03/2005

La integración del MERCOSUR en materia de seguridad social.

Antonio Grzetich Long

Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de la República

1. El acuerdo multilateral del MERCOSUR está a punto de entrar en vigencia, luego que los parlamentos de los cuatro países que lo integran a título pleno(1), lo han ratificado. Queda por cumplir un último requisito formal, el depósito del instrumento de ratificación de la República del Paraguay(2).

La entrada en vigencia del Acuerdo reviste importancia fundamental por ser un documento suscrito en el marco de un importante proceso de integración regional. Tiene asimismo interés el hecho de que a partir de su entrada en vigor, "quedarán derogados los Convenios Bilaterales de Seguridad Social o Previsión Social celebrados entre los Estados Partes". Lo cual es sin perjuicio de la reserva del numeral 4 del art. 17 del Acuerdo, conforme al cual, en ningún caso significará la pérdida de derechos adquiridos al amparo de los Convenios Bilaterales mencionados.

Este convenio multilateral recoge en lo sustancial el contenido de esos convenios bilaterales(3), sin perjuicio de presentar algunas diferencias y sobre todo, algunas indefiniciones, cuya solución parece haberse confiado a la Reglamentación prevista por el artículo 16.

2. Procederemos a una descripción del Acuerdo, dejando de lado la definición de los términos y expresiones que se realizan, como es habitual, en el artículo 1º , ingresando directamente al estudio del ámbito de aplicación personal.

Sobre tal particular, corresponde destacar, en primer término, que este Acuerdo se refiere a trabajadores, superando la vieja fórmula que mencionaba la nacionalidad de los sujetos, como ocurre en alguno de los convenios anteriores.. En efecto, conforme al artículo 2º, están amparados los trabajadores (así como sus familiares o asimilados) "que presten o hayan prestado servicios en cualquiera de los Estados Partes".

El texto reconoce a estos trabajadores y a sus familias los mismos derechos y obligaciones que a los nacionales de dichos Estados Partes. Con lo cual se integra a este Acuerdo el importante principio de igualdad de trato, aunque limitado a los derechos específicamente mencionados. En realidad, se trata de una fórmula de acogimiento del principio que peca de restrictiva, ya que la igualdad de trato de los residentes en un país es un principio universal, que debe observarse respecto de todas las prestaciones de Seguridad Social, más allá de las convenciones entre Estados, consagrando derechos más sustanciales, como el de totalización de períodos de servicios.

En el numeral 2 del artículo citado, se agrega, tal vez para despejar dudas, que el Acuerdo "también será aplicable a los trabajadores de cualquier otra nacionalidad residentes en el territorio de uno de los Estados Partes siempre que presten o hayan prestado servicios en dichos Estados Partes". Por consiguiente, con la suma de los dos numerales se ha completado, sin ninguna posibilidad de duda, un ámbito subjetivo amplio, determinado por la residencia y la prestación de servicios en cualquiera de los Estados con independencia de la nacionalidad del trabajador.

3. El Título III que consta de un solo artículo, trata del *ámbito de aplicación material,* y refiere a las "prestaciones contributivas pecuniarias y de salud", de acuerdo a la legislación de los Estados Partes, aunque en la forma, condiciones y extensión establecidas en el Acuerdo.

Ello significa que cada Estado no sólo quedará obligado a conceder solamente las prestaciones en los términos que fija su propia legislación, sino que también serán aplicables las normas sobre prescripción y caducidad vigentes en cada uno de ellos.

4. En cuanto a la determinación de la legislación aplicable, se establece el principio de territorialidad, vinculado a la actividad del trabajador. Por tanto, se aplicará la legislación del país en que el trabajador ejerza su actividad, lo cual es lógico, ya que la protección de la seguridad social aparece fuertemente vinculada a la actividad.

El principio de territorialidad sufre , conforme a los términos del Acuerdo, algunas restricciones:

En primer lugar, respecto de los que se conocen como "traslados temporarios", que permiten que quede

vinculado a la seguridad social del Estado de origen, el personal altamente cualificado de empresas con sede en uno de los Estados Partes que pasan a desempeñar sus tareas en otro de los Estados, por un período limitado (4) . El "período limitado" se fija en un máximo de doce meses, el cual podrá ser prorrogado, excepcionalmente, con anuencia previa y expresa del Estado receptor. En este caso no se especifica la duración de la prórroga.

Una segunda excepción alcanza al personal de vuelo de las empresas de transporte aéreo, así como al personal en tránsito de las empresas de transporte terrestre. En ambos casos, ese personal se seguirá rigiendo por las normas del país donde está la sede de la empresa respectiva.

La tercera exclusión de la norma general afecta a la tripulación de los buques con bandera de alguno de los Estados Partes, la cual se mantendrá dentro de la legislación del Estado correspondiente. Queda aclarado expresamente en el Acuerdo, que los trabajadores ocupados en la carga y descarga y/o reparación y vigilancia de los buques, continúan sujetos a la legislación del puerto en que prestan servicios.

Por último, están también exceptuados del régimen general, los representantes diplomáticos y consulares, así como los miembros de los organismos internacionales y los funcionarios o empleados de esas representaciones, los cuales "serán regidos por las legislaciones, tratados y convenciones que les sean aplicables"(5).

5. El Título V, que refiere a las prestaciones de salud, tiene un solo artículo que establece que esas prestaciones serán otorgadas "al trabajador trasladado temporalmente al territorio de otro Estado Parte así como a sus familiares y asimilados", previa autorización del Estado de origen y a su costo.

No se consagra, como en cambio sucede en el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, ni la totalización de períodos de carencia, ni la asistencia médica de urgencia a las personas que circunstancialmente se encuentren en el otro país (6), ni se da la posibilidad de utilizar los servicios de rehabilitación o de alta especialización que existan sólo en uno de los Estados (7).

A ese respecto, el Convenio Iberoamericano avanza de manera importante en las prestaciones de salud, cuya trascendencia a nadie escapa. Si bien existen algunas dificultades para su puesta en práctica (especialmente el acuerdo respecto de los costos de la atención médica), se trata de obstáculos superables y franquearlos sería un importante paso en el reconocimiento de un derecho humano fundamental como es el de la asistencia sanitaria. Mucho más en un acuerdo de integración, en que esa colaboración parecería un elemento intrínseco del proceso.

6. La totalización y prorrateo de las prestaciones de "vejez, edad avanzada(8), invalidez o muerte", se realizará en la forma y condiciones que establezca el Reglamento Administrativo, al cual también se remiten las reglas del pago a prorrata.

Se establece, además, que si el período de cotización en un Estado es inferior a los doce meses, el Estado en cuestión podrá no reconocer prestación alguna por ese período. Lo cual no obsta a que se tome por los demás que pudiera corresponder, a los efectos de la totalización.

7. Una ampliación interesante aparece en este artículo, en su numeral 3, el cual establece que aunque una persona no llega a configurar causal con el tiempo trabajado en los Estados Partes, corresponde que se computen los servicios prestados en otro Estado, con el que alguno de los miembros del Acuerdo posea un convenio bilateral o multilateral.

Está previsto, a tales efectos, que si uno solo de los Estados parte realizó tal convenio, ese Estado debe asumir como propio el período de seguro o cotización cumplido en el tercer país. De alguna manera, este condicionamiento deja librado a la voluntad del Estado correspondiente la asunción de dicho período. Y se genera la duda sobre que obligaciones apareja ese reconocimiento de servicios "como propio".

8. Por su parte, el artículo 8 establece que los seguros o cotizaciones cumplidos antes de la vigencia del Acuerdo sólo serán tenidos en cuenta si el trabajador tiene cotizaciones posteriores y siempre que los mismos no hayan sido utilizados anteriormente en la concesión de prestaciones pecuniarias de otro país.

Esto aparece relacionado al principio de los derechos adquiridos, que son respetados integralmente. En cambio el de conservación de los derechos en curso de adquisición no es contemplado, lo que significa una importante limitación.

De todos modos, esos períodos que no se tomarían en cuenta por este Acuerdo parecería que se computarán, de todos modos, en virtud de los convenios anteriores que estuvieran vigentes en la época de realización de esos servicios. Sería conveniente que al instrumento reglamentario así lo aclarara.

9. El artículo 9 regula, de manera poco armónica a nuestro entender, el tema de las transferencias de los aportes de las cuentas de ahorro individual que puedan existir en los países en cuestión. Por un lado, porque siguiendo los modelos de otros convenios, las transferencias de esos fondos privados, de "propiedad" de los afiliados, (según se ufanan de recalcar las leyes privatizadoras), está limitado. En efecto, se establece que las transferencias pueden cumplirse "en oportunidad en que el interesado acredite derecho a la obtención de las prestaciones respectivas".

El autor del presente artículo ha dejado aclarado en una publicación anterior(9), que este Acuerdo no permitiría una transferencia que acompañe al trabajador al país al que se traslada, contradiciendo la libertad que tantas veces se ha invocado a favor de los sistemas de capitalización individual. Pero, ¿cual puede ser el motivo que justifique que un trabajador no pueda llevarse "su" capital ahorrado a otro país donde quizá la rentabilidad sea

mayor y mejor sus posibilidades?.

Por el contrario, desde el momento en que se acredite el derecho y que cada país se haga cargo de "su parte", ya no tiene una explicación coherente el impedimento de la transferencia. Así como el instituto de seguridad social paga la cuota parte de la prestación que le corresponde, de acuerdo a sus leyes, el régimen de ahorro privado también debería pagarlo en el país de origen. Dado que las prestaciones se regulan de acuerdo con lo establecido por el *derecho de cada país,* las aseguradoras que prestan, como en el caso de Uruguay, una renta vitalicia deberían quedar autorizadas. a hacerlas efectivas de acuerdo a ciertos criterios, en algunos casos con garantía estatal.

La "devolución" del capital ahorrado al titular se realiza en otros regímenes de forma diferente, cubriéndole menos aún su futuro. La privatización, que en muchos casos se convierte en privación(10), con estas transferencias puede agudizar sus efectos. Claramente se trata de una regulación sin norte. O bien, se establece un régimen de ahorro individual, libre en su totalidad (que autorice al titular a hacer las transferencias que quiera, cuando quiera); o bien, si se comienzan a establecer limitaciones, éstas deberían ser en favor del futuro del asegurado y no de una manera que se nos aparece como caprichosa y desamparadora. Lo cual queda más allá de las dudas que genera la aplicación del derecho nacional reconocido en el Acuerdo(11) y la transferencia que lo contradice como en la legislación uruguaya..

10. En los títulos siguientes del Acuerdo se alude a la cooperación administrativa entre los Estados Partes. Así, la Entidad Gestora(12) de un Estado Parte podrá solicitar exámenes médicos o periciales a las autoridades de otro país, para evaluar incapacidades temporales o permanentes, las que serán realizadas por este a cargo del solicitante.

Los trámites se ven facilitados al no requerirse que los documentos que se presenten para acreditar los derechos deban contar con traducción oficial, visado o legalización, bastando la intervención de una Entidad Gestora u Organismo de Enlace. Asimismo, las solicitudes, así como los recursos, que se presenten ante las autoridades de uno de los Estados Partes, serán tomados como si se hubieran presentado en el otro país en el que deben presentarse.

También esta aclarado en el Acuerdo que las prestaciones pecuniarias se pagarán en la moneda del país que las realice, estableciéndose mecanismos de transferencias de fondos para dichos pagos. Está además previsto que esas prestaciones no sufrirán mengua alguna por el hecho de que el beneficiario resida en otro de los Estados Partes.

11. El Acuerdo crea una Comisión Multilateral Permanente con diversos cometidos, principalmente la vigilancia del cumplimiento del acuerdo y el reglamento administrativo que se dicte. De la misma forma, esa Comisión tiene como cometido asesorar a las autoridades competentes, proyectar modificaciones, ampliaciones y normas complementarias al Acuerdo o al Reglamento.

En caso de divergencias en la interpretación o aplicación del Acuerdo, la Comisión actuará mediante contactos directos, hasta por un plazo de seis meses, buscando resolverlos. En caso de que por este mecanismo no se superara la divergencia, pasados los seis meses, cualquiera de los Estados Partes podrá recurrir al sistema de solución de controversias previsto en el Tratado de Asunción.

Se establece incluso, que las autoridades competentes pueden delegar en esta Comisión la elaboración del Reglamento. Las reuniones serán anuales, y cuando lo solicite alguno de los Estados podrá alternarse la sede.

12. El Acuerdo que entrará en vigencia a partir del primer día del mes siguiente a la fecha del depósito del último instrumento de ratificación (13), tendrá duración indefinida, pero podrá ser denunciado en cualquier momento por vía diplomática, ante el gobierno depositario del mismo, el que notificará a los restantes Estados. La denuncia surtirá efectos a los seis meses de la fecha de la notificación y no afectará los derechos adquiridos hasta ese momento.

El Acuerdo puede ser objeto de adhesión por aquellos estados que en el futuro adhieran al Tratado de Asunción. Sin embargo, la adhesión no es automática, ni basta la simple voluntad de adherir, sino que la misma debe ser cumplida "mediante negociación".

Algunas conclusiones.

1. Los acuerdos de seguridad social son imprescindibles para el desarrollo pleno de un derecho humano fundamental, como es el derecho a la seguridad social, que debe acompañar a todo trabajador cuando se traslade de un país a otro. La previsión de acuerdos con ese propósito es esencial en los procesos de integración regional, puesto que una de las consecuencias que éstos normalmente generan, es la circulación de trabajadores entre los diferentes países integrados.

2. Puede afirmarse también que el Acuerdo adoptado por los integrantes del MERCOSUR no ha sido lo suficientemente preciso en muchos de sus puntos, descansando demasiado en la ulterior Reglamentación. La misma, debería contemplar algunos aspectos de detalle, pero hay otros que faltan que deben estar consagrados en los propios convenios. Por otra parte, de la Reglamentación dependerán los mayores beneficios o perjuicios que se deriven de la sustitución de los convenios bilaterales vigentes hasta la entrada en vigor del Acuerdo.

3. El instrumento abría la posibilidad de introducir disposiciones en beneficio de un más pleno desarrollo de la seguridad social entre los países integrados, lo que lamentablemente no ha ocurrido. En tren de destacar sólo algunas de las carencias del Acuerdo, corresponde indicar que, en materia de salud, no se cubren beneficios que ya están previstas en el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, como la totalización de períodos de

carencia, la prestación de asistencia médica a personas que circunstancialmente residan en el otro país (incluso por razones turísticas), así como la posibilidad de utilizar, con cargo a la institución de origen, aquellos servicios médicos que no es posible proporcionar en el propio país, en razón de su más bajo nivel tecnológico o de especialización.

4. Cabe destacar, además, que no está prevista en el Acuerdo la conservación de los derechos en curso de adquisición, sino tan sólo de los derechos adquiridos.

Notas a pié

1. Estos son: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Existen otros países asociados pero que todavía no se han incorporado plenamente, tales como Chile, Bolivia y Venezuela.

2, El artículo 17 prevé que el Acuerdo "entrará en vigor a partir del primer día del mes siguiente a la fecha del depósito del último instrumento de ratificación". El depósito será cumplido "ante el Gobierno de la República de Paraguay, el que notificará a los Gobiernos de los demás Estados Partes la fecha del depósito de los instrumentos de ratificación y de la entrada en vigor del presente Acuerdo". Ese depósito fue anunciado hace algunos meses y, sin perjuicio de la existencia de algunas trabas que lo están demorando según se nos ha informado, se descuenta que el mismo acaecerá en cualquier momento.

3 Nos referimos, específicamente, a los vigentes entre Uruguay y cada uno de los restantes países del MERCOSUR. Uruguay tiene un convenio con Argentina ratificado por Uruguay por Decreto Ley 14.374 de 20/5/1975, con Brasil, ratificado por Decreto Ley 14.895 de 23/5/1979 y con Paraguay, ratificado por Decreto Ley 14.474 de 16/12/1975. Señalemos también que Uruguay ratificó el Acuerdo Multilateral a estudio, mediante Ley 17.207 de 24/9/1999. Por último digamos que a cada uno de los convenios bilaterales está acompañado de un "acuerdo administrativo", reglamentario del Convenio en aspectos de detalle. En el mismo sentido existe un reglamento del Acuerdo Multilateral, aunque recién en etapa de formación.

4 La norma habla de tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o similares y otras que puedan ser definidas por la Comisión Multilateral Permanente, que se crea por este convenio.

5 Parece más avanzada y más precisa, la redacción dada a este punto en el Convenio Bilateral entre España y Uruguay, en cuanto determina que el personal administrativo, técnico y de servicio, siempre que sean nacionales del Estado acreditante, debe optar dentro de los tres meses de iniciada su actividad, entre mantenerse afiliados al país de origen o al que desarrolle su actividad. En subsidio de esa opción "debe quedar establecido" que se opta por ampararse al Estado en que desarrolla la actividad.

6. En el Acuerdo se prevé, en un avance frente a otros convenios, el amparo del trabajador trasladado temporalmente y su familia.

7 . Artículos 7, 8 y 9 del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social

8. Parecería que la edad avanzada queda comprendida en la más genérica de vejez.

9. "Acuerdos de Seguridad Social", en revista Derecho Laboral, Montevideo, 2000, Tomo XLIII, Nº 198, 398 y ss.

10. Expresión de Mario Ackerman, en disertación efectuada en el Seminario de Tesis, Montevideo, junio 2005, sobre el tema "El derecho del trabajo frente a la crisis de la empresa".

11. En especial en el artículo 3, numeral 3 que establece que "Cada Estado Parte concederá las prestaciones pecuniarias y de salud de acuerdo con su propia legislación".

12. Entidades gestoras son las instituciones competentes para otorgar las prestaciones amparadas por el Acuerdo. Organismos de Enlace, son los que realizan la coordinación entre las instituciones que intervienen en la aplicación del Acuerdo. Estas definiciones, entre otras, surgen del artículo 1º.

13. V. *supra* nota 3.

UPF, Barcelona

Imprimir