

XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

“ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA”, en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO

Salta, 21, 22 y 23 de octubre de 2010

Sección Derecho Internacional Privado.

Tema: Jurisdicción y ley aplicable en materia de relaciones laborales transfronterizas y sus implicancias en la seguridad social.

Relatores: Dr. Eduardo L. Fermé, Dra. Lilia M. Maffei de Borghi, Dr. Oscar González Pereira, Dr. César G. Ferrante.

PONENCIA: TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS ESTACIONALES Y EL ACCESO A LOS BENEFICIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
--

Autora: Leticia Ángela Zapata

I. INTRODUCCIÓN

La evolución del derecho de la seguridad social se ha visto siempre condicionada por los adelantos científicos y tecnológicos de cada época, que han incidido siempre en el proceso de su constante renovación.

Hoy, son muchas los avances en el sistema de seguridad social internacional frente a las formas tradicionales: mayor seguridad, mayor protección, mayor velocidad y, en general, mayor eficiencia. Con menor velocidad, sin embargo, se transforman las normas que lo rigen; se observa una constante necesidad de revisar los convenios internacionales y las condiciones de los contratos laborales, para lograr su adecuación a los nuevos elementos de derecho internacional privado.

Nuevos adelantos en las comunicaciones han globalizado la información y han acortado las distancias; el resultado ha sido, el desarrollo de disposiciones, de origen convencional, sobre transferencia de aportes a la seguridad social, vinculados a la reciprocidad y a la solidaridad entre las diferentes administraciones previsionales.

Ha incidido particularmente, un notorio aumento de la movilidad de trabajadores dispuestos a viajar al exterior en busca de nuevas fuentes laborales, personas que migran por razones laborales, entre otros supuestos, por ir en pos de mejores oportunidades económicas para sus familias o para mejorar su calidad de vida.

Esta movilidad plantea importantes desafíos al Estado, al de origen y al de acogida, y en especial a las Administraciones de Seguridad Social tanto respecto a la extensión como al mantenimiento de la cobertura de los trabajadores migrantes para garantizar que las personas y sus necesidades sean representadas y se informe sobre ellas de manera justa y equilibrada, sea en su derecho a manifestarse, como en su derecho a ser escuchadas.

II. TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS ESTACIONALES

La Convención de Trabajadores Migratorios de la ONU¹ define al trabajador migrante estacional como “aquel trabajador migratorio cuyo trabajo, o migración por trabajo, depende de condiciones estacionales y se realiza durante una parte del año”, por lo que la mayoría de los trabajadores estacionales estarían contratados para trabajos de agricultura o durante temporadas de vacaciones. Por otro lado, los trabajadores migratorios temporales son aquellos que trabajan en un país distinto al de origen por un tiempo determinado de tiempo, generalmente en contratos de trabajo con una empresa o contratante individual.

Las principales actividades que absorben mano de obra en nuestro país son la fruticultura del Alto Valle del Río Negro, la vitivinicultura de la zona de Cuyo y, en fecha más reciente, la economía del olivo en La Rioja y Catamarca. En todas estas regiones existen trabajadores permanentes, pero el momento de cosecha continúa siendo un período crítico en materia de demanda de trabajo.

En nuestro país desde diciembre de 2003, regula la política migratoria argentina la ley 25.871², pautando entre otros derechos para los trabajadores extranjeros, el de asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por nuestra Carta Magna y los tratados y convenios firmados por nuestro país, promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, así como también promover la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en forma legal para el mejor aprovechamiento de sus capacidades personales y laborales a fin de contribuir al desarrollo económico y social de país. Para ello propone sobre la garantía de igualdad y universalidad asegurar las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato y asegurar el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social.³

