. Por su parte, Colombia ha hecho lo propio contextualizando el ámbito de aplicación material respecto a “la legislación relativa a las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones -Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad-, en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común” -art. 2.1, apartado b) CBSSEC-.

Junto a esta lista cerrada de prestaciones aportada por cada Estado, se acompaña una segunda fórmula abierta que permite añadir en el futuro aquella legislación, o parte de la misma, que complete o modifique la que se estableció inicialmente y que se recoge en el art. 2.2 de este Convenio.

Se añade además un tercer criterio, contemplado en el art. 2.3, que sostiene que “El Convenio se aplicará a las disposiciones que en una Parte Contratante extiendan la legislación vigente¹⁷ prevista en el apartado 1 de este artículo, a *nuevos grupos de personas*, siempre que la Autoridad Competente¹⁸ de la otra Parte no se oponga a ello dentro de los tres meses siguientes a la recepción de la notificación de dichas disposiciones”. Creemos que la ubicación de este precepto no ha sido del todo afortunada ya que se han integrado en el mismo -dedicado a la aplicación material (objetiva)- elementos propios del ámbito de aplicación personal (subjética) como son “los nuevos grupos de personas” a los que se alude. Consecuentemente, y en aras de mantener una coherencia organizativa en el texto normativo, pensamos que este apartado -dedicado a la ampliación de nuevos grupos de personas- se debería haber incluido en el correspondiente al ámbito de aplicación personal.

B. MARCO NORMATIVO

Las Disposiciones relativas a la Legislación aplicable del presente Convenio¹⁹ se han organizado en base al establecimiento inicial de una norma general que a su vez, se ha acompañado de una nutrida relación de excepciones sobre dicha norma general. Además, se ha previsto por ambas Partes, y siempre que se cumplan con carácter previo unas determinadas condiciones, que se puedan modificar las excepciones mencionadas.

¹⁷ Entiéndase por legislación vigente: “las Leyes, Decretos, Reglamentos, y demás disposiciones relativas a Seguridad Social vigentes en el territorio de las Partes Contratantes”. *Vid.* art. 1, apartado b) CBSSEC.

¹⁸ *Vid.* art. 1, apartado c) CBSSEC. Según se desprende del Acuerdo establecido entre las Partes Contratantes: la Autoridad Competente respecto de España, será el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales -actualmente bajo la denominación de “Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social”- [Acceso: 25/11/2018] <http://www.mitramiss.gob.es/> ; y respecto de Colombia, el Ministerio de la Protección Social -cambiando su denominación por el actual: “Ministerio de Salud y Protección Social”- [Acceso: 25/11/2018] <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Paginas/mision-vision-principios.aspx>

¹⁹ Véase el Título II del CBSSEC.

En referencia a la norma general²⁰, los Estados Partes han elegido el principio de territorialidad como eje fundamental sobre el que se sustenta su formulación, expresándolo en los siguientes términos: “Los trabajadores a quienes sea aplicable el presente Convenio estarán sujetos exclusivamente a la legislación de Seguridad Social de la Parte Contratante en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7”.

Ahora bien, tal como hemos anticipado, las Partes han querido establecer un número muy significativo de excepciones a esta regla general inicial y que pasamos a detallar agrupándolas según la relación o el estatuto jurídico que exista:

- Trabajadores que ejercen su actividad por cuenta ajena.

Ante las diferentes situaciones que se presentan dentro de esta actividad, las Partes Contratantes han previsto lo siguiente:

-Cuando los trabajadores por cuenta ajena presten sus servicios en una empresa que teniendo su sede en territorio español o colombiano y dichos trabajadores sean enviados por la dirección de la empresa, durante un tiempo determinado, a realizar trabajos al territorio del otro Estado en el que se encontraban realizando sus servicios, quedarán sometidos a la legislación del primer Estado, siempre que la duración prevista para el trabajo temporal encomendado, no rebase la duración de tres años, ni se encuentren sustituyendo a otros trabajadores cuyo plazo de desplazamiento haya finalizado²¹.

-No obstante lo anterior, si existieran circunstancias imprevisibles que provocaran un exceso en la duración del trabajo encomendado, rebasando el límite de los tres años, dichos trabajadores seguirían sometidos a la legislación del primer Estado por un nuevo periodo, no superior a otros tres años, bajo la condición indispensable de que preste su conformidad la Autoridad Competente²² del segundo Estado en cuyo territorio se está ejerciendo la actividad temporal²³.

-Adviértase que en cualquier caso, el plazo máximo establecido para que los trabajadores por cuenta ajena al servicio de una Empresa, cuya sede se encuentre en el territorio de una de las Partes y sean enviados al territorio de la otra parte para realizar trabajos de carácter temporal nunca podrá rebasar la duración de seis años (siempre que excediendo el primer plazo de tres años se conceda una autorización por la Autoridad Competente de la otra Parte para que pueda disponer de una prórroga de tres años adicionales).

²⁰ Vid. art. 6 CBSSEC.

²¹ Vid. art. 7.1, apartado a) CBSSEC.

²² En referencia a la Autoridad Competente véase el art. 1, apartado c) CBSSEC. Según se desprende del Acuerdo establecido entre las Partes Contratantes: la Autoridad Competente respecto de España, será el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales -actualmente bajo la denominación de “Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social”- [Acceso: 25/11/2018] <http://www.mitramiss.gob.es/>; y respecto de Colombia, el Ministerio de la Protección Social -cambiando su denominación por el actual: “Ministerio de Salud y Protección Social”- [Acceso: 25/11/2018] <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Paginas/mision-vision-principios.aspx>

²³ Vid. art. 7.1, apartado b) CBSSEC.

-Cuando los trabajadores por cuenta ajena prestan sus servicios a bordo de un buque o para empresas de transporte aéreo, se deberán observar las siguientes consideraciones:

a) La legislación a la que quedarán sometidos dichos trabajadores será la que corresponda a la bandera que enarbole el buque²⁴.

b) Cuando la remuneración que reciben estos trabajadores, por la actividad que desempeñan en el buque, proceda de una empresa -o empresario individual- cuyo domicilio se encuentre en el territorio de la otra Parte, deberá quedar sometido a la legislación de esta última parte, si dichos trabajadores también residen en este territorio. Teniendo en cuenta que en estos casos la empresa o persona que efectúe el pago de la retribución tendrá la consideración de empleador en relación a la aplicación de dicha legislación²⁵.

c) En el supuesto de que el buque pertenezca a una empresa pesquera mixta constituida en una Parte y esté abanderado en dicha parte; siendo nacionales y residentes en la otra Parte los trabajadores que prestan sus servicios en esta empresa, se considerará que dichos trabajadores pertenecen a la empresa participante del país del que son nacionales y en el que residen y, por tanto, quedarán sometidos a la legislación de este país, debiendo asumir esta empresa sus obligaciones como empleador²⁶.

d) Cuando se trate de actividades de carga, descarga y reparación de buques y servicios de vigilancia portuaria, los trabajadores que desempeñen dichas tareas estarán sujetos a la legislación del Estado Parte en el que se encuentre situado dicho puerto²⁷.

e) Los trabajadores que presten servicios itinerantes en empresas de transporte aéreo que desempeñen su actividad en el territorio de ambas Partes, quedarán sometidos a la legislación de la Parte en cuyo territorio tenga su sede principal la empresa²⁸.

