



e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)

Vol. V ► N^o 2 ► 2020

ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

© Editorial Universidad de Sevilla 2020

 CC BY-NC-ND 4.0.



EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORA

DRA. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SECRETARIA GENERAL

DRA. ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

VICESECRETARIA GENERAL

DRA. CARMEN SOLÍS PRIETO, UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA, ESPAÑA

COMITE ASESOR

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dr. Djamil Tony Kahale Carrillo, Universidad Politécnica de Cartagena, España

Dr. Leopoldo Gamarra Vilchez, Universidad nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dr. Juan Antonio Maldonado Molina, Universidad de Granada, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Lourdes Mella Méndez, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dr. Pablo Arellano Ortiz, Especialista en Legislación Laboral. Unidad de D^o Laboral y Reforma/GOVERNANCE (OIT), Suiza

Dr. Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Universidad Carlos III de Madrid, España

Dr. Rob Cornelissen, Universidad Vrije de Bruselas, Bélgica

Dr. Ángel Luis De Val Tena, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Carolina Gala Durán, Universidad Autónoma Barcelona, España

Dr. José Ignacio García Ninet, Universidad de Barcelona, España

Dr. Daniel Ignacio García San José, Universidad de Sevilla, España

Dr. Juan Gorelli Hernández, Universidad de Huelva, España

Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Dr. José Luis Monereo Pérez, Universidad de Granada, España

Dr. Marius Olivier, Northwest University, Sudáfrica; y Universidad de Western, Australia

Dr. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, Países Bajos

D. José Joaquín Pérez-Beneyto Abad, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España

Dr. Danny Pieters, Universidad de Lovaina, Bélgica

Dr. Borja Suárez Corujo, Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Rodrigo Alejandro Sandoval, Abogado, Chile

Dra. Krassimira Sredkova, Universidad de Sofia, Bulgaria

Dr. Hans-Joachim Reinhard, Universidad de Fulda, Alemania

Dr. Gijbert Vonk, Universidad de Groningen, Países Bajos

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dr. Miguel Ángel Gómez Salado, Universidad de Málaga, España

D. Manuel de Armas Cejas, Colegio de Graduados Sociales de Tenerife, España

Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España

Dra. Yolanda Maneiro Vázquez, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

D^a. María Dolores Ramírez Bendala, Universidad de Sevilla, España

Dra. Esperanza Roales Paniagua, Universidad de Sevilla, España

Dra. María Carmen Giménez Muñoz, Universidad de Sevilla, España

Dr. Francisco Rubio Sánchez, Universidad de Extremadura, España

Dr. Mohamed Saad Bentaouet, Universidad de Sevilla, España

D. Luis Jurado Cano

Dr. Julio Alberto Ramírez Barrios, Universidad de Sevilla, España

COMITÉ EJECUTIVO

Dra. Ana María Chocrón Giráldez, Universidad de Sevilla, España

Dr. Marcelo Fernando Borsio, Conselho de Recursos da Previdência Social do Brasil - CRPS, Brasil

Dr. Fco. Javier Fernandez Orrico, Universidad Miguel Hernández, España

Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España

Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dra. Carmen Moreno de Toro, Universidad de Córdoba, España

Dr. Francisco Ortiz Castillo, Universidad de Murcia, España

Dr. Guillermo Rodríguez Iñiesta, Universidad de Murcia, España

D. Andrés Ramón Trillo García, Instituto Nacional de la Seguridad Social, España

Dra. María Teresa Velasco Portero, Universidad Loyola Andalucía, España

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Dr. Guillermo Leandro Barrios Baudor, Universidad Rey Juan Carlos, España

Dra. Pepa Burriel Rodríguez, Universidad de Barcelona, España

Dra. Dolores Carrascosa Bermejo, Universidad Pontificia Comillas - ICADE- Ediciones Lefebvre-El Derecho Red de expertos de la Comisión Europea FreSsco, España

Dr. David Carvalho Martins, Universidad de Lisboa, Portugal

Dra. Esther Carrizosa Prieto, Universidad Pablo de Olavide, España

Dra. María José Cervilla Garzón, Universidad de Cádiz, España

Dr. Miguel Gutierrez Pérez, Universidad de Extremadura, España

Dr. Fernando M. Jimeno Jiménez, Profesor Tutor UNED Ceuta Coordinador Unidad de Dependencia IMSERSO Ceuta, España

Dra. Julia Muñoz Molina, Universidad de Córdoba, España

Dra. Thereza Christina Nahas, Escuela Judicial de Sao Paulo y Paraná Centro de Postgrado de la PUC/SP, Brasil

Dra. Elaine Noronha Nassif, Ministério Público do Trabalho Escola Superior do Ministério Público da Uniao, Brasil

Dra. Belén López Insua, Universidad de Granada, España

Dra. Natalia Ordoñez Pascua, Universidad de León, España

Dra. Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo - Brasil), Brasil

Dra. María Isabel Ribes Moreno, Universidad de Cádiz, España

Dr. Iván Rodríguez Cardo, Universidad de Oviedo, España

Dra. Sarai Rodríguez González, Universidad de La Laguna, España

Dra. Josefa Romeral Hernández, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España

Dra. Fuencisla Rubio Velasco, Universidad de Huelva, España

Dra. Alicia Villalba Sánchez, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dra. Belén López Insua, Universidad de Granada, España

Dra. Natalia Ordoñez Pascua, Universidad de León, España

Dra. María Isabel Ribes Moreno, Universidad de Cádiz, España

Dr. Iván Rodríguez Cardo, Universidad de Oviedo, España

Dra. Sarai Rodríguez González, Universidad de La Laguna, España

Dra. Josefa Romeral Hernández, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España

Dra. Fuencisla Rubio Velasco, Universidad de Huelva, España

D. Fabiano Zabanella, Director del Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas (IPOJUR), Brasil

Dr. Francisco Trujillo Pons, Universidad de Valencia, España



e-Revista Internacional de la Protección Social

(e-RIPS) ▶ 2020 ▶ Vol. V ▶ Nº 2 ▶ ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS> ▶ © Editorial Universidad de Sevilla 2020



CC BY-NC-ND 4.0.

Copyright: Los trabajos publicados en las ediciones impresa y electrónica de E-Rips son propiedad de la Editorial Universidad de Sevilla. Para cualquier reproducción parcial o total será necesario citar expresamente la procedencia. La Editorial Universidad de Sevilla autoriza a los autores de los trabajos publicados en la revista a ofrecerlos en sus webs (personales o corporativos) o en cualquier repositorio de acceso abierto (Open Access) pero exclusivamente en forma de copia de la versión post-print del manuscrito original una vez revisado y maquetado, que será remitida al autor principal o corresponsal. Es obligatorio hacer mención específica de la publicación en la que ha aparecido el texto, añadiendo además un enlace a la Editorial Universidad de Sevilla (<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>).

Dirección y contacto. Postal: c/ Enramadilla 18-20, CP 41018, Sevilla, España

Correo-e: csrodas@us.es, web: <https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social> <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips>

Tf.: (34) 9+34 954 55 76 01

Maquetación. Referencias Cruzadas. Tf.: (34) 657 802 595. Correo-e: referencias.maquetacion@gmail.com

Identificación. ISSN 2445-3269

DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

Título Clave: e-Revista Internacional de la Protección Social

Título abreviado: e-RIPS.



ÍNDICE

Vol. V ▶ N° 2 ▶ 2020

TRIBUNA

¿Se mantiene el carácter preferente del trabajo a distancia en su nueva regulación?

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.01>

Esperanza Macarena Sierra Benítez..... 8 - 10

ARTÍCULOS DOCTRINALES

La dinámica temporal del Ingreso Mínimo Vital

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.02>

Fernando Moreno de Vega y Lomo..... 12 - 34

El Ingreso Mínimo Vital como reto social: una visión práctica

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.03>

María Alexandra Díaz Mordillo 35 - 59

Ingreso Mínimo Vital y nacionales británicos en España en tiempos del Brexit

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.04>

Thais Guerrero Padrón..... 60 - 76

El Ingreso Mínimo Vital en hogares unipersonales

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.05>

Fernando Jimeno Jiménez..... 77 - 93

Las obligaciones de las personas beneficiarias del Ingreso Mínimo Vital: las infracciones y sanciones previstas y su posible incidencia en la coordinación de prestaciones de la Seguridad Social a nivel europeo

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.06>

Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado 94 - 114

Trabajo doméstico y protección social frente a contingencias derivadas del trabajo

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.07>

Josefa Romeral Hernández 115 - 145

Recientes interpretaciones jurisprudenciales del Reglamento 883/2004 sobre coordinación europea de los sistemas nacionales de Seguridad Social

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.08>

María Salas Porras 146 - 172

Fuentes del Derecho Comunitario que propician la coordinación de los sistemas de Seguridad Social europeos

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.09>

Verónica Lidia Martínez Martínez 173 - 203

La seguridad social del ciclo de vida (una cualidad por reforzar) https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.10 Luis Eduardo Díaz	204 - 222
Trabajadores inmigrantes indocumentados en tiempos de crisis y pandemia: exigencias morales y jurídicas para la repolitización de las fronteras https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.11 Ricardo José Macedo De Britto Pereira	223 - 263
Os requisitos para a caracterização do trabalhador rural como segurado especial à luz dos juízes Júpiter, Hércules e Hermes de François Ost https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.12 Dariel Santana Filho / Marcelo Borsio / Jefferson Guedes.....	264 - 286
A previdência social rural sob check-up: uma análise crítