



## La protección familiar por causa de hijo a cargo en el concierto internacional y social comunitario\*

### FAMILY PROTECTION DUE TO A DEPENDENT CHILD IN THE INTERNATIONAL AND SOCIAL COMMUNITY CONCERT

**Fernando Moreno de Vega y Lomo**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Salamanca

femove@usal.es 0000-0002-2597-1351

Recibido: 13.09.2021. Aceptado: 22.11.2021

#### RESUMEN

Es un hecho cierto el que la proximidad de la digitalización obligará a muchos trabajadores a migrar a otros Estados en busca de un futuro mejor. Al amparo de este derecho humano, hay que incluir también a la familia de quien se desplaza. El presente trabajo, propone una reflexión actualizada sobre la protección de los hijos a cargo en este escenario, y ello tomando en consideración tanto el Derecho Social de la Unión Europea como los vínculos jurídicos con una buena parte de Estados del entorno geopolítico iberoamericano.

#### ABSTRACT

It is a certain fact that the proximity of digitization will force many workers to migrate to other States in search of a better future. Under the protection of this human right, the family of those who are displaced must also be included. This work proposes an updated reflection on the protection of dependent children in this stage, and this taking into consideration both the Social Law of the European Union as well as the legal ties with a good part of the States of the Iberoamerican geographic and political environment.

#### PALABRAS CLAVE

Migración  
Familia  
Protección social por hijo a cargo

#### KEYWORDS

Migration  
Family  
Social protection for dependent children

\* La presente colaboración es una versión ampliada de la ponencia que bajo el título “Prestaciones familiares, Derecho de la Unión Europea y Convenio Iberoamericano de Seguridad Social” fue presentada en el Congreso Internacional “La protección social y coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamericana: los desafíos del Brexit y el pilar europeo de derechos sociales”, celebrado en Cádiz, en fecha 28 de junio de 2021. Esta publicación es parte de la ayuda (RED2018-102408-T) financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA FAMILIA COMO OBJETO DE TUTELA
- III. LA NOTORIEDAD DEL DERECHO A LA MIGRACIÓN
- IV. EL SENTIDO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA PRÁCTICA MIGRATORIA Y TUTIVA DE LA FAMILIA
- V. EL REGLAMENTO (CE) 883/2002 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL
- VI. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL
- VII. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS BILATERALES
  - A. El campo de aplicación objetivo
  - B. El principio de exportación de prestaciones y su influencia en la materia
  - C. El desplazamiento transnacional
- VIII. CONCLUSIONES  
Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

Emerge como un hecho indubitado el que, a día de hoy, nos hallamos en un ciclo vital en el que, cada vez con mayor evidencia, se aprecia una escasez de puestos de trabajo tal y como hasta ahora los habíamos venido conociendo. Como un elemento clave de incidencia para esta metamorfosis, la coexistencia de ciertos acontecimientos pretéritos, como la crisis financiera global que despunta a finales de la primera década del siglo XXI, con otros futuros, por no decir ya presentes, como la cuarta revolución industrial. Pues bien, este escenario permite reflexionar con fundamento en una triple proposición temática:

1. Desde un punto de vista jurídico laboral, se reactiva de manera destacada la conveniencia, en según qué casos la necesidad, de que el individuo, más específicamente el trabajador, abandone su Estado de origen o, al menos de nacionalidad, en la legítima búsqueda de un mejor empleo. En otras palabras, el derecho a la migración está por alcanzar más visibilidad y eficacia que nunca.
2. Aunque el trabajador se desplace por causa profesional a otro Estado miembro de una concreta comunidad internacional, ha de continuar siendo beneficiario de una protección social indisolublemente vinculada a su condición de profesional, autónomo o dependiente, mas ¿la de su Estado de origen o la del lugar de trabajo?
3. Sobre la esencia de este último planteamiento, hay que traer a colación la perspectiva más sociológica conforme a la cual, en ocasiones, el trabajador no es solo él mismo, o él solo, sino también su familia<sup>1</sup>. De hecho, esta visión más generalizante desde el punto de vista subjetivo, es uno de los pilares funda-

1. Para un estudio más detallado sobre la notoriedad que en nuestro ordenamiento ostenta la familia en tanto bien jurídico constitucionalmente protegible, *vid.*, Moreno de Vega y Lomo, F: "La convivencia de prestaciones públicas en el escenario social de la unidad familiar", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018, pp. 314 y 315.

mentales en orden al estímulo de la libre circulación de trabajadores en que se sustenta la anteriormente comentada movilidad transnacional.

Llegados a este punto, es ya el momento de intentar coser estos tres grandes perfiles de contenido social y normativo como causa del estudio que se propone. Cuando un ciudadano, que además disfruta de la condición de trabajador, se ve en la tesitura, voluntaria u obligada, de cambiar de Estado al efecto de la práctica profesional, es titular de un derecho a verse protegido frente a todas aquellas contingencias que pudiera sufrir en la ejecución de su labor, y ello, cabe reiterar, ya sea de manera autónoma o en régimen de dependencia. Aquí es donde juega su papel la Seguridad Social. Ahora bien, de igual manera es conocido que esta rama autónoma del ordenamiento jurídico extiende su campo de influencia a todas aquellas personas que acompañan al trabajador puesto que, con arraigo en el Derecho común, conforman una estructura familiar. Pues bien, dentro de ésta, una atención especial merecen los hijos, ya que no sólo encarnan la esencia de la consanguinidad en un linaje sino que, además y desde una perspectiva jurídico laboral, pueden actuar como el sujeto causante de ciertas contingencias, de criterio cualitativamente económico y cuantitativamente gravoso, que pueden terminar repercutiendo a modo de tortuoso desequilibrio contra el ascendiente, el trabajador, y la unidad familiar en su conjunto<sup>2</sup>.

Así las cosas, queda acreditada de manera harto suficiente la necesidad de proteger tanto el Derecho de Familia, como el Derecho de la Seguridad Social y, por supuesto, el poder a la migración internacional. La pregunta es: ¿cómo está a día de hoy el estado de la cuestión, bajo el auspicio de una perspectiva internacional y comparada, cuando se sitúa el punto de inflexión en una variante temática de cobertura tan vidriosa como es la atinente al hijo a cargo?

## II. LA FAMILIA COMO OBJETO DE TUTELA

Iniciamos nuestra argumentación con una presentación de esta institución clave que parte desde su misma semántica. El cometido pasa por tratar de acreditar el por qué nos posicionamos ante la estructura social y civilista sobre la que el ser humano apoya, de manera preferente o prioritaria, su realidad existencial, circunstancia esta que, por su extraordinaria notoriedad, va a actuar como el germen para su ulterior toma en consideración por el Derecho, en tanto canalización normativa de una específica realidad social.

Partiendo, así pues, nuestra acometida desde los cimientos que representan las siempre complicadas propuestas conceptuales, hay que decir que de las múltiples

---

2. Un análisis más detallado sobre la semántica de este concepto jurídico en el más específico escenario de protección social que es objeto de investigación, *vid.*, Gorelli Hernández, J.: "Paleontología jurídica: las prestaciones por hijo a cargo (un resbaladizo fósil viviente). Su delimitación en base a las cargas familiares", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018, pp. 44-46, así como Valdeolivas García, Y.: "Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar", *Temas Laborales*, núm. 84, 2004, pp. 46-50.

definiciones que sobre el vocablo familia ofrece el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, interesa centrar el punto de atención, siempre a los efectos directamente interesados del presente estudio, en aquellas que se ubican en los tres primeros cardinales. A tenor del ya mencionado carácter selectivo y por la notoriedad que ello amerita, se reproducen a continuación bajo tenor literal:

1. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.
2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.
3. Hijos o descendencia.

La primera de las acepciones ofrece carta de naturaleza a aquello que en el párrafo inicial de este mismo apartado se describía al cobijo de lo que cabría considerar una especie de cultura general y que, de esta guisa, adquiere un reconocimiento oficial. Esa composición civil en la que, de manera sensiblemente intencionada, elegida, se ha venido desarrollando, madurando, el ser humano. Puede considerarse, así las cosas y sin temor al equívoco, como el vértice de la pirámide en la Sociología del individuo.

La segunda referencia, a simple vista muy similar, deja entrever no obstante y al albur de una exégesis más detallista, un presupuesto diferencial que habrá de conferir todo su juego en la causa y contenido de este trabajo. Me refiero a la exceptuación del condicionante sobre la convivencia física que sí proclama la propuesta inicial. En fin, podríamos considerar, por el momento, que el mencionado elemento interpretativo extiende de manera decidida las opciones de que exista un grupo familiar y, por ende, la conveniencia de su protección.

Finalmente, y de manera más que evidente, la tercera de las significaciones refuerza su causa sobre el factor subjetivo, más concretamente el hijo. Si bien resulta obvio que, culturalmente hablando, son bastantes las relaciones de parentesco, consanguíneo o afín, que pueden entrelazar la superficie de la institución, no deviene menos cierto que la figura del descendiente viene a erigirse en el núcleo de referencia sobre el que pivota la función social de la familia, léase la protección recíproca entre los miembros que forman parte de la misma.

Arribamos, pues, a un primer gran punto de inflexión. Si algo debemos tener meridianamente claro en la fase inicial en la que nos hallamos, es que la familia ha sido y continúa siéndolo una de las principales manifestaciones de realidad social y humana. Convengo con estudiosos de la materia en que el modelo estructural sobre el que tradicionalmente se ha venido asentando está en crisis<sup>3</sup> ante la efervescencia de nuevas manifestaciones, no obstante y, de seguro, se presenta como un elemento que, más allá de formalidades o tradicionalismos, ha de ser conservado y convenientemente protegido como símbolo de la lucha y, particularmente, de la cobertura de todo aquello que rodea a la integridad física y moral del ser humano.

3. Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Las prestaciones familiares; ese pariente pobre de la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 6, 2016, p. 14.

### III. LA NOTORIEDAD DEL DERECHO A LA MIGRACIÓN

Partiendo una vez más de la semántica más esencial que oferta la Real Academia Española de la Lengua, el significado de este sustantivo que más y mejor se adapta a nuestra propuesta para el estudio, es el siguiente: “Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”.

De entrada y en base a los dictados de una primera interpretación, bastante superficial todo sea dicho, ya resulta factible advertir varios de los presupuestos para el análisis que fueron por mi parte aderezados en la introducción de este trabajo. Sin ir más lejos, la centralización de la incidencia subjetiva en la figura unilateral o colectiva que bien puede materializar una estructura familiar, así como la referencia a las causas económicas que pueden sugerir el tránsito y, entre las cuales, a buen seguro merece un lugar destacado la práctica de una tarea profesional.

La migración es un *modus operandi* del ser humano que, acorde a una dimensión temporal, muestra su presencia desde hace siglos y es que, a tenor de una perspectiva de superficie geopolítica, reviste un grado de influencia global. Tratando de acotar el campo de estudio y tomando para ello el punto de partida que representa el siglo XX, son varias las causas y por tanto los episodios de migración que se vienen sucediendo:

1. La primera mitad del siglo XX, viene acotada por dos acontecimientos de devastadoras consecuencias cuales son sendas guerras mundiales. El movimiento transnacional viene así justificado en una huida del desastre, sea cual sea el prisma desde el que se quiera mirar. El único postulado, se sustenta en la búsqueda de un nuevo lugar en el que, simplemente, poder vivir con dignidad.
2. La segunda fracción de la centuria mencionada y de manera claramente informada por los perniciosos efectos del segundo periodo bélico, salta a la palestra la causa económica como el justificante del tráfico. El individuo, siempre condicionado a trabajar, se ve ahora más que nunca en la siempre ardua deliberación de abandono de su Estado de nacimiento o nacionalidad en pro de una ocupación profesional que le permita obtener el sustento suficiente para la cobertura de las necesidades básicas, entiéndase tanto de las propias como, por irradiación, de las que subyacen a cuantos con él dan crédito a una estructura familiar.
3. Finalmente, ya inmersos en la tercera década del siglo XXI, es lo que podríamos identificar como una tendencia de futuro, sin olvidar las secuelas que aún colean de la crisis financiera, la que marca el discurrir de la migración. No otra, en igual medida contemplada en el prefacio, que la era de la digitalización. Efectivamente, desde la eclosión hace ya varias décadas de las nuevas tecnologías en información y comunicación, son ya muchas las voces autorizadas que alertan de aquello que han coincidido en identificar como la cuarta revolución industrial, no en vano encarna ese hasta cierto punto preocupante decorado en el que más que probablemente se vean mermados



de manera drástica los puestos de trabajo en favor de las personas físicas en línea inversamente proporcional a su cada vez más alto y exigente grado de especialización. En fin, una movilidad transnacional de manera preocupantemente sostenida sobre la fuga de talentos, sobre la competencia que habrá de generar la ley del más fuerte.

Así las cosas, resulta fácil el acreditar que la migración es un fenómeno cualitativa-mente vital y cuantitativamente mundial que, no obstante, va evolucionando y adaptándose a las necesidades del ser humano y de su entorno más cercano. Ello es lo que, sin duda y desde un primer momento, ha obrado como la esencia para que este proceso haya llegado a ser catalogado de derecho humano y, a modo de causa y efecto, haya condicionado a los diferentes sujetos de Derecho internacional a procurar su institucionalización, de corte político y por supuesto jurídico. Deviene, pues, como definitivamente oficializado, el postulado de que está en juego la tutela no sólo del individuo sino también de su familia.

#### **IV. EL SENTIDO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA PRÁCTICA MIGRATORIA Y TUTIVA DE LA FAMILIA**

Más allá de que, dogmáticamente hablando, la causa del expediente migratorio pueda quedar asentada en motivos económicos o de tinte social, es igualmente comprobable, recurriendo a la empírica, que la motivación por la que mayoritariamente se justifican la mayoría de movimientos transnacionales desde hace décadas es la del empleo profesional, la jurídico laboral, y ello ya sea en orden de dependencia o de autonomía. Pues bien, a este respecto no se puede dejar de llamar la atención en orden a dos consideraciones capitales:

1. Un trabajador es tal no tanto o no sólo por el hecho de trabajar, que evidentemente ya dice mucho a favor, sino y sobre todo por la premisa de poder ejecutar ese quehacer en un marco de garantías interdisciplinarias. Entre ellas y a los efectos de nuestro estudio, juega un papel destacado la Seguridad Social frente a todas aquellas contingencias que, de manera prioritaria pero no exclusiva, pueden sobrevenir en el cumplimiento de una prestación profesional por obra o servicio.
2. El talante tuitivo que acaba de ser presentado, no se circunscribe al directamente protagonista de la mencionada labor, al trabajador, sino que también cubre a quienes, por razones de parentesco, generalmente con él conviven y de él dependen: sus familiares. He aquí, precisamente, uno de los más destacables argumentarios para defender la autonomía del Derecho de la Seguridad Social respecto al Derecho del Trabajo, léase su más amplio abanico en cuanto al sujeto pasivo beneficiario de cobertura hace referencia.

La lectura que cabe extraer de sendas consideraciones es que todo Estado democrático debe velar por la tutela de su ciudadanía y, de manera subrayada, de sus profesionales y sus familias pues, en ocasiones, las contingencias que azotan en este espectro no tienen origen en un riesgo específico o profesional como, a modo de exponente, las relaciones materno-paterno filial o la ruptura de una relación de dependencia por causa de muerte y supervivencia. Pero, además, no solo se ampara en los dictados de la lógica sino también en los de la expectativa jurídico normativa el que los sujetos de Derecho internacional no puedan quedar anclados en sus propias fronteras administrativas. Deben ser capaces no sólo de interactuar unos con otros, sino además de lograr resultados en términos de protección a sus ciudadanos, si bien extramuros al propio criterio de la nacionalidad.

Así se encargan de resaltarlos destacados estudiosos de la materia. La Seguridad Social no es una mera expectativa, sino un poder en régimen de latencia que, precisamente por ello, siempre está ahí, aunque en ocasiones no se exteriorice<sup>4</sup>.

## V. EL REGLAMENTO (CE) 883/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

En lo que hace referencia a la perspectiva laboral y como resulta de sobra conocido a estas alturas de la película, la Unión Europea se asienta sobre un espíritu preponderantemente económico y, formando parte del mismo, acaso como el principal postulado, la libre circulación de trabajadores<sup>5</sup>, una prerrogativa que, en consecuencia, tiene una influencia directa sobre el estímulo a los flujos migratorios de carácter supranacional.

Desde el punto de vista de la Seguridad Social y siempre bajo el recordatorio de que un buen empleo se halla no sólo en ese poder de trabajo sino, además, en el hecho de verse amparado frente a todos aquellos riesgos que la práctica del mismo pudiera degenerar, el gran problema a este respecto, advertido ya por la doctrina especializada, es que el Derecho Social Comunitario deja en un segundo plano a esta opción de cobertura hasta el punto de que los designios sobre la misma se han de gobernar bajo el principio de coordinación, no de armonización, dándose lugar con ello a un trámite verdaderamente complejo por la heterogeneidad de los sistemas de cobertura domésticos y por la propia inexistencia de una definición que actúe de eje en cuanto al significado del mencionado postulado<sup>6</sup>.

4. Ruíz Moreno, A. G.: "La idea de los derechos latentes y de Seguridad Social, ante eventuales cambios legislativos. Una aproximación conceptual", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 8, 2009.

5. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012, p. 3.

6. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004", ob. cit., p. 2.

Llegados a este punto y al efecto de centralizar la atención en el plano de la tutela familiar, hay que presentar cómo se aborda esta causa en la principal norma de Derecho comunitario derivado que, a día de hoy, trata de gobernar la cuestión: el Reglamento 883/2004.

La primera mención sobre la que es necesario llamar la atención es la atinente a la tipología de prestaciones familiares. En efecto y siguiendo la redacción literal del considerando núm. 34 de esta norma: “Habida cuenta de que las prestaciones familiares tienen un alcance muy amplio, al proteger tanto situaciones que se podrían calificar de clásicas como otras que se caracterizan por su especificidad (...)”.

Asimismo, y en aplicación del artículo 1 (apartado z) en cuanto a definiciones, y más concretamente respecto a prestaciones familiares: “Todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares, con exclusión de los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción mencionados en el anexo I”.

En interpretación sistemática de sendos parámetros normativos, se puede identificar, dentro de un interés familiar genérico y en el que tendría cabida la atención económica a las consecuencias que se derivan de aspectos como la natalidad y la mortalidad, aquel otro interés que trae origen en la contingencia que genera la atención a un hijo a cargo, no en vano ya ha sido destacada en este mismo trabajo la importancia del descendiente en la realidad social y jurídica de un linaje. Además, y para mayor precisión, recordar que, dentro del cupo o tipología de prestaciones encargadas de esta labor, no todas ellas estarán amparadas por los beneficios de un idéntico régimen operativo en base a lo preceptuado por el anteriormente transcrito artículo 1.z y ulteriormente confirmado por el apartado 2 del anexo II. En otras palabras, e identificada con nombre y apellidos al menos en lo que al ordenamiento español concierne, sólo la asignación económica de abono periódico y carácter indefinido es la que entra en el juego como prestación coordinada de Seguridad Social<sup>7</sup>, no así las prestaciones de pago único por filiación múltiple o en determinados tipos de unidades familiares.

Atendiendo a la composición e interpretación del Título I del Reglamento en materia de “Disposiciones Generales”, son dos los grandes principios sobre los que asentar el armazón:

- 1º. El principio de igualdad de trato<sup>8</sup>. Pensando en el miembro de la familia que es protagonista de la movilidad por causa profesional, el artículo 4 le garantiza el mismo trato que para los nacionales del Estado de recepción. Se trata, en fin, de la principal manifestación, al tiempo que garantía, de un tratamiento ecuánime con fundamento en el criterio de la territorialidad respecto a la prestación profesional.

7. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004”, ob. cit., p. 21.

8. Artículo 4 Reglamento 883/2004.



2º. El principio de supresión de cláusulas de residencia<sup>9</sup>. Nos posicionamos ante el presupuesto más cercano a aquello que cabría considerar como una exportación de prestaciones, esto es, la opción más clara para que los nacionales de un Estado que superan sus propias fronteras por motivos profesionales, puedan arrastrar en su propio viaje la legislación protectora del Estado del que son oriundos.

A continuación, y ya que se trata de principios rectores de la coordinación comunitaria, hay que determinar qué influencia pueden llegar a tener en cuanto a cobertura de intereses familiares por causa de hijo a cargo. A este respecto, el capítulo 8 del Reglamento estructura su contenido en dos pilares:

- 1º. El ideal de la extensión de tutela aun cuando el sujeto causante resida en el territorio de otro Estado miembro. Más adelante veremos que otras normas amplían el abanico, incluso, a terceros estados potencialmente implicados. El problema es, ¿qué ocurre cuando es este último sujeto el que se desplaza a otro Estado? Desde el punto de vista de la regulación de las prestaciones familiares, la tesitura se torna bastante complicada porque los Reglamentos comunitarios nunca han sido partidarios de la exportación de las mismas, porque y en lo que a la regulación española concierne, tienen carácter no contributivo, lo cual complica aún más el abordaje de la cuestión. Si a ello finalmente se le añade la ausencia de un concepto normativo de coordinación y la crisis en la materia del principio de legislación única por cuanto es factible el cobro de prestaciones familiares en varios Estados, entenderemos por qué la cuestión reviste tanta complejidad.
- 2º. El postulado de no acúmulo para, de este modo y llegado el caso, evitar el solapamiento de prestaciones que provienen de idéntica causa<sup>10</sup>. No obstante, ha sido criticado porque al parecer puede conllevar a desincentivar la corresponsabilidad en la crianza de un hijo.

En fin, cierto es que el Reglamento 883/2004 contempla la protección familiar, básicamente y como acabamos de interpretar de su Capítulo octavo<sup>11</sup>. Sin embargo, no es particularmente eficaz, productivo, en la materia que al estudio se somete. De hecho y desde hace ya prácticamente una década, esta circunstancia –a buen seguro

9. Artículo 7 Reglamento 883/2004.

10. En torno a las dificultades que a día de hoy puede llegar a generar la debida interpretación de la causa en una prestación de Seguridad Social, *vid.*, Moreno de Vega y Lomo, F: "La causa de la pensión y la estructura del modelo en el punto de mira de la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social", en AA.VV.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 315 y ss., así como "La protección familiar por causa de hijo a cargo. Una interpretación sistemática entre el sistema español de Seguridad Social y el de los Estados del cono sur hispanoamericano", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 27, 2018, p. 161.

11. Un estudio detallado del mismo en Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004", *ob. cit.*, y en Almendros González, M. Á.: "La reforma de la coordinación de las prestaciones familiares de Seguridad Social como respuesta a los cambios políticos y económicos en la Unión Europea", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

entre otras- anima a estudiosos de la doctrina en la apuesta por el principio de armonización<sup>12</sup>. Tan es así la dificultad de coordinar sobre tutela familiar que el último documento de trabajo propuesto por la Comisión Europea no es portador ya de este perfil temático y normativo<sup>13</sup>.

## VI. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Esta expresión normativa es fruto de la maniobra promotora de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social y la Secretaría General Iberoamericana. Pasa a disfrutar carácter oficial mediante su aprobación en fecha de 10 de noviembre de 2007 y, como expresamente lanza la Organización Iberoamericana, nos hallamos ante el primer texto internacional que en el espacio geopolítico iberoamericano protege a trabajadores migrantes y a sus familias<sup>14</sup>.

Como prueba de esta declaración de intenciones, y ya de paso como nexo de conexión con nuestra propuesta de estudio, es en los párrafos primero, tercero, quinto y sexto de su exposición de motivos donde aparecen nítidamente delimitados los tres vértices que, de manera imaginaria, conforme la superficie del triángulo: Seguridad Social, movilidad transnacional y atención a la familia.

En lo que hace referencia a la Seguridad Social, el CMISS se expresa en los siguientes términos: "Considerando que el trabajo es uno de los factores esenciales en el fortalecimiento de la cohesión social de las naciones y que las condiciones de Seguridad Social tienen una dimensión muy importante en el desarrollo del trabajo decente".

Como se puede advertir, la fórmula empleada es paralela a la del Reglamento 883/2004, esto es, utilizar el empleo como elemento vehicular y a la Seguridad Social como un complemento necesario al mismo. Además, introduce el concepto de trabajo decente, un calificativo ligado a muy importantes expresiones normativas del Derecho internacional pero que, sin embargo, no consta en la propuesta de Derecho social comunitario derivado.

Por lo que respecta al régimen de movilidad transnacional y vinculado ello a que el proceso de globalización conlleva nuevas y complejas relaciones entre los Estados, el CMISS declara que: "Reconociendo que este proceso, tanto a escala global como a nivel regional, conlleva en el ámbito socio-laboral una mayor movilidad de personas entre los diferentes Estados".

12. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004", ob. cit., p. 22.

13. Almendros González, M. Á.: "La reforma de la coordinación de las prestaciones familiares de Seguridad Social como respuesta a los cambios políticos y económicos en la Unión Europea", ob. cit., p. 156.

14. Un estudio más detallado sobre la intrahistoria y la sucesión de acontecimientos que en su día culminaron mediante la promulgación del CMISS en Sierra Benítez, E. M.: "Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en AA.VV.: *Protección Social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 83-88.

A destacar, sin duda alguna, la utilización del sustantivo personas. En efecto, si bien todo trabajador/a es una persona, no toda persona es un trabajador/a, lo cual permite constatar que este Convenio no viene a ocuparse en exclusiva de quien es protagonista de una actividad profesional sino también de su familia. No obstante y junto a este planteamiento interpretativo, otros representantes de la doctrina lo enmarcan en el contexto diferencial respecto a las personas nacionales que prevé el Reglamento 883/2004, si bien terminan concluyendo que este criterio de la nacionalidad no tiene mayor influencia en ninguna de las normas en tanto se haga referencia a un patrón de migración legal<sup>15</sup>.

Finalmente, y por lo que concierne al tratamiento, precisamente, del aspecto familiar, el CMISS da cuenta no ya en uno sino en dos de los párrafos de su declaración de intenciones a: "(...) garantizar la igualdad de trato y los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores migrantes y de las personas dependientes de ellos". "(...) contar con un instrumento de coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones que garantice los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias (...)".

Presentado de este modo el prefacio de la norma, acontece, sin embargo y una vez analizado el texto del CMISS, que nos habremos de topar con una realidad jurídica que difiere sustancialmente de lo que en su día pudo considerarse una ya mencionada declaración de intenciones sobre la temática, siempre bajo el amparo del principio de coordinación de sistemas de Seguridad Social de los Estados firmantes o adheridos. Los motivos, pueden sintetizarse en dos:

- 1º. El CMISS deja fuera de su campo de aplicación material al entramado de cobertura no contributivo. Tanto en interpretación *sensu contrario* del artículo 3.2 CMISS y que promueve la toma en consideración de los regímenes contributivos, como mediante la ulterior aseveración directa del artículo 3.4 en orden a la exceptuación del conglomerado asistencial, la solución es única y decididamente clara. Sin mayor justificación de orden normativo, pudiera desprenderse –según doctrina especializada<sup>16</sup>– que esta decisión esté apoyada en el sempiterno asunto –y problema– de la financiación, esto es, tomar como objeto de regulación aquellos instrumentos de tutela que se sufraguen, única y exclusivamente, a través de aportaciones privadas mediante cotizaciones sociales.

Como opinión personal, y sobre todo crítica, la apuesta es arriesgada por cuanto no están perfectamente delimitadas las líneas de separación entre los diferentes modelos de financiación. En efecto, cabe recordar que el nivel contributivo o profesional se sustenta también, al menos en el sistema español, vía cotizaciones sociales junto a la inyección pública a través de los Presu-

15. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sinopsis del reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en AA.VV.: *El derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 186 y 187.

16. Por todos, Sierra Benítez, E. M.: "Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", ob. cit., p. 95.

puestos Generales del Estado. Es más, no podemos dejar pasar el hecho de que hay trabajadores que, ya sea por salarios bajos, ya sea por desarrollo de actividad a tiempo parcial, cotizan, sí, pero no en el montante suficiente como para superar el listón de carencia mínima, ante según qué prestación o prestaciones, dentro del nivel contributivo de cobertura.

En consecuencia, se trata de una opción lícita pero que debe estar muy bien fundamentada y operativamente cerrada, de lo contrario se resienten en demasía los visos de eficacia de este CMISS, el cual, recordemos, es directamente aplicable ante la ausencia de regulación bilateral entre Estados o incluso, aun concurriendo ésta, cuando resulte menos favorable a lo estipulado por el propio CMISS. Sea como fuere, estudiosos en la materia afirman que las limitaciones en el campo de aplicación material del CMISS no han de ser impedimento para, a largo plazo, conseguir una mayor protección de los trabajadores migrantes<sup>17</sup>.

- 2º. De manera si cabe mucho más contundente –acaso y por ello reservado para el final– el argumento a tenor del cual el CMISS excluye de su ámbito de tratamiento a las prestaciones familiares, entendiendo por tal el entramado de tutela más específico que hace referencia a la contingencia de tener hijos a cargo. A este respecto, deviene inevitable una comparativa con el Reglamento 883/2004.

Como ya es conocido, la norma del acervo social comunitario derivado es un producto emanado por la cesión de soberanía de los Estados parte, directamente aplicable y que contiene un Capítulo 8 en el que, en mayor o menor medida, se aborda la temática.

Por su parte, el CMISS tiene rango de Tratado internacional, que emana de una institución a la que se adhieren los miembros que así lo soliciten, pero donde no hay un tratamiento específico sobre la internacionalización de la familia.

Sea como fuere, si un denominador común presentan, esa es la causa que los promueve, esto es, el intento de aproximar y equilibrar las legislaciones domésticas de los Estados que forman parte de la confederación europea o de la comunidad iberoamericana para hacer más fácil la migración internacional, y con origen profesional, entre su propios ciudadanos, movilidad profesional o libre circulación en la que juega un papel muy destacado no sólo quien trabaja sino también su familia, como sin ir más lejos queda acreditado en el artículo 2 de sendas propuestas jurídicas.

Retomando, para de este modo finalizar, la problemática sobre la exégesis del CMISS que se analiza en este epígrafe, el por qué no toma en consideración esta expresión normativa el interés familiar por hijo a cargo representa una declaración de

---

17. Sierra Benítez, E. M.: “Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, ob. cit., p. 97.



hechos ciertamente llamativa y, sobre todo, peyorativa. Ciertamente es que el propio Tratado contempla un principio básico para la interpretación futura de ésta u otras materias en base a la experiencia que su aplicación en el tiempo haya podido ir generando, pero ello no oculta que, respetando al máximo el interés de quienes originariamente trabajaron en el proyecto, podamos estar ante un error de base y en origen.

## VII. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS BILATERALES

La deriva de informaciones hasta el momento reseñadas, nos hace colocarnos en el *a priori* escenario más complicado. No hay una mínima acometida en favor de la coordinación de ordenamientos domésticos en Iberoamérica al respecto de la protección familiar por causa de hijo a cargo cuando se produce una movilidad transnacional. Ahora bien, el hecho de que el CMISS decidiera, en su momento, no tomar cartas en el asunto, no cierra las puertas a que los propios sujetos del Derecho internacional – incluyendo España en tanto parte firmante del Tratado– tengan algo que decir gracias al arma de sus relaciones bilaterales, opción respecto a la que se ofrecen cuentas a partir de este momento.

Once son los Estados de la comunidad iberoamericana con los que España tiene rubricado un convenio bilateral en materia de Seguridad Social. De entrada, hay que decir que hay hasta cinco de tales acuerdos que no prevén estipulación alguna en materia de prestaciones familiares por hijo a cargo, y no lo hacen porque sendas partes signatarias así lo determinan. Tales son los pactos con Argentina<sup>18</sup>, Colombia, Ecuador, México y Venezuela. Así las cosas, el estudio se ha de centrar en aquellos restantes tratados, hasta seis, que sí contemplan tal oferta tuitiva, léase Brasil, Chile<sup>19</sup>, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay<sup>20</sup>.

El estudio, habrá de fundamentarse en tres parámetros de investigación:

1. La oferta, unilateral o bidireccional, respecto a la causa familiar por hijo a cargo en el ámbito de afectación material de la norma.
2. La supresión de la cláusula de residencia y las excepciones, en su caso, a su régimen operativo.
3. La figura del desplazamiento transnacional, a modo de reserva en el juego de la prohibición de exportación de prestaciones no contributivas.

18. Un estudio más específico de este Convenio en Moreno de Vega y Lomo, F.: "La protección familiar por causa de hijo a cargo. Una interpretación sistemática entre el sistema español de Seguridad Social y el de los Estados del cono sur hispanoamericano", ob. cit., pp. 176-178.

19. *Ibíd.*, pp. 178-182.

20. Un análisis complementario a todo lo aportado en este trabajo en Moreno de Vega y Lomo, F.: "La protección familiar por causa de hijo a cargo. Una interpretación sistemática entre el sistema español de Seguridad Social y el de los Estados del cono sur hispanoamericano", ob. cit., pp. 182-184.



## A. El campo de aplicación objetivo

Aunque pueda resultar una perogrullada, si el objeto de análisis son convenios bilaterales es porque hay dos opiniones –ni más, ni tampoco menos– de sujetos del Derecho internacional. El punto de inflexión se ubica, sin embargo, en que no siempre hay un interés mutuo en el perfilado de según qué centros de imputación temática, aspecto que se puede comprobar en el exponente ofertado en este trabajo. En otros términos, la contemplación unilateral o bilateral de las prestaciones familiares por hijo a cargo.

En lo que hace referencia al tratamiento doble, correlativo, son tan solo dos los representantes iberoamericanos que, junto al Estado español, contemplan el abordaje de estas prestaciones familiares. Se trata de Brasil y Chile.

Comenzando por el Estado del cono sur, mientras el Estado español incluye la referencia a prestaciones de protección familiar<sup>21</sup>, Chile, por su parte, escenifica las prestaciones familiares<sup>22</sup>. El interrogante es si la diferente sintaxis nos puede llevar a pensar que estamos ante distinta causa de protección familiar. La respuesta es decididamente negativa, esto es, estamos ante idéntico objeto de cobertura, más concretamente la semántica más estricta que enarbola la tutela por hijo a cargo, por cuanto la más amplia –quizá idénticos sujetos, pero en otras circunstancias– viene diferencialmente limitada por los sustantivos “maternidad” así como “muerte y supervivencia”<sup>23</sup> en España, y “maternidad” así como “sobrevivencia”<sup>24</sup> en Chile.

En relación al caso de Brasil, en principio surgía la duda de si la expresión “salario familiar”<sup>25</sup> cumple este cometido de protección que puede derivar de la tenencia de hijo a cargo. Consultado el ordenamiento brasileño y en particular la Ley 8.213 del año 1991 por la que se dispone sobre los planes de beneficios de la previsión social, se confirma que sí al tratarse de una prestación en favor de quien tenga hijos menores de catorce años de edad o inválidos y no supere según qué límite de ingresos económicos previstos en una determinada ordenanza. Quizá, y por proponer algún argumento para el debate, más razones para la duda podrían provenir del nombre de pila –que no del apellido– de esta formulación, léase *salario*, máxime cuando en España las prestaciones de la Seguridad Social no presentan tal consideración en la estructura del artículo 26 TRET. La incertidumbre se disipa desde el momento que es Brasil, y no España, el sujeto de Derecho internacional que propone dicha expresión lingüística.

Tomando la cara inversa de la moneda, esto es, en lo que hace referencia a los cuatro tratados restantes donde también se toman en consideración las prestaciones familiares por causa de hijo a cargo –tales son Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay– lo llamativo es que dicha contemplación se lleva a cabo en términos parciales, unilaterales para mayor exactitud, al ser tan solo el Estado español quien las

21. Artículo 2.1.A.d) del Convenio de 28 de enero de 1997.

22. Artículo 2.1.B.e) del Convenio de 28 de enero de 1997.

23. Artículo 2.1.A.a) y c), respectivamente, del Convenio de 28 de enero de 1997.

24. Artículo 2.1.B.b) y d), respectivamente, del Convenio de 28 de enero de 1997.

25. Artículo 2.1.B.i) del Convenio de 16 de mayo de 1991.

incorpora al juego<sup>26</sup>. No entramos ahora en el debate de si tales Estados no albergan la protección familiar por hijo a cargo o de si, aun haciéndolo, no son partidarios de incluirlas en un potencial tráfico internacional de sus súbditos quizá fundamentado ello en un problema de financiación de sus propios sistemas de Seguridad Social y la repercusión que sobre los mismos pueda acarrear un fuerte incremento de la política de emigración. Sea como fuere y ante la evidente imposibilidad de ofrecer una respuesta definitiva en relación a cada uno de los implicados, no deja de resultar llamativo el que, en una acción de acercamiento de propuestas al amparo de la mayor eficacia posible del principio de coordinación de sistemas de Seguridad Social, los propios suscriptores no sean capaces de ponerse de acuerdo en un cimiento temático tan básico como el de las causas a coordinar y, por ende, a proteger.

## B. El principio de exportación de prestaciones y su influencia en la materia

El presupuesto sobre supresión de cláusulas de residencia para, de este modo, tratar de facilitar con todas las garantías la libre circulación de trabajadores y sus familias, se halla contemplado en todos los tratados bilaterales que son objeto de examen<sup>27</sup>, una exportación que, cabe recordar, es aplicable incluso en supuestos de residencia en terceros países<sup>28</sup>. Así pues, nos hallamos ante la primera gran manifestación de lo que ha de ser una coordinación de ordenamientos domésticos y que, además, por el espíritu intrínseco que la preside, resulta digna de toda loa.

No obstante, la principal peculiaridad en el marco de estudio de esta prerrogativa que viene actuando como regla general, se encuentra en los posibles dictados especiales a su eficacia. Como exponente más representativo, las prestaciones no contributivas. La práctica comparada evidencia dos fórmulas para instrumentalizar la exención de las medidas tuitivas de corte asistencial respecto al presupuesto que ofrece rótulo a este apartado:

1. En relación a los convenios en los que sendos firmantes involucran su régimen de tutela familiar por hijo a cargo, hay un doble escenario a contemplar:
  - En el caso brasileño, se limita expresamente el campo material de acción a las prestaciones contributivas<sup>29</sup>.

26. Artículo 2.1.A.d) del Convenio de 24 de junio de 1998, Artículo 2.1.B.e) del Convenio de 16 de junio de 2003, Artículo 2.1.A.d) del Convenio de 1 de julio de 2004 y Artículo 2.1.A.c) del Convenio de 1 de diciembre de 1997, respectivamente.

27. Artículo 5.1 en los Convenios con Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, Artículo 6.1 en el Convenio con Perú y Artículo 7.1 en el Convenio con la República Dominicana.

28. Artículo 5.2 en los Convenios con Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, Artículo 6.3 en el Convenio con Perú y Artículo 7.3 en el Convenio con la República Dominicana.

29. Artículo 5 del Convenio de 16 de mayo de 1991.

- En el supuesto de Chile, no se hacen mayores especificaciones en la regla general del ámbito de afectación objetivo, pero, complementariamente, se añade una pauta especial de exclusión del nivel no contributivo<sup>30</sup>.

Por el momento, baste con dejar enunciadas sendas presentaciones. Más adelante será el momento de retomar su sentido y tratar de explicar por qué, quizá, debieran ser de otra manera. Ahora, es oportuno cerrar el círculo de esta primera fórmula incidiendo en las dudas razonables que genera la tipología de prestación familiar en juego, pues de ello depende el que pueda entrar en juego la operativa que es objeto de tratamiento. A este respecto, tres son las opciones a examinar:

- En lo que atiene a la propuesta española, no hay problema respecto a la interpretación por cuanto la asignación económica por causa de hijo a cargo es de nivel no contributivo y, por ende, excluida de las opciones de exportación.
- En el régimen chileno de prestaciones familiares, interesan particularmente dos: la “asignación familiar” (nivel profesional) y el “subsidio familiar” (nivel asistencial)<sup>31</sup>. Así las cosas, la asignación sí es exportable, no por el contrario el “subsidio”, luego estamos en un escenario de cobertura mixto en el que los ciudadanos chilenos en régimen de movilidad podrían optar a un percibo indefinido al no fundamentarse en una causa jurídica de traslado internacional.
- Por lo que concierne al convenio con Brasil, la mención específica al “salario familiar” se enmarca también en un régimen contributivo profesional, luego no quedarían al margen del efecto jurídico que representa la supresión de cláusulas de residencia.

Así pues, *in fine* podemos advertir la extraordinaria notoriedad que posé el identificar correctamente la prestación en cuestión en el modelo estructural de cada sistema estatal y es que, aunque la supresión de cláusula de residencia y la excepción respecto de la misma del nivel no contributivo sean generalizadas, no toda prestación familiar tiene carácter asistencial y, por tanto, admite un mayor tráfico en el concierto de la movilidad internacional. La prueba está en que estos dos convenios bilaterales presentados, ofrecen hasta tres posibilidades operativas.

2. En la selección de tratados donde es el Estado español el que aporta la regulación de manera unilateral, la fórmula es, en idéntica medida, dual:

30. Artículo 5.3 del Convenio de 28 de enero de 1997.

31. DFL n°150 por el que se fija el Texto refundido, Coordinado y Sistematizado de las normas sobre sistema único de prestaciones familiares y sistema de subsidios de cesantía para los trabajadores del sector privado y público contenidos en los Decretos Leyes n° 307 y 603, ambos de 1974.

- Nombrar expresamente las prestaciones de nivel contributivo en la determinación del campo objetivo de acción. Así se puede observar en los pactos con Paraguay y Perú<sup>32</sup>, pero que ya conocíamos respecto a la primera propuesta por el caso de Brasil.
- Limitar el ámbito expresamente al nivel contributivo mediante mención expresa de exclusión del nivel no contributivo, como cabe observar en los tratados con República Dominicana y Uruguay<sup>33</sup>, pero que no resulta desconocida por haber sido ya presentada respecto a Chile.

La pregunta, llegados a este punto, es ¿qué sentido tienen sendas fórmulas formalmente diferenciales?

Lo cierto es que ambas expresiones conducen a un mismo resultado, sin embargo y desde un punto de vista de la interpretación espiritual, parece que una tiene más peso, más agresividad en el talante decisorio. En efecto, el restringir de manera directa y específica el campo de acción material al nivel contributivo no es lo mismo que arbitrar una regla especial de exceptuación de nivel no contributivo que, por ende, actúa en régimen colateral respecto al efecto de la pauta general que materializa el principio de exportación. Además, la primera fórmula viene encuadrada sistemáticamente con anterioridad, pensando en el articulado, en todos los tratados que la acogen.

Así las cosas, entiendo y defiendo que en todas las propuestas bilaterales donde es el Estado español el que pone en juego este régimen de tutela, debería haber utilizado una fórmula directa de limitación al nivel contributivo antes que otra indirecta de exclusión del nivel asistencial, no sólo por la fuerza que imprime a la materialización jurídico-normativa de una determinada realidad social sino también, y coetáneamente, por un simple criterio formal de búsqueda de la uniformidad en la confección de los textos normativos.

### C. El desplazamiento transnacional

Tratando de ajustar al máximo esta teoría de círculos concéntricos y una vez analizados todos aquellos tratados que, al amparo de una u otra fórmula de las presentadas en el epígrafe que antecede, privan de su eficacia a las prestaciones de nivel no contributivo al exceptuarlas del postulado de exportación, el interrogante es el de saber si resta alguna opción para que los nacionales de los Estados suscriptores y en régimen de movilidad transnacional puedan optar al beneficio de prestaciones familiares por causa de hijo a cargo. La respuesta es afirmativa y la prerrogativa que la dota de contenido es el régimen de desplazamiento, el cual se ha de valorar tanto desde un punto de vista subjetivo como temporal.

32. Artículo 2 de los Convenios de 24 de junio de 1998 y de 16 de junio de 2003, respectivamente.

33. Artículo 7.2 del Convenio de 1 de julio de 2004 y Artículo 5.3 del Convenio de 1 de diciembre de 1997.



Acorde a la perspectiva del profesional que se desplaza, deviene preceptivo plantearse de inmediato si por tal hay que hacer referencia al trabajador en régimen de dependencia o si también abarca al trabajador autónomo. Como estamos abordando un tema de protección social, hay que resaltar que el Derecho de la Seguridad Social viene contando y amparando al trabajador autónomo desde hace bastante más tiempo que el Derecho del Trabajo, por tanto, no es de extrañar que en hasta cinco de los seis convenios bilaterales se incluyan sendos profesionales. En efecto, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y República Dominicana son exponentes de tal propuesta, en tanto que Uruguay se limita a la movilidad del trabajador dependiente. A mi modo de entender, es más defendible la postura de cuantos amparan también el trabajo autónomo y ello porque tales desarrollan una actividad profesional y productiva, esto es, porque son trabajadores antes de apellidarse autónomos o dependientes.

En lo que hace referencia al espacio temporal y aun siendo tan solo media docena, me permito insistir, los tratados bilaterales que en alguna medida contemplan la protección familiar por hijo a cargo, es donde podemos encontrar la mayor diversidad en cuanto a propuestas reguladoras, tantas, valga el dato, como acuerdos implicados. Expuestas conforme orden alfabético del sujeto de Derecho internacional integrante de la comunidad iberoamericana, las que a continuación se presentan:

1. Brasil<sup>34</sup>: estancia no superior a tres años o, en su caso, causa de sustitución de un trabajador que ha finalizado su régimen de movilidad. El periodo puede ser prorrogado hasta un máximo de dos años. Si se trata de un trabajador autónomo, el periodo de actividad no puede exceder de los dos años. Sin opción de prórroga.
2. Chile<sup>35</sup>: estancia no superior a tres años. Opción de prórroga en tanto la actividad a desarrollar no supere los dos años. Idéntico régimen en favor del trabajador autónomo.
3. Paraguay<sup>36</sup>: estancia no superior a veinticuatro meses en términos de sujeción a la legislación vigente. Opción de prórroga sin previsión de un cómputo temporal específico. Idéntico régimen en favor del trabajador autónomo.
4. Perú<sup>37</sup>: estancia no superior a dos años o, en su caso, causa de sustitución de un trabajador que ha finalizado su régimen de movilidad. El periodo puede ser prorrogado durante un año. Idéntico régimen para el trabajador autónomo.
5. República Dominicana<sup>38</sup>: estancia no superior a tres años o, en su caso, causa de sustitución de un trabajador que ha finalizado su régimen de movilidad. El periodo puede ser prorrogado durante dos años. Idéntico régimen para el trabajador autónomo.

34. Artículo 7 del Convenio de 16 de mayo de 1991.

35. Artículo 7 del Convenio de 28 de enero de 1997.

36. Artículo 7 del Convenio de 24 de junio de 1998.

37. Artículo 8 del Convenio de 16 de junio de 2003.

38. Artículo 9 del Convenio de 1 de julio de 2004.



6. Uruguay<sup>39</sup>: estancia no superior a veinticuatro meses en términos de duración de la actividad. Opción de prórroga sin previsión de un cómputo temporal específico. Sin previsiones de temporalidad respecto al trabajador autónomo por cuanto tal figura no viene contemplada en el régimen del desplazamiento transnacional.

Enunciadas las varias al tiempo que variadas ofertas, es obligado transitar hacia su análisis sistemático. Ello es lo que, a buen seguro, habrá de permitir el obtener una medida bastante aproximada en torno al mecano de la protección social familiar por causa de hijo a cargo en el concierto internacional que viene mediatizado por la visión geopolítica hispanoamericana.

En lo que hace referencia, en primer término, a la duración del desplazamiento originario, los convenios bilaterales se mueven entre un mínimo de dos años y un máximo de tres años. En apariencia, no hay ninguna razón de orden técnico jurídico para explicar por qué estos y no otros cardinales de cara a la institucionalización del margen temporal en cuestión. Simplemente cabe estimar que los Estados signatarios lo consideran un enclave razonable a lo largo del cual permitir el arrastre de su legislación tuitiva doméstica por efecto del principio o ley de la nacionalidad.

Sí podría llamar un tanto la atención, no obstante, la propuesta elegida por los convenios de Paraguay y Uruguay por cuanto la unidad de medición del tiempo que se propone es el mes y no el año<sup>40</sup>. En fin, creo que no va más allá de una simple expresión formal que seguramente traiga motivación, en términos de réplica, del artículo 12.1 Reglamento 883/2004, pero que no tiene mayor incidencia desde el punto de vista del fondo de la cuestión al coincidir con la extensión de dos anualidades.

En todo caso y quizá en la pretensión de rizar el rizo, el tratado con Paraguay es particularmente llamativo al no asociar esa duración máxima de veinticuatro meses al trabajo a desarrollar propiamente dicho, sino en términos de sujeción a la legislación de la parte contratante de origen, prerrogativa jurídica que, recordemos, puede cumplirse durante la práctica activa de un trabajo, o no, lo cual genera la duda de si el periodo de actividad profesional que motiva el desplazamiento ha de cumplirse de forma continuada o, por el contrario, no es obligatorio. Me inclino por pensar en favor de la primera tesis por cuanto en ningún momento se trae a colación un segundo periodo temporal que actúe a modo de escenario marco. Sea como fuere, más que seguramente el espíritu del texto normativo es el mismo que el del resto de los tratados, pero se confirma que el empleo de una determinada terminología puede terminar generando problemas interpretativos.

Finalmente, y sin abandonar el escenario del desplazamiento en origen, reseñar la mención específica que incluyen ciertos tratados, concretamente los suscritos con Brasil, Perú y la República Dominicana<sup>41</sup>, y que atiende no tanto a la duración del

39. Artículo 7 del Convenio de 1 de diciembre de 1997.

40. Artículo 7.1.1º del Convenio de 24 de junio de 1998 y Artículo 7.1.a) del Convenio de 1 de diciembre de 1997, respectivamente.

41. Artículo 7.1 del Convenio de 16 de mayo de 1991, Artículo 8.1.a) del Convenio de 16 de junio de 2003 y Artí-

éxodo sino a la causa de éste, más concretamente, el hecho de sustituir a un trabajador que acaba de finalizar su actividad. El principal razonamiento que pudiera acreditar este tipo de previsión, es el de tratar de evitar un recurso fraudulento a la figura que mediante el encadenamiento abusivo de desplazamientos transnacionales pudiera servir a la dinámica operativa de muchas estructuras productivas a costa de los Presupuestos Generales del Estado. En fin, tiene sentido una previsión como la recién comentada a modo de mecanismo de control en un nivel de protección social tan vidrioso como es el no contributivo, sin embargo, lo que ya no obtiene tanta correspondencia es por qué sólo tres de los seis tratados que conforman nuestra base de estudio la contemplan.

En lo que concierne, en segundo lugar, a la posibilidad de prórroga y, por tanto, de extensión del disfrute de la cobertura familiar por causa de hijo a cargo al amparo de la legislación del Estado parte del que se es nacional, lo cierto es que los seis tratados que se traen a colación contemplan dicha posibilidad, salvo una excepción parcial que más adelante se ilustrará. Por el momento, punto a favor en lo que respecta a la toma en consideración generalizada de esta cláusula de prórroga.

El debate, en todo caso, podría comenzar por las diferentes propuestas de duración que tales cláusulas prevén. En orden descendente, entiéndase de mejor a peor, hay tres proposiciones bilaterales que recogen un segmento temporal de prórroga de dos años –Brasil, Chile y República Dominicana<sup>42</sup>– otra incorpora la previsión de una única anualidad –Perú<sup>43</sup>– y, como colofón, los dos convenios restantes –Paraguay y Uruguay<sup>44</sup>– donde *a priori* no se prevé una especificación nítida sobre la extensión de la mencionada moratoria, un aspecto que, en consecuencia, lo hace merecedor de un estudio más pormenorizado, comenzando por la reproducción de la cláusula en cuestión: “El trabajador (...) desplazado para prestar servicios en el territorio de la otra Parte, por un periodo limitado, continuará sujeto a la legislación de la Parte Contratante de origen hasta un plazo de veinticuatro meses, susceptible de ser prorrogado (...)”.

Así las cosas, el interrogante se centraría en discernir si la prórroga equivale al periodo de veinticuatro meses de sujeción a la legislación del Estado contratante de origen o por el contrario estaríamos ante una extensión *sine die*. Pues bien, es posible que ninguna de las dos opciones sea la correcta por cuanto, en puridad, lo que se dilata es el tiempo de trabajo efectivo, pero éste no tiene asociada ninguna unidad de medida, salvo la interpretación que se le quiera dar a *periodo limitado*. Así las cosas, no puede tratarse de una espera sin límite al tratarse de un periodo topado. Por otra parte, y si como ya ha sido explicado en este mismo trabajo, los veinticuatro meses de sujeción al Estado de la nacionalidad lo son porque se está desarrollando una ac-

culo 9.1.a) del Convenio de 1 de julio de 2004.

42. Artículo 7.1 (segundo párrafo) del Convenio de 16 de mayo de 1991, Artículo 7.1 (tercer párrafo) del Convenio de 28 de enero de 1997 y Artículo 9.1.b) y d) del Convenio de 1 de julio de 2004, respectivamente.

43. Artículo 8.1.b) y d) del Convenio de 16 de junio de 2003.

44. Artículo 7.1.1º (párrafos primero y tercero) del Convenio de 24 de junio de 1998 y Artículo 7.1.a) del Convenio de 1 de diciembre de 1997, respectivamente.

tividad profesional si bien en régimen de movilidad transnacional, la interpretación más plausible es afirmar que cabe la prórroga por ese mismo periodo, en términos de máximo, de veinticuatro meses. De esta manera, se puede decir que sendos tratados bilaterales empatizan con sus homónimos de Brasil, Chile y República Dominicana, si bien desde una conformación jurídico normativa mucho más asistemática y criticable.

Para finalizar este estudio comparativo, conectar con un aspecto que ya ha sido advertido en párrafos precedentes, más concretamente aquello que se puede considerar como una excepción parcial a la regla general de abordaje de prórroga por los seis tratados bilaterales. En efecto, el pacto con Brasil prevé un patrón básico de duración del desplazamiento para el trabajador dependiente, ulteriormente un plazo de dilación para dicha tesitura y concluye con el mandato sobre permanencia en el trabajo autónomo. La pregunta es si la previsión de prórroga, dada su ubicación estratégica intermedia, ha de ser tomada en consideración única y exclusivamente para el trabajo dependiente, siendo la respuesta afirmativa. Ello se ve con mayor claridad si lo comparamos con el tratado de Chile en el que, bajo idéntica propuesta de contenidos, formalmente el párrafo sobre tiempo extra se ubica en tercer lugar, cubriendo de este modo tanto al trabajador dependiente como al autónomo. Pudiéramos estar a primera vista ante una mera formalidad, sin embargo, no es esa la conclusión que hay que obtener. Decididamente, el tratado con Brasil es mucho más limitativo respecto al trabajador autónomo, pues no solo restringe la duración máxima de su actividad en el territorio de la contraparte a dos años<sup>45</sup> –Chile lo extiende a tres años<sup>46</sup>– sino que, además, cercena la alternativa sobre prolongación de dicha labor, cosa que el Estado del cono sur sí toma en consideración por espacio bienal.

## VIII. CONCLUSIONES

La familia, a nivel sociológico, es seguramente el más destacable de los entramados estructurales que sustentan la madurez y convivencia del ser humano. Además, a nivel jurídico, conecta con dos derechos que tienen la consideración de derechos humanos: la Seguridad Social y la migración. Así las cosas, es una evidencia objetiva el que todo individuo, que además goza de la condición de trabajador, ya sea en régimen de dependencia o de autonomía, ostenta un legítimo poder a ser protegido frente a las contingencias de las que pudiera resultar víctima en el ejercicio de su actividad profesional, y especialmente, no sólo él sino también su familia, en el caso de que decida ejercer la libre circulación en el seno de una –o entre varias, en su caso– comunidades internacionales de Estados.

Tomando como referencia la Unión Europea y su Derecho social, ésta prioriza la vertiente de empleo y económica de la libre circulación de trabajadores frente a la protección social de sus protagonistas, la cual queda constreñida a unos parámetros

45. Artículo 7.1 (tercer párrafo) del Convenio de 16 de mayo de 1991.

46. Artículo 7.1 (segundo párrafo) del Convenio de 28 de enero de 1997.

en pro de su coordinación. Por lo que concierne de manera más específica a la protección familiar por causa de hijo a cargo, destaca el Reglamento 883/2004, en el cual y a pesar de incluirse las prestaciones mencionadas, no se es muy partidario de la exportación de tales prerrogativas de cobertura.

Saltando a la comunidad iberoamericana y tomando como principal expresión de su voluntad normativa el CMISS, de entrada nos encontramos ante una total ausencia en cuanto a la contemplación de este perfil temático se refiere, lo cual no deja de ser llamativo teniendo en cuenta su principal objetivo de coordinación de los sistemas domésticos iberoamericanos.

Así las cosas, sólo nos resta el recurso a los tratados bilaterales suscritos entre los sujetos de Derecho internacional, a los efectos de este estudio entre España e Iberoamérica. Convergen, así pues, once convenios bilaterales, pero de ellos sólo en seis se incluye alguna mención, ya unilateral, ya bidireccional, a las prestaciones familiares por causa de hijo a cargo. El problema viene cuando a pesar de suprimirse la cláusula de residencia, se exceptúa del régimen de exportación a los niveles no contributivos, lo cual termina afectando negativamente a la operativa de estas prestaciones familiares por hijo a cargo cuando media para el potencial beneficiario un régimen de movilidad transnacional.

La consideración final es que sólo los trabajadores desplazados durante cierto tiempo pueden beneficiarse de la legislación sobre tutela familiar conforme a la legislación del Estado Parte de origen, y ello como una excepción en materia de legislación aplicable, que no por un verdadero deseo de protección social ni al trabajador ni a su familia. Ello se corresponde con un muy escaso bagaje que contrasta con la notoriedad de todos los presupuestos que integran este escenario: el trabajador, la familia, la protección social y la migración.

## Bibliografía

- Almendros González, M. Á.: "La reforma de la coordinación de las prestaciones familiares de Seguridad Social como respuesta a los cambios políticos y económicos en la Unión Europea", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.
- Gorelli Hernández, J.: "Paleontología jurídica: las prestaciones por hijo a cargo (un resbaladizo fósil viviente). Su delimitación en base a las cargas familiares", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Las prestaciones familiares; ese pariente pobre de la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 6, 2016.
- Moreno de Vega y Lomo, F.: "La causa de la pensión y la estructura del modelo en el punto de mira de la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social", en AA.VV.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017.
- Moreno de Vega y Lomo, F.: "La convivencia de prestaciones públicas en el escenario social de la unidad familiar", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Laborum, Murcia, 2018.
- Moreno de Vega y Lomo, F.: "La protección familiar por causa de hijo a cargo. Una interpretación sistemática entre el sistema español de Seguridad Social y el de los Estados del cono sur hispanoamericano", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 27, 2018.

- Ruíz Moreno, A. G.: "La idea de los derechos latentes y de Seguridad Social, ante eventuales cambios legislativos. Una aproximación conceptual", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 8, 2009.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sinopsis del reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en AA.VV.: *El derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016.
- Sierra Benítez, E. M.: "Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en AA.VV.: *Protección Social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017.
- Valdeolivas García, Y.: "Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar", *Temas Laborales*, núm. 84, 2004.