- *Trabajadores que ejercen su actividad por cuenta propia.*

Un tratamiento similar, al observado con anterioridad para los trabajadores por cuenta ajena, se ha dispuesto para aquellos que realicen su actividad por cuenta propia. Concretamente se observa que en el supuesto de que estos trabajadores por cuenta propia, que desarrollan habitualmente su actividad en el territorio de un Estado Parte en el que estén asegurados, pasen a realizar algún trabajo al territorio del otro Estado Parte, tendrían la posibilidad de seguir sujetos a la legislación del primer Estado cuando la duración previsible de dicho trabajo no rebase los tres años²⁹.

²⁴ Vid. art. 7.1, apartado f) CBSSEC.

²⁵ Vid. art. 7.1, apartado f) segundo párrafo CBSSEC.

²⁶ Vid. art. 7.1, apartado f) tercer párrafo CBSSEC.

²⁷ Vid. art. 7.1, apartado g) CBSSEC.

²⁸ Vid. art. 7.1, apartado e) CBSSEC.

²⁹ Vid. art. 7.1, apartado c) CBSSEC.

No obstante lo anterior, existe la posibilidad de prorrogar dicho plazo, por un nuevo periodo no superior a otros tres años adicionales, en los que continuarían estos trabajadores sometidos a la legislación del primer Estado; ahora bien, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que concurren circunstancias imprevisibles que provoquen la ampliación del plazo inicial previsto de tres años; y que la Autoridad Competente de la segunda Parte u Organismo en quien delegue preste su conformidad sobre esta ampliación³⁰.

-Tratamiento específico del personal de las Misiones diplomáticas, Oficinas Consulares, Organismos Internacionales y Misiones de Cooperación.

a) El personal que pertenece a las Misiones diplomáticas, Oficinas Consulares y funcionarios de los Organismos Internacionales quedarán sometidos a la legislación que le sea aplicable³¹.

b) Aquellos funcionarios públicos, distintos a los mencionados anteriormente, que perteneciendo a uno de los Estados Parte, se hallen destinados en el territorio de la otra Parte, se regirán por la legislación de la Parte a la que pertenece la Administración de la que dependen³², con excepción de aquellos supuestos de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de Colombia en España “(...) bien sean nacionales españoles o colombianos, que tengan el carácter de local³³”.

c) Un tratamiento diferente, basado en un “derecho de opción de la legislación aplicable”, es el que se ha previsto para el personal administrativo y técnico, así como para los miembros del personal al servicio de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España y Colombia. En estos casos, dicho personal podrá elegir entre quedar sometido a la legislación del Estado acreditante o la del otro Estado, siempre que se cumplan las siguientes condiciones³⁴:

1ª) Cuando este personal sean nacionales españoles -que no tengan el carácter de funcionarios públicos- y presten sus servicios en Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España en Colombia³⁵.

2ª) Cuando este personal sean nacionales españoles o colombianos con el carácter de local y presten sus servicios en Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de Colombia en España³⁶.

³⁰ Vid. art. 7.1, apartado d) CBSSEC.

³¹ Vid. art. 7.1, apartado h) CBSSEC.

³² Vid. art. 7.1, apartado i) CBSSEC.

³³ Conforme a lo previsto en el art. 7.1, apartado j), inciso 2º CBSSEC.

³⁴ Vid. art. 7.1, apartado j) CBSSEC.

³⁵ Vid. art. 7.1, apartado j), inciso 1º CBSSEC.

³⁶ Vid. art. 7.1, apartado j, inciso 2º CBSSEC.

3ª) El derecho de opción deberá ejercerse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de comienzo de la actividad en el territorio del Estado que se preste la misma o a la fecha de vigencia del presente Convenio³⁷.

4ª) En el supuesto de no optar en el plazo de tres meses -previsto en la condición anterior- se entenderá que se ha optado por quedar sometido a la legislación de la Parte en donde se lleve a cabo la actividad³⁸.

Del examen del art. 7.1, apartado j) CBSSEC debemos subrayar que las condiciones acordadas por España y Colombia para otorgar el “derecho de opción de la legislación aplicable” al personal administrativo y técnico, así como para los miembros del personal al servicio de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares en sus respectivos territorios, no han sido las mismas, apreciándose en ambos casos diferencias significativas. Adviértase que para las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España en Colombia se han establecido condiciones más restrictivas -la nacionalidad exclusivamente española de este personal y que no sea funcionario público- que para el paralelo de Colombia en España -que se permiten ambas nacionalidades con la única condición del “carácter local”-.

d) El “derecho de opción de la legislación aplicable” -al que nos hemos referido en el apartado anterior-, también se extenderá al personal que integra el servicio privado y exclusivo de los miembros de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares cuando éstos sean nacionales del Estado acreditante³⁹.

e) Otro supuesto es el que está previsto para las misiones de cooperación. En estos casos las personas enviadas, por una Parte al territorio de la otra Parte, estarán sujetas a las normas del Estado que las envía, excepto que en los acuerdos de cooperación se haya establecido otra cosa⁴⁰.

Junto a este elenco de excepciones -en relación a la norma general contenida en el art. 6 CBSSEC- las Partes Contratantes han previsto la posibilidad de poder modificar las mismas en un momento posterior a su adopción, disponiendo a tal efecto que “las Autoridades Competentes de ambas Partes Contratantes podrán, previo cumplimiento de los requisitos internos, de común acuerdo, en interés de determinado trabajadores o categorías de trabajadores, modificar las excepciones previstas en los apartados anteriores⁴¹”.

C. RÉGIMEN APLICABLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES

Abordaremos en este apartado el estudio de las disposiciones comunes -establecidas por ambas Partes- para la determinación del derecho a la pensión y liquidación de las

³⁷ Vid. art. 7.1, apartado j), inciso 2º penúltimo párrafo CBSSEC.

³⁸ Vid. art. 7.1, apartado j), inciso 2º último párrafo CBSSEC.

³⁹ Vid. art. 7.1, apartado k) CBSSEC.

⁴⁰ Vid. art. 7.1, apartado l) CBSSEC.

⁴¹ Vid. art. 7.2 CBSSEC.

correspondientes prestaciones. Seguidamente, trataremos el análisis de las aplicaciones específicas de las legislaciones nacionales para la determinación de las siguientes prestaciones: Incapacidad permanente o invalidez, jubilación o vejez, muerte y supervivencia o sobrevivientes. Además, añadiremos -a estas prestaciones- el subsidio por defunción o auxilio funerario previsto en la legislación colombiana.

1. DISPOSICIONES COMUNES

- Determinación del derecho a la pensión y liquidación de las prestaciones.

Tendrán derecho a la pensión, y por ende, a las prestaciones que se establecen en el Capítulo 1 del Título III de este Convenio⁴², aquellos trabajadores que hayan estado -de forma sucesiva o alternativa- sujetos a la legislación de uno u otro Estado Parte⁴³. Para la determinación del derecho a la pensión y el cálculo de la prestación correspondiente, la Institución Competente de cada Estado Parte tendrá en cuenta lo siguiente:

a) Los periodos de cotización o de seguros acreditados en ese Estado Parte⁴⁴.

b) Asimismo, también se tendrá en cuenta totalizando con los propios los periodos de cotización o de seguro cumplidos bajo la legislación de la otra Parte⁴⁵.

c) Efectuada la totalización y alcanzado el derecho a la prestación, se calculará la cuantía según los criterios siguientes:

1º) *Pensión teórica*. Este criterio consiste en determinar la cuantía de la prestación, como si todos los periodos totalizados de cotización o de seguro se hubieran cumplido bajo la propia legislación⁴⁶.

2º) *Pensión prorrateada*. El cálculo de la prestación se llevará a cabo aplicando a la pensión teórica -calculada sobre su legislación- la misma proporción existente entre el periodo de cotización o seguro en el Estado al que pertenece la Institución que realiza el cálculo

⁴² Capítulo 1º titulado: “Prestaciones por incapacidad permanente o invalidez, jubilación o vejez y muerte y supervivencia o sobrevivientes” y que corresponde al Título III que está dedicado a regular dichas prestaciones.

⁴³ *Vid.* art. 9, primer párrafo CBSSEC. Además, se deberá tener en cuenta la posibilidad de acumular, por parte del asegurado, los distintos periodos de cotización. Sin embargo, dicha acumulación se producirá -de conformidad con lo acordado por los Estados Parte- cuando se cumplan unas determinadas condiciones que se expresan en los siguientes términos: “cuando la legislación de una Parte Contratante subordine la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones previstas en el art. 2 de este Convenio, al cumplimiento de determinados periodos de seguro o cotización, la Institución Competente -*vid.* nota siguiente- tendrá en cuenta a tal efecto, cuando sea necesario, los periodos de seguro o cotización cumplidos con arreglo a la legislación de la otra Parte Contratante según se establece en el art. 9, siempre que no se superpongan” (art. 8 CBSSEC).

⁴⁴ *Vid.* art. 9. 1 CBSSEC.

⁴⁵ *Vid.* art. 9. 2 CBSSEC.

⁴⁶ *Vid.* art. 9. 2, apartado a) CBSSEC.

de la pensión y la totalidad de los periodos cotizados o de seguro cumplidos en ambas partes⁴⁷.

d) *Reconocimiento de la pensión más favorable para el interesado*. Determinados los derechos a la pensión correspondiente -y calculadas las cuantías de las prestaciones- conforme a los criterios contenidos en los apartados anteriores, la Institución Competente de cada Estado Parte reconocerá y abonará la prestación que resulte más favorable al interesado, independientemente de la resolución adoptada por la Institución Competente del otro Estado Parte⁴⁸.

e) *Singularidades en el cómputo de periodos de cotización en determinadas actividades sometidas a un Régimen Especial*. Cuando la legislación de un Estado Parte condiciona el derecho o la concesión de determinados beneficios al cumplimiento de periodos de seguro en una profesión o empleo determinado -o profesión sometida a un Régimen Especial-; en este caso, los periodos cumplidos bajo la legislación de la otra Parte sólo se tendrán en cuenta, para la concesión de tales beneficios, si se acreditasen bajo un régimen de igual naturaleza, si éste no existiera, bastaría con la misma profesión o empleo⁴⁹. No obstante, si habiendo tenido en cuenta los periodos cumplidos, el interesado no cumpliera con los requisitos necesarios para beneficiarse de la prestación que resultare del Régimen Especial, dichos periodos se tendrán en cuenta para la concesión de prestaciones del Régimen General o de otro Especial que el beneficiario pudiera justificar su derecho⁵⁰.

-Determinación de la incapacidad.

En relación a la incapacidad, serán las Instituciones Competentes⁵¹ de cada una de los Estados Parte las encargadas de determinar el grado de incapacidad -o disminución de la capacidad de trabajo del asegurado-. Para poder llevar a cabo la realización de dicha tarea, se tendrán en cuenta los informes médicos y los datos administrativos emitidos por las Instituciones del otro Estado Parte⁵²; lo que no impedirá que cada Institución pueda elegir y designar a un médico que practique un reconocimiento adicional y posterior al asegurado.

2. APLICACIONES ESPECÍFICAS CONFORME A LAS LEGISLACIONES NACIONALES DE LAS PARTES CONTRATANTES

a) Aplicación de la legislación española.

⁴⁷ Vid. art. 9. 2, apartado b) CBSSEC.

⁴⁸ Vid. art. 9. 3 CBSSEC.

⁴⁹ Vid. art. 10, primer párrafo CBSSEC.

⁵⁰ Vid. art. 10, segundo párrafo CBSSEC.

⁵¹ De conformidad con este Convenio, se entiende que las “Instituciones Competentes” son aquellas Instituciones u Organismos responsables -en cada Estado Parte- de la administración y aplicación de su legislación. Véase en este sentido el art. 1, apartado d) en relación con el art. 11 CBSSEC.

⁵² Vid. art. 11 CBSSEC.

En primer lugar, y en referencia concreta al *reconocimiento de la pensión y a la correspondiente concesión de la prestación*, el Estado español ha establecido las siguientes condiciones específicas:

-Si la concesión de las prestaciones depende de que los trabajadores hayan estado sometidos a la legislación española en el momento de producirse el hecho causante de la prestación, este requisito se considerará igualmente cumplido, si en dicho momento estos trabajadores estuvieran asegurados o recibieran una prestación colombiana, de igual o diferente naturaleza, causada por los mismos trabajadores⁵³.

-En el supuesto de que las normas españolas exijan -para el reconocimiento de la prestación- que se hayan cumplido periodos de cotización en un tiempo determinado inmediatamente anterior al hecho causante de la prestación, “(...) esta condición se considerará cumplida si el interesado los acredita en el periodo inmediatamente anterior al reconocimiento de la prestación en Colombia”.

-Otra circunstancia, prevista por la legislación española, es la que se contempla para las cláusulas de reducción, de supresión o de suspensión. Estas cláusulas serán aplicables a los pensionistas que desarrollaran una actividad laboral, aunque ésta se lleve a cabo en el territorio de Colombia.

En segundo lugar, también se ha establecido un régimen específico para la *determinación de la base reguladora o ingreso base de liquidación de las prestaciones*. Para la determinación de esta base, se establece que la Institución Competente tendrá en cuenta las bases de cotización reales acreditadas por el asegurado en España durante el periodo inmediatamente anterior correspondiente al pago de la última cotización efectuado a la Seguridad Social en España⁵⁴. En referencia a la determinación de la cuantía de la prestación, existe una cláusula de mejora, prevista en este Convenio, mediante la cual se podrá aumentar dicha cuantía con “el importe de las mejoras y revalorizaciones establecidas para cada año posterior y hasta el hecho causante para las prestaciones de la misma naturaleza⁵⁵”.

⁵³ Este mismo principio se aplicará al reconocimiento de las pensiones de supervivencia; en dicho procedimiento se establece que, si fuera necesario, se tendrá en cuenta la situación de alta o de afiliado cotizante -o de pensionista- del sujeto causante en Colombia.

⁵⁴ En relación a lo dispuesto en el art. 13, primer párrafo CBSSEC, debe advertirse que en España el concepto legal de base de cotización está regulado en el art. 147 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015). De conformidad con lo establecido en este precepto, la base de cotización estaría constituida por la remuneración total que percibe el trabajador por la realización de su trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación -tanto en metálico como en especie-. También se añade que en la base de cotización se integrarán las prorratas correspondientes a las pagas extra y las retribuciones relativas a las vacaciones no disfrutadas -en el caso de los trabajadores por cuenta ajena-. Sin embargo, conviene precisar que no todo lo que percibe el trabajador -por la realización de su actividad laboral- forma parte de la base de cotización. Dichos conceptos son los siguientes: gastos de locomoción del trabajador, horas extraordinarias, gastos de capacitación, estudios de actualización o reciclaje, indemnización por fallecimiento, traslados, suspensiones, despidos, gastos de manutención y estancias.

⁵⁵ Vid. art. 13 *in fine* CBSSEC.

En tercer lugar, para la admisión al seguro voluntario se hace referencia a la forma de llevar a cabo *la totalización de periodos de seguro*. Se dispone que los periodos de cotización, que han sido cubiertos por los trabajadores bajo la legislación colombiana, se totalizarán, si fuera necesario, con los periodos de seguro cubiertos al amparo de la legislación española, ahora bien, con la condición de no exista una superposición de ambos periodos⁵⁶.

b) Aplicación de la legislación colombiana⁵⁷.

De igual forma a la llevada a cabo por España, el Estado colombiano ha introducido una serie de peculiaridades respecto a la aplicación de su legislación nacional.

En primer lugar, y en relación al *régimen de ahorro individual con solidaridad*, se ha dispuesto lo siguiente:

-Las prestaciones que correspondan a los afiliados a una Administradora de Fondo de Pensiones en Colombia se financiarán con la cantidad resultante de sumar al saldo de su cuenta de ahorro individual la cuantía que corresponda aportar la Administradora de Fondo de Pensiones en Colombia.

-Por lo que respecta a la garantía de pensión mínima, en aquellos supuestos en que el afiliado a una Administradora de Fondo de Pensiones requiera la totalización de periodos, serán aplicables las disposiciones comunes que contiene sobre esta materia el art. 9 CBSSEC.

En segundo lugar, se establecen las condiciones para determinar *la base reguladora o el ingreso base de la liquidación de las prestaciones*, según los siguientes criterios:

⁵⁶ Vid. art. 14 CBSSEC.

⁵⁷ Advértase que el Sistema de Seguridad Social Colombiano está dirigido por el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Trabajo. Su reglamentación se encuentra recogida en la Ley de Seguridad Social Colombiana -Ley 100/1993 de 23 de diciembre-. Dicha Ley fue expedida por el Congreso de Colombia y se divide en cuatro secciones que se refieren a los componentes principales del Sistema. El primer libro trata el Sistema General de Pensiones; el segundo libro está dedicado a la regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud; el tercer libro aborda el Sistema General de Riesgos Laborales -denominación introducida por la Ley 1562 de 2012-; y en último lugar, el cuarto libro que afronta los Servicios Sociales Complementarios. Como singularidad del sistema jurídico colombiano, y su diferencia con el ordenamiento jurídico español, hay que señalar que las leyes en Colombia pueden proceder del Congreso, o del Consejo Nacional Electoral, o de la Presidencia de la República. Y por otra parte, destacamos como diferencia específica respecto al Sistema de Seguridad Social que, la propia Ley 100/1993 reguladora del Sistema General de Seguridad Social en Colombia, incluye además, en el mismo texto normativo el “Sistema General de Riesgos Laborales”, concentrando a la vez la protección y la prevención. Nótese sobre este particular que en España, la regulación de la Prevención de Riesgos Laborales se realiza mediante la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y otras normas concordantes, pero en instrumentos jurídicos externos a la regulación del Régimen de Seguridad Social. Para mayor abundamiento sobre el Sistema de Seguridad Social colombiano y su régimen de pensiones puede consultarse en Piedrahita Vargas, C.; “Envejecimiento poblacional y pensiones: el caso Colombia” en: VV.AA.; Health at work, ageing and environmental effects on future social security and labour law systems. Cambirdge Scholars Publishing. Reino Unido. 2018; pp.265-277.

-La Institución Competente determinará el ingreso base de liquidación para el cálculo de las prestaciones -que se reconozcan en relación a lo establecido en el art. 9.2 CBSSEC para el régimen común- tomando para ello el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales el afiliado haya cotizado en Colombia durante los diez años anteriores al reconocimiento o, en su caso, el promedio de todo el tiempo estimado si éste fuera inferior.

-En aquellos supuestos que se hayan cubierto periodos de seguro en España, la Institución Competente colombiana fijará el periodo de diez años -necesario para el cálculo de la base correspondiente- a partir de la fecha de la última cotización realizada en Colombia.

-En ambos casos y de conformidad con lo establecido en la legislación colombiana, la cuantía resultante de la prestación se ajustará hasta la fecha en que deba devengarse la prestación.

En tercer lugar, sobre el *cumplimiento del tiempo requerido* se ha dispuesto, por parte de Colombia, lo siguiente:

-A los efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, la Parte colombiana únicamente podrá aplicar lo establecido en este Convenio, respecto a la totalización de periodos respecto al derecho y cálculo de la prestación, cuando una vez añadidos los tiempos acreditados en España se cumplan los condicionamientos legales que dan acceso a la correspondiente prestación.

-Alcanzada la edad requerida por el trabajador para la jubilación y una vez que se hayan certificado los tiempos aportados o servidos por el mismo -en cada una de las Partes- el Estado colombiano -por mediación del organismo competente- podrá reconocer y pagar independientemente la prorrata que corresponda al interesado conforme a lo dispuesto en este Convenio.

En cuarto lugar, y en relación a la *Unidad de prestación*, se han establecido las siguientes consideraciones:

-Primera. Se entiende, por la Parte colombiana, que la prestación que reciba el trabajador estará compuesta por la suma de prestaciones de cada una de las Partes contratantes -como resultado de la aplicación de este Convenio-. Y se subraya por esta Parte que cada prorrata -individualmente considerada- no adquiere por sí misma el carácter de pensión.

-Segunda. Si el trabajador habiendo cotizado los periodos exigidos -y una vez reconocidos los tiempos por ambas Partes- no supere, con la suma resultante de las prestaciones, el salario mínimo legal colombiano, tendrá derecho a percibir dicho salario mínimo como garantía de la pensión mínima.

-Tercera. Cuando la Parte colombiana -como resultado de la aplicación de este Convenio- debiera comenzar a efectuar el pago antes que la Parte española, la Institución Competente española certificará las siguientes circunstancias: si el trabajador

ha cotizado en España y el periodo cotizado al Sistema de Seguridad Social español⁵⁸. También, y a los efectos de determinar el derecho de pensión prorrateada y la garantía de pensión mínima -a la que hemos hecho referencia con anterioridad-, el organismo competente colombiano deberá aplicar, de conformidad con lo señalado en el art. 17.3 CBSSEC: “(...) la totalidad de los periodos cumplidos en ambas Partes. En ningún caso la concesión de una pensión prorrateada colombiana, por aplicación del presente Convenio, podrá obligar a las Instituciones colombianas a reconocer una cuantía de pensión superior a la prorrateada que resulta del cálculo anterior. La garantía de pensión mínima podrá ser recalculada cuando la Institución española reconozca una pensión, aplicándose consecuentemente, el apartado 2 del presente artículo.”

Subsidio por defunción o auxilio funerario.

Para que pueda ser reconocido el derecho al mismo se establece lo siguiente:

-La concesión del subsidio por defunción o auxilio funerario se llevará a cabo por la Institución Competente de la Parte Contratante cuya legislación sea aplicable al trabajador en el momento del fallecimiento.

-Se contempla la posible totalización de los periodos de cotización, cumplidos bajo la legislación del otro estado Parte, para el reconocimiento y cálculo de la prestación.

-Cuando el pensionista fallecido hubiera causado el derecho al subsidio en ambas Partes, éste será reconocido por la Institución Competente de la Parte en cuyo territorio residiera el pensionista en el momento del fallecimiento.

-Si el fallecimiento se hubiera producido en el territorio de un tercer país, el reconocimiento del derecho se llevará a cabo por la Institución Competente de la Parte en cuyo territorio residió en último lugar.

III. COEXISTENCIA DEL CONVENIO BILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL SUSCRITO ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA EN 2005 CON EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL DE 2007

A. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio Multilateral Iberoamericano tiene como “destinatarios naturales (...) los trabajadores y profesionales activos que se desplazan de un país a otro por motivos de trabajo y, adicionalmente, las personas que dependen de ellos económicamente, esto es, los familiares más directos. Desde este punto de vista, puede decirse que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, es una norma de contenido y de cariz esencialmente profesional⁵⁹”.

⁵⁸ La expedición de dicho certificado será la presunción de que el trabajador está incluido, para la Parte española, en el ámbito de aplicación personal de este Convenio.

⁵⁹ Vid. González Ortega, S.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y la cobertura de la Discapacidad”. Op. cit., p. 462.

La situación de España, Colombia y países de su entorno respecto a la firma, ratificación, depósito, acuerdo y aplicación efectiva del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (en adelante CMISS) -representada en la tabla nº 1- es la siguiente⁶⁰:

Tabla 1. Situación de Colombia, países de su entorno y España respecto al CMISS

País	Firma	Depósito	Acuerdo	Población
	Ratificación		Aplicación Efectiva	
Argentina	10/11/2007	31/05/2016	31/05/2016	42.980.026
	06/06/2010		01/08/2016	
Bolivia	10/11/2007	02/02/2011	18/04/2011	10.027.254
	08/11/2010		01/05/2011	
Brasil	10/11/2007	11/12/2009	19/05/2001	201.000.000
	30/10/2009		19/05/2001	
Chile	10/11/2007	30/11/2009	01/09/2001	16.572.475
	18/11/2009		01/09/2001	
Colombia	26/11/2008			
Costa Rica	10/11/2007			
Ecuador	07/04/2008	04/11/2009	20/06/2011	14.067.000
	31/08/2009		20/06/2011	
El Salvador	10/11/2007	04/09/2008	17/11/2012	6.251.495
	29/05/2008		17/11/2012	
España	10/11/2007	12/02/2010	13/10/2010	46.507.760
	05/02/2010		01/05/2011	
Paraguay	10/11/2007	09/02/2011	28/10/2011	6.672.631
	15/12/2010		28/10/2011	
Perú	10/11/2007	30/01/2014	20/10/2016	31.915.789
	12/09/2013		20/10/2016	
Portugal	10/11/2007	22/12/2010	19/03/2013	10.561.614
	27/10/2010		21/07/2014	
República Dominicana	04/10/2011			
Uruguay	10/11/2007	26/07/2011	26/07/2011	3.286.314
	24/05/2011		01/10/2011	
Venezuela	10/11/2007			
	16/02/2009			

⁶⁰ Véase sobre este tema en: Ruiz Santamaría, JL.; “La diversidad funcional en Colombia: Protección de las personas con discapacidad en el sistema de seguridad social colombiano”. E-Revista Internacional de la Protección Social nº 2 Vol. 2/ 2017; pp. 82-85.

[Acceso: 15/11/2018] <https://institucional.us.es/revistapsocial/index.php/erips/article/view/143>

[FUENTE: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en la Oficina de Información Diplomática]

Sánchez-Rodas refiriéndose a la génesis de este Convenio sostiene que: “Desde sus orígenes, el Convenio Multilateral ha estado íntimamente ligado a la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Precisamente fue en el congreso que ésta última organizó en el año 2004 donde surgió la idea de su elaboración que comienza a materializarse a partir de 2005 con ocasión de la V Conferencia Iberoamericana de Ministros/Máximos Responsables de Seguridad Social”. Esta Conferencia que se celebró en Segovia, tenía como finalidad, “contar con un instrumento único de coordinación de las legislaciones nacionales en materia de pensiones que, con plena seguridad jurídica, garantice los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos⁶¹”.

Por su parte González Ortega⁶² sostiene que: “(...) de forma sintética, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es una herramienta de coordinación supranacional en materia de protección social que, sin afectar a los respectivos sistemas nacionales, se inscribe en el repertorio de los que, con ámbitos espaciales diferentes, tienen como objetivo proteger los derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes y de las personas que dependen de ellos”.

También Jiménez Fernández⁶³ ha manifestado que “el Convenio Multilateral Iberoamericano es una experiencia pionera porque, plantea lograr un acuerdo en materia de Seguridad Social en un ámbito en el que no existe una previa asociación política que facilite el sustrato jurídico que podría darle apoyo”.

Respecto a la falta de una definición jurídica sobre el término “Coordinación”, y ante la necesidad de realizar una aproximación a dicho concepto, Sánchez-Rodas -y otro sector de la Doctrina- afirman que podríamos inferir sus notas características de la

⁶¹ Añade esta autora, refiriéndose al Proyecto del Convenio Multilateral, que “se aprobaría dos años más tarde, con motivo de la VI Conferencia Iberoamericana de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social celebrada en Chile en 2007 siendo aprobado el texto definitivo ese mismo año durante la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Santiago de Chile”. *Vid.* Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. *E-Revista Internacional de la Protección Social* nº 1 Vol. 1/2016, p 4. [Acceso: 23/02/2018]
<https://institucional.us.es/revistapsocial/index.php/erips/article/view/2>

También sobre este mismo asunto, puede consultarse en: Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VV.AA.; *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral*. Laborum. Murcia. 2008; pp. 182-183. [Acceso: 23/02/2018]
<https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/34282/derecho%20del%20trabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁶² González Ortega, S.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y la cobertura de la Discapacidad”, en: VV.AA.; *Protección social: Seguridad Social y Discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*. Cinca. Madrid, 2014, p. 449.

⁶³ Jiménez Fernández, A.; “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social” en: VV.AA.; “*El Futuro de la Protección Social*”. Laborum. Murcia. 2010, p.375.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dichas notas, serían las siguientes:

-Coordinación no implica unificación ni armonización de Sistemas de Seguridad Social.

-Tampoco conlleva la derogación, reforma o modificación de los sistemas nacionales de Seguridad Social coordinados que subsisten con todas sus peculiaridades.

-No veda las competencias soberanas de los Estados para legislar en el ámbito de la Seguridad Social.

-La coordinación no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para facilitar, en última instancia, la libre circulación de trabajadores en el seno de la Comunidad Iberoamericana (por lo que al Convenio Multilateral se refiere).

-La coordinación permite salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los migrantes en el ámbito de la Seguridad social, evitando que los trabajadores migrantes no vean mermados sus derechos y/o expectativas de derecho en materia de Seguridad Social.

-Mediante la técnica de la coordinación el Convenio Multilateral, garantiza a los sujetos incluidos dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación un trato igual al dispensado a los trabajadores nacionales⁶⁴. Sin embargo, otros autores como Miranda Boto⁶⁵, prefieren utilizar “articulación” como término alternativo a coordinación.

Como se ha puesto de manifiesto al comenzar este epígrafe, Colombia firmó el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, el 26 de noviembre de 2008, sin embargo hasta la fecha no ha ratificado el mismo, por lo que no se podrá hacer efectiva la aplicación del mismo. Por su parte, España lo ratificó el 12 de febrero de 2010 y se publicó junto a su Acuerdo de aplicación el 8 de enero de 2011, entrando en vigor el 1 de mayo de 2011⁶⁶.

B. ANÁLISIS COMPARATIVO: DIFERENCIAS MÁS SIGNIFICATIVAS ENTRE AMBOS CONVENIOS

Analizado el Convenio Bilateral de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia de 2005, abordaremos el estudio comparado y relacional con el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 2007 del que

⁶⁴ Vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social. Op. cit., pp. 5-6. También en: Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit., p.184.

⁶⁵ Vid. Miranda Boto, J.; “El Estado Previo: Algunos Problemas Terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria” en VV.AA.; El Reglamento Comunitario. Nuevas Cuestiones. Viejos Problemas. Laborum. Murcia. 2008; pp. 26-28.

⁶⁶ Vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Aproximación a la coordinación de Regímenes de Seguridad Social. Op. cit., p. 4. También puede consultarse en: Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit., p.183.

destacaremos aquellos aspectos más singulares y de mayor interés derivados de la coexistencia de ambos instrumentos jurídicos internacionales.

Respecto a la *entrada en vigor* acentuamos las diferentes fórmulas utilizadas por *ambos Acuerdos* y que reproducimos y reproducimos a continuación:

-El Convenio Multilateral entrará en vigor mediante la fórmula integrada en su art. 31.1 disponiendo a tal efecto que “El Convenio entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que se haya depositado el séptimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”, apostillando que “No obstante, éste producirá efectos entre dichos Estados una vez que el Acuerdo de Aplicación sea suscrito por los mismos⁶⁷”.

-Sin embargo, el proceso seguido para el Convenio Bilateral -tal como anticipamos en el primer epígrafe- fue muy distinto, llevándose a cabo de la siguiente forma:

a) En España se procedió a la publicación del texto definitivo del Convenio en el Boletín Oficial del Estado núm. 54, de 3 de marzo de 2008.

b) En Colombia, para proceder a su ratificación y adopción, se necesitó contar previamente con la aprobación de la Ley 1.112 de 27 de diciembre de 2006. Dicha Ley fue publicada con posterioridad en el Diario Oficial de la República núm. 46.494 de 27 de diciembre de 2006. A esto debemos añadir el pronunciamiento del que fue objeto por la Corte Constitucional colombiana confirmando la constitucionalidad del Acuerdo mediante la correspondiente Sentencia C-858/07, de 17 de octubre de 2007 (Expediente LAT-302)⁶⁸.

Una primera aproximación al CMISS nos desvela que, de conformidad con lo dispuesto en su art. 3.5, se dispensa una protección jurídica de “mínimos” que, a su vez, podrá ampliarse o mejorarse mediante el establecimiento de los correspondientes Convenios bilaterales⁶⁹.

Ambos instrumentos jurídicos encuentran su nexo en el art. 8, párrafo 2º CMISS en el que se establece que en los casos que existan convenios bilaterales o multilaterales entre los Estados Parte “se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario”.

En relación a su *ámbito subjetivo de aplicación*, encontramos su principal diferencia es que el CMISS es de aplicación a las “personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno de varios Estados Parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes”, por lo tanto despliega un ámbito más amplio que el CBSSEC que únicamente contempla a trabajadores que hayan estado sometidos a las legislaciones españolas y colombianas.

⁶⁷ Vid. art. 31.1 in fine CMISS.

⁶⁸ Puede consultarse en el siguiente enlace:

[Acceso: 23/10/2018] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-858-07.htm>

⁶⁹ “Dos o más Estados Parte del presente Convenio podrán ampliar el ámbito objetivo del mismo, extendiéndolo a prestaciones o regímenes excluidos en principio. Los acuerdos bilaterales o multilaterales mediante los que se proceda a esa extensión y los efectos de la misma se inscribirán en el Anexo III”.

Por lo que respecta al ámbito material -legislación aplicable-, ambos convenios coinciden a la hora de enunciar la norma general: el trabajador estará sometido exclusivamente a la legislación de Seguridad Social del Estado Parte en cuyo territorio desempeñe su actividad laboral o profesional⁷⁰. Sin embargo, se detectan notables diferencias a la hora de establecer las excepciones o reglas especiales que sintetizamos a continuación:

-Trabajadores por cuenta ajena. Las diferencias que se aprecian en ambos Acuerdos se extraen de la comparación del art. 10, apartado a) CMISS y el art. 7.1 apartados a) y b) CBSSEC extrayéndose las siguientes observaciones:

a) Se instituye una “regla especial” en el Convenio Multilateral frente a la “excepción” del Convenio Bilateral.

b) Dicha excepción/regla especial se establece en relación a determinados trabajadores dependientes a los que no se les aplicará la legislación del Estado en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral, sino la del Estado al que han sido trasladados temporalmente. Sin embargo, cada Convenio ha regulado estos supuestos de forma diferente, disponiendo a tal efecto las siguientes peculiaridades:

1ª) El Convenio Multilateral aborda la regla especial de forma más restrictiva que el Convenio Bilateral -que contempla simplemente una excepción sin entrar en más detalle- y especifica estas tareas calificándolas como “tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares”.

2ª) Los plazos previstos -sobre la duración de la temporalidad- en ambos Acuerdos son diferentes: mientras el Convenio Multilateral fija un plazo “no superior a doce meses, prorrogables por otro plazo similar”, el Convenio Bilateral lo hace por “tres años, prorrogables por otros tres cuando se presenten circunstancias imprevisibles”. Ahora bien, debemos subrayar que junto a la marcada diferencia cuantitativa -distintos plazos previstos- se aprecia otra divergencia de tipo cualitativo en la medida de que el Convenio Multilateral dispone un plazo de duración del traslado “efectivo” frente al “previsible e incierto” del Convenio Bilateral.

-Trabajadores por cuenta propia. Además de observar las mismas previsiones que hemos indicado con anterioridad para los trabajadores por cuenta ajena, hay que resaltar específicamente la siguiente diferencia que extraemos de análisis comparado del art. 10, apartado b) CMISS en relación al art. 7.1 apartados c) y d): mientras que en el Convenio Multilateral está previsto que los “Estados Parte, en forma bilateral, podrán ampliar la lista de actividades sujetas a la presente regla especial, debiendo comunicarlo al Comité Técnico Administrativo”, haciendo referencia únicamente a los “trabajadores por cuenta propia”, y por tanto -de forma distinta a como se trata en el Convenio Bilateral- excluyendo de esta previsión a los “trabajadores por cuenta ajena”.

-Trabajadores de empresas pesqueras mixtas. Otra diferencia apreciable que surge del contraste del art. 10 apartado e) CMISS y el art. 7.1 apartado f) en su párrafo 2º CBSSC.

⁷⁰ Véase el art. 6 CBSSEC y su correlativo art. 4 CMISS si bien en este último precepto se añade un principio de igualdad de trato con los nacionales del Estado que se lleve a cabo dicha actividad laboral o profesional.

En este supuesto se trata de una regla especial que se dispensa de forma distinta en cada Acuerdo. El Convenio Multilateral utiliza -en referencia a los trabajadores de estas empresas pesqueras mixtas- el concepto de “residencia⁷¹”; sin embargo, el Convenio Bilateral ha optado por la “nacionalidad⁷²”.

También existe una regulación diferente en ambos Convenios sobre la *revisión de las prestaciones* relativas a hechos causantes previos a la entrada en vigor de estos Acuerdos. En este sentido, el art. 32.2, párrafo 2º CBSSEC establece que se accederá al derecho a las prestaciones relativas a hechos causantes previos a la entrada en vigor del Convenio Bilateral siempre que la solicitud de revisión se presente en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del mismo. Sin embargo, en el Convenio Multilateral no se ha contemplado un plazo concreto disponiéndose en el art. 25.1, párrafo 2º CMISS que tratándose de las prestaciones que hayan sido denegadas o reconocidas por uno o varios Estados Parte antes de la entrada en vigor del Convenio, podrán ser revisadas al amparo del mismo, a petición del interesado.

Otra cuestión que conviene afrontar es la regulación que se hace sobre el *seguro voluntario* a la hora de realizar el cálculo de sus periodos de cotización. El Convenio Multilateral afronta esta materia de forma general en el art. 12 CMISS disponiendo lo siguiente: “En materia de pensiones, el interesado podrá ser admitido al seguro voluntario de un Estado Parte, incluso cuando esté obligatoriamente sometido a la legislación de otro Estado Parte, siempre que, con anterioridad, haya estado sometido a la legislación del primer Estado Parte por el hecho o como consecuencia del ejercicio de una actividad como trabajador dependiente o no dependiente y a condición de que dicha acumulación esté admitida en la legislación del primer Estado Parte”. El análisis comparativo con el Convenio Bilateral nos muestra una regulación distinta sobre esta materia, pues junto a la norma general hay otra regulación específica para la aplicación de la Legislación Española. Así, en el art 14 CBSSEC, dedicado a la totalización de periodos de seguro para la admisión al seguro voluntario, se establece que: “Para la admisión al seguro voluntario o continuación facultativa del seguro, los periodos de cotización cubiertos por el trabajador en virtud de la legislación colombiana, se totalizarán, si fuera necesario, con los periodos de seguro cubiertos en virtud de la legislación española, siempre que no se superpongan”. Junto a este precepto de regulación específica introducido por España -y que no tiene su homólogo por parte de Colombia- existe otra regulación general coincidente en ambos Convenios. Se trata del art. 20 CBSSEC y el art. 15 CMISS, ambos dedicados a regular los supuestos de totalización de periodos de seguro o cotización y disponiéndose a tal efecto que

⁷¹ Véase el art. 10, apartado e): “Los trabajadores con *residencia* en un Estado Parte que presten servicios en una empresa pesquera mixta constituida en otro Estado Parte y en un buque abanderado en ese Estado Parte, se considerarán pertenecientes a la empresa participante del país en el que residen y, por tanto, quedarán sujetos a su legislación de Seguridad Social, debiendo, la citada empresa, asumir sus obligaciones como empleador”. (Destacamos en cursiva la expresión: *residencia*).

⁷² Véase en relación con la nota anterior el contenido del art. 7.1, apartado f) párrafo 2º: “Los trabajadores *nacionales* de una Parte y con residencia en la misma que presten servicios en una empresa pesquera mixta constituida en la otra Parte y en un buque abanderado en esa Parte, se considerarán pertenecientes a la empresa participante del país del que son nacionales y en el que residen y, por tanto quedarán sujetos a la legislación de este país, debiendo, la citada empresa, asumir sus obligaciones como empleador” (Destacamos en cursiva la expresión: *nacionales*).

cumplidos por ambas partes dichos periodos de seguro o cotización para el reconocimiento del derecho a las prestaciones se aplicarán las siguientes reglas:

-Coincidiendo un periodo de seguro voluntario -o equivalente- con un periodo de seguro obligatorio se tendrá en cuenta el periodo de seguro obligatorio.

-Si la coincidencia se produce entre un periodo de seguro voluntario -o afiliación voluntaria- acreditado en una Parte, y un periodo de seguro equivalente, acreditado en la otra Parte, se tendrá en cuenta el periodo de seguro voluntario -o afiliación voluntaria-.

-Cuando en una Parte exista la imposibilidad de concretar la época en que determinados periodos de seguro hayan sido cumplidos, se presumirá que dichos periodos no se superponen con los periodos de seguro cumplidos en la otra Parte.

-Se excluye la superposición de cotizaciones salvo lo previsto en el art. 15.3 CMISS para los periodos no computados que permite que la cuantía efectivamente debida pueda ser incrementada por la Institución Competente.

En la que se hayan cumplido los periodos de seguro voluntario en el importe que corresponda a dichos periodos de seguro voluntario que no hayan sido computados, de acuerdo con la legislación interna del Estado Parte.

Para finalizar este estudio, afrontaremos la problemática que se suscita en aquellas situaciones en las que el resultado de la aplicación de ambos Convenios lleve aparejada una *contradicción* que implique una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica para los sujetos afectados. Para la resolución de estos supuestos deberemos atender a lo dispuesto en el art. 8, párrafo 2º CMISS: “En los casos en que sí existan Convenios Bilaterales o Multilaterales se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario”. Por lo tanto, las Partes han optado por resolver las posibles discordancias mediante la aplicación de aquellas disposiciones que, según el criterio de los Estados implicados, ofrezcan una situación más ventajosa a los sujetos beneficiarios de ambos Convenios.

IV. CONCLUSIONES

El Convenio Bilateral de Seguridad Social entre España y Colombia tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores españoles y colombianos -así como a sus familiares beneficiarios y sobrevivientes-, que hayan llevado a cabo una actividad laboral o profesional en el territorio del otro Estado Parte -estando sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de España y/o Colombia-, les sea reconocido el tiempo cotizado en ambos países a la hora de determinar su derecho a la pensión y a la liquidación de las prestaciones correspondientes.

La relación de las prestaciones incluidas en el Convenio son las que a continuación se detallan:

-En referencia a España, las siguientes prestaciones contributivas del Sistema español de Seguridad Social: incapacidad permanente, muerte y supervivencia en los casos de enfermedad común o accidente no laboral y jubilación.

-Respecto a Colombia, será la normativa de las prestaciones económicas establecida en el Sistema General de Pensiones -Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual con Solidaridad- en relación a la vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común.

Existe una amplia y detallada regulación en el Convenio sobre la determinación del derecho a la pensión y a la correspondiente prestación, destacándose de las mismas las siguientes consideraciones:

-Los interesados que cumplan con los requisitos señalados en las legislaciones de España y Colombia para tener derecho a la pensión contributiva, podrán percibir ésta de cada uno de los Estados Parte.

-Para la adquisición del derecho a la pensión y a las prestaciones de carácter contributivo -previstas en el Convenio- los trabajadores podrán adicionar los periodos de seguro acreditados en ambas Partes -de conformidad con sus respectivas legislaciones-, siempre que dichos periodos no se superpongan.

-A cada Institución competente de las Partes contratantes abonar a los sujetos beneficiarios sus propias prestaciones. Sin embargo, se establece en el Acuerdo que se podrá descontar del importe correspondiente a los pagos iniciales de la pensión que se le reconozca, aquella cantidad que se haya producido por el abono de las prestaciones de igual naturaleza y que supere el total de la debida por la Seguridad Social del otro Estado.

-Aquellas personas que tengan reconocido su derecho a la pensión podrán percibir las prestaciones que les correspondiera -de carácter contributivo y previstas en el Convenio- con independencia de que los mismos residan en el territorio de uno u otro Estado.

-La acreditación de los periodos cotizados de seguro bajo la legislación de Seguridad Social de España y/o Colombia, anteriores a la entrada en vigor del Convenio, también se podrán computar a la hora de determinar el derecho a la prestación que corresponda de conformidad con este Convenio. Si existiera una superposición de estos periodos de seguro -anteriores a la entrada en vigor del Convenio- cada uno de los Estados Parte tendrá en cuenta los periodos acreditados bajo su legislación a la hora de determinar el derecho y la cuantía de la prestación.

-Existe la posibilidad de llevar a cabo la revisión del derecho a prestaciones por contingencias que hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor del presente Convenio, si bien, en ningún caso se podrá efectuar el abono de aquellas prestaciones anteriores a dicha fecha.

Por otra parte, teniendo en cuenta la coexistencia de este Convenio Bilateral de 2005 con el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 2007 -ya que España y Colombia han suscrito ambos Acuerdos-, es necesario abordar el análisis comparativo de sus contenidos con el fin de perfilar el alcance y las diferencias más significativas de estos instrumentos jurídicos internacionales. En este sentido, aunque

ambos Convenios se centran en un mismo objeto: determinados derechos y prestaciones de Seguridad Social; sin embargo, tienen un alcance diferente y lo afrontan de forma distinta, resolviendo las posibles discordancias mediante la aplicación de las disposiciones que, según el criterio de los Estados implicados, otorguen mejores condiciones a los sujetos beneficiarios de ambos Convenios. Su diferencia fundamental radica en que el Convenio Multilateral se perfila como un Acuerdo de mínimos frente al Convenio Bilateral que opera como un instrumento de mejora y ampliación del anterior. También se aprecian otros contrastes significativos como por ejemplo: su entrada en vigor, ámbito de aplicación subjetivo, legislación aplicable, totalización de periodos, prestaciones, seguro voluntario, etc.