

ARTÍCULO 28

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

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

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

La decisión de la Comisión será definitiva e inapelable”.

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO

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

Redactora del Área Social en Lefebvre-El Derecho

Experta Nacional de la Red Fressco de la Comisión Europea

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

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

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

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

⁵Ver Sánchez-Rodas Navarro; C.; “Aproximación a la Coordinación de Regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. E-Revista Internacional de la Protección Social. Vol 1, Núm. 1 (2016) en: <http://institucional.us.es/revistapsocial/index.php/erips/article/view/>.

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

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

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

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

⁶CIMISS art. 24.b).

⁷Ver artículo 31 del Acuerdo de aplicación del CMISS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹Ver artículo 30.b) del CMISS.

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

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

IV. CONCLUSIONES

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

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