Ya en particular referencia al tema que nos toca,⁴ propone que la adopción por el Estado de todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación laboral en el territorio nacional de inmigrantes en situación irregular, incluyendo la imposición de sanciones a los empleadores, no menoscabará los derechos de los trabajadores inmigrantes frente a sus empleadores en relación con su empleo. La ley además admite como “residentes transitorios” trabajador migrante estacional, autorizando su permanencia en el territorio nacional durante el plazo autorizado, con sus debidas prórrogas, debiendo abandonar el mismo al expirar dicho plazo. Y estipula que, si bien, “residentes transitorios” no podrán realizar tareas remuneradas o

¹ Es la primera codificación universal de los derechos de los trabajadores inmigrantes y los miembros de sus familias. Provee una serie de estándares fundamentales que regulan el trato, el bienestar y los derechos humanos tanto de los inmigrantes documentados como de los indocumentados, junto con las obligaciones y responsabilidades de los países emisores, receptores y de tránsito. Este instrumento internacional se conoce formalmente como La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. La Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990. Pero tuvieron que pasar 13 años para que entrara en vigor (1 de julio de 2003), nuestro país la ratificó el 23 de Febrero de 2007.

² Sancionada el 17 de Diciembre de 2003. Promulgada el 20 de Enero de 2004.

³ Ley 25871, artículos 4, 5 y 6.

⁴ Ley 25571, artículos 15, 16, 24, 25, 51, 52, 53 y 54 .

lucrativas, ya sea por cuenta propia o en relación de dependencia, no se aplicaría tal restricción a los "trabajadores migrantes estacionales".

Al respecto cabe acotar que el acceso al sistema de Seguridad Social formal está a menudo limitado, por motivos económicos y sociales, entre otros, el trabajo informal y la no declaración de los empleadores de los aportes previsionales que les corresponden por los períodos trabajados o la demora en el acceso al mercado forma. Los trabajadores migrantes se enfrentan a menudo a dificultades de carácter jurídico, debido a su nacionalidad, por no reconocerse, a menudo, su derecho a la cobertura de la Seguridad Social, así como en sus países de origen puede estar jurídicamente restringido, por aplicación del principio de la territorialidad la posible recepción del beneficio previsional que le correspondiere.

Los trabajadores migrantes transfronterizos poseen una historia laboral fragmentada, en muchos casos, y esto requiere de una normativa específica que las contemple para evitar situaciones de vulnerabilidad o precariedad. Las dificultades particulares a las que se enfrentan en el ámbito de la Seguridad Social, relacionadas con los periodos discontinuos de empleo y de residencia, en muchos casos acompañados de las condiciones restrictivas en el país de acogida con respecto a la cobertura que les proporciona el sistema nacional de seguridad social y los expone al riesgo de perder sus derechos a prestaciones de Seguridad Social en sus países de origen debido a su ausencia.

Los derechos de la Seguridad Social adquiridos o en proceso de adquisición, declarados o reconocidos después de haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos legales, ingresan en el patrimonio como un crédito exigible. Ahora bien, los trabajadores transfronterizos estacionales, en su gran mayoría, no radican domicilio en la República, entonces, ¿pueden caducar sus derechos por el hecho de fijar el beneficiario su domicilio en el extranjero?, ésta es la cuestión a resolver por las normas locales o bien por convenios bilaterales o multilaterales.⁵

Si bien, la percepción de determinadas prestaciones de la Seguridad Social está frecuentemente, condicionada a la residencia en el territorio del país que otorga el beneficio, la circunstancia de tener el eventual beneficiario que trasladarse a otro país no debe perjudicar su derecho al goce efectivo del beneficio en cuestión, por lo que, la totalización de los períodos de afiliación y cotización es la solución arbitrada para lograr dar efectividad a la conservación, el hecho de que se limite la percepción de los beneficios previsionales al domicilio o residencia del trabajador entorpece en gran medida el cumplimiento de estos derechos ya adquiridos o en curso de adquisición, afectando también a la justicia actuarial de los programas de Seguridad Social.

III. TRANSFERENCIA DE APORTES PREVISIONALES

Frente a las dificultades que entraña una historia laboral atípica, los trabajadores migrantes deben beneficiarse de disposiciones concretas en materia de seguridad social y poder, de este modo, acceder a los programas sociales de los países de acogida. En efecto, lejos de sus comunidades de origen y al margen de sus redes de apoyo tradicionales, los nuevos trabajadores se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Al mismo tiempo, las cotizaciones pagadas por los migrantes en sus

⁵ Arrighi Walter O. y Conte Grand Alfredo H. "Mantenimiento de Derechos de Trabajadores con aportes a diferentes regímenes previsionales. Reciprocidad de Trato", Revista Jubilaciones y Pensiones

países de origen, o en el país en que han trabajado anteriormente, pueden revisarse drásticamente a la baja o sencillamente no tenerse en cuenta.⁶

Siendo la solidaridad el principal valor de la protección social, la redistribución vertical de los ingresos, es decir, la garantía de abastecer de recursos mínimos a las personas más desfavorecidas; y la redistribución horizontal, es decir, el seguro social, en el que las cotizaciones se basan, no en la probabilidad de que sobrevengan los riesgos cubiertos, sino en las capacidades contributivas. El sistema, entonces, debe responder al derecho de toda persona a gozar de una seguridad frente a los riesgos de la existencia y a tener un nivel de vida adecuado, contribuyendo, en ese aspecto, al respeto de la dignidad humana.⁷

Para el sistema de la seguridad social, tiene como recurso, para garantizar el acceso al sistema previsional, la totalización de los períodos de afiliación y cotización, que consiste en, la posibilidad de que la persona sume los períodos trabajados sucesivamente en más de un país y puede complementarse con otras medidas que benefician la percepción de la prestación previsional, como la de obtenerla en el país donde trabajó por última vez, o en el de su residencia actual.

De este modo en el momento de liquidar un beneficio, es posible tener en cuenta todos los períodos de cotización tanto los cumplidos en el país de origen como en el de inmigración y sumar ambos períodos a fin de totalizar el tiempo legalmente requerido para reunir los recaudos necesarios.

Las fórmulas de distribución del costo de la prestación entre los distintos organismos involucrados varían de un Estado al otro teniendo en cuenta parámetros tales como cantidad de períodos trabajados en el país, categoría en la que se aportó y regímenes especiales. Dependiendo de cada Estado, en cuanto a convenios internacionales firmados o bien la legislación previsional de fuente interna la manera de computar estos períodos puede variar. Pudiendo suceder que una sola agencia de Seguridad Social le otorgue el beneficio, lo habilitaría la posibilidad de ejercer una acción recursiva contra la agencia del país de origen que, en un principio recaudó parte de las cotizaciones.⁸

Regularmente la totalización es un procedimiento que permite el cómputo recíproco de los períodos de cotización o servicios con aportes prestados por un trabajador y amparados por la legislación de cada uno de los estados contratantes, a los fines del logro de las prestaciones de vejez, invalidez o sobrevivencia previstas por cada Estado.

En este orden, es de destacar la importancia de la transferibilidad de los derechos de la seguridad social, en cuanto que a los trabajadores migrantes transfronterizos les permite evitar pérdidas financieras. La transferibilidad es la capacidad de preservar, mantener y transferir los derechos concedidos en materia de Seguridad Social o en proceso de ser concedidos, independientemente de la nacionalidad y del país de residencia. De su naturaleza podemos inferir que contienen un elemento de pre-ahorro explícito (pensiones de vejez) y otro implícito (cuidados de salud).

⁶ AISS “Accesibilidad y extensión de la cobertura de la Seguridad Social”, ver Pág. Web AISS. 22/3/2010, artículo de fondo.

⁷ AISS , “La justicia social, la protección social y la seguridad social”, ver Pág. Web. 19/02/2010, artículo de fondo

⁸ Arrighi Walter O. y Conte Grand Alfredo H. “Mantenimiento de Derechos de Trabajadores con aportes a diferentes regímenes previsionales. Reciprocidad de Trato”, Revista Jubilaciones y Pensiones.

Los acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a la Seguridad Social aseguran que se mantengan los derechos en previsionales adquiridos en el país de empleo. Y si bien las prestaciones pueden ser jurídicamente transferibles (en la mayoría de los Estados en forma de suma global), las disposiciones relativas a los pagos transfronterizos no se aplican frecuentemente en forma eficiente.

IV. CRITERIOS DE ARMONIZACIÓN

Es importante tener en cuenta que existen herramientas internacionales tales como la coordinación de la normativa de Seguridad Social, que permiten a los trabajadores que han hecho aportes en Administraciones Previsionales de sus Estados de origen o de otros no perder sus derechos, se debe apuntar hacia el otorgamiento de beneficios exclusivamente en proporción al tiempo cotizado sin establecer requisitos mínimos de periodos de aportes. Estableciendo mecanismos de transferencia de fondos a los fines de la obtención de las prestaciones por vejez, edad avanzada, invalidez o muerte. Transferencias que habrán de efectuarse en oportunidad en que el interesado acredite derecho a la obtención de las prestaciones respectivas, proporcionando el Estado la información a los afiliados de acuerdo con la legislación de cada país.

Teniendo en cuenta esta evolución, es preciso identificar las necesidades en términos de seguridad social de las poblaciones migrantes activas principalmente en los sectores agrícolas de los países de acogida. En estos sectores, en que la flexibilización de las condiciones de trabajo está muy avanzada, muchos trabajadores migrantes, por tratarse de trabajadores poco cualificados o instruidos, pueden ser objeto de abusos y explotación, como sucede en un alto porcentaje. Por otra parte, y puesto que los obstáculos a la movilidad de la mano de obra de un país a otro son cada vez más importantes, la migración irregular y la trata de personas va en aumento, lo que pone en peligro los derechos humanos y el derecho al trabajo de los trabajadores migrantes.⁹

Esto así como claramente se deriva de la normativa referida, nuestra Carta Fundamental y nuestra legislación interna, en lo que hace a las relaciones laborales transfronterizas y sus implicancias en la Seguridad Social constituyen una plataforma adecuada para la tendencia actual de integración regional y necesaria coordinación de las legislaciones de los diversos países en lo concerniente a la Seguridad Social.

V. CONCLUSIÓN

De los aspectos analizados se derivan desafíos de envergadura en materia de derechos y normas previsionales, laborales, y de protección social, que revisten gran importancia para los trabajadores extranjeros y los migrantes que carecen de destrezas laborales.

Al respecto consideramos que:

⁹ AISS “Accesibilidad y extensión de la cobertura de la Seguridad Social”, ver Pág. Web AISS. 22/3/2010, artículo de fondo.

- En este contexto, se debería reflexionar sobre la aplicación de una estrategia que mejore la calidad del empleo y las condiciones de acceso a la cobertura de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes.
- Aquellos países identificados como de inmigración institucionalicen sus propios mercados de trabajo estacional, de modo tal que al momento de cumplir con los requisitos formales de edad y condición, aquellos trabajadores puedan acceder a los aportes al sistema realizados en los países de acogida.
- Es necesario contar con un instrumento de coordinación de legislaciones nacionales en materia de jubilaciones y pensiones que garantice los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, protegidos bajo los esquemas de seguridad social de los diferentes Estados que conforman la región.
- La globalización, el desigual desarrollo económico entre los países, los flujos migratorios relacionados directamente con el impacto social, económico y cultural, generan la necesidad de una política internacional de Seguridad Social y la consiguiente celebración de convenios con el objeto de proteger los derechos de los ciudadanos, y facilitar la libertad de los mismos para elegir su lugar de trabajo y posibilitar que puedan ser cubiertos, ellos y sus familias desde la perspectiva de la Seguridad Social.
- Deben establecerse acuerdos u otros instrumentos internacionales o multilaterales recíprocos para coordinar o armonizar los planes de Seguridad Social contributivos para los trabajadores migratorios, en cuanto a los trabajadores que temporalmente desarrollan su oficio en otros países, debiendo estar protegidos por el Sistema de Seguridad Social de su país de origen y por el de acogida.
- También es conveniente la celebración de Acuerdos internacionales, en los que se proponga la transferibilidad de los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, sea en adquirir y mantener derechos previsionales en el caso de movilidad laboral, mediante la transferencia de capitales que represente los derechos de pensión adquiridos desde un régimen a otro. De esta manera se procuraría que los migrantes se beneficien de esos acuerdos a fin de que las prestaciones de los países de acogida o de origen, no provoquen pérdidas de prestaciones para el inmigrante temporal.
- El desafío es administrar la migración de manera tal que pueda servir de impulso para el crecimiento y prosperidad de los países de origen y destino, y al mismo tiempo proteja a los trabajadores migrantes y sea conveniente para ellos.
- Resulta imprescindible la conclusión de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales que permitan a los trabajadores migrantes tener acceso a cobertura y a ventajas en materia de Seguridad Social así como a la transferibilidad de los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social. Sea por las migraciones y trabajos profesionales en el extranjero o por los riesgos sociales del trabajo en el extranjero y a sus diferentes sistemas, atento a facilitar la libertad de los ciudadanos para elegir el lugar de trabajo;
- Son los Estados los llamados a adoptar medidas y políticas comunes para facilitar la convergencia, coordinación o la armonización en materia de derechos previsionales de los trabajadores migrantes, lo cual implica la

decisión de proteger los derechos de los trabajadores permanentes, transitorios y estacionales

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AISS “Accesibilidad y extensión de la cobertura de la Seguridad Social”, ver Pág. Web AISS. 22/3/2010, artículo de fondo.
- AISS “La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Seguridad Social” Pág. Web AISS 8/12/2008, artículo de fondo.
- AISS “Nueva Oficina de la AISS en la Argentina para mejorar la colaboración regional” 5/4/2010.
- AISS 2007 “Evolución y Tendencias: Una Seguridad Social dinámica” Ginebra, Asociación Internacional de la Seguridad Social WWW. Issa. int./esl.
- AISS 2010 “Una seguridad social dinámica para las Américas: cohesión social y diversidad institucional” Evolución y Tendencias.
- Arrighi Walter O. y Conte Grand Alfredo H. “Mantenimiento de Derechos de Trabajadores con aportes a diferentes regímenes previsionales. Reciprocidad de Trato”, Revista Jubilaciones y Pensiones.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, “Observaciones General, Derecho de la Seguridad Social”, Corte Suprema Justicia de la Nación República Argentina, Investigación de Derecho Comparado, 3 (2007).
- Conte Grand Alfredo H “Una Seguridad Social digna para los trabajadores migrantes” AISS Conferencia Regional Americana, Belice City, Belice 28/31 de Mayo de 2006.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Investigación de Derecho Comparado, 3 (2007) “Observaciones y recomendaciones generales de los Comités de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos” pagina 571 y ss.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Investigación de Derecho Comparado, 1-2 (2008), “Seguridad Social. Extranjeros. Jubilaciones y Pensiones”, Paginas 131 y ss.
- Etala Carlos Alberto, “Derecho de la Seguridad Social”, ED. Astrea. 2° ed. 2002.
- Fayt Carlos S. “Evolución de los Derechos Sociales: del reconocimiento a la exigibilidad”, Edición La Ley 2007.
- Maffei Lilia Mabel “Derechos Humanos y Seguridad Social “XV Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Informe Nacional de Argentina Septiembre 1997.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social República Argentina. “Memoria sobre el art. 4° de la Declaración Socio-laboral sobre derechos de los trabajadores migrantes y fronterizos” Año 2002.
- Pagani Mario “Protección de los trabajadores migrantes” WWW. blog.cofrepres.org.ar 23/8/2008.
- Pagani Mario “Reciprocidad: objeto jurídico no identificado (OJNI)” Revista Jubilaciones y Pensiones Año 15, N°85.
- Wouter van Ginneken “Extensión de la cobertura de la Seguridad Social: examen de datos recientes”, Revista Internacional de Seguridad Social, Volumen 63, 1/2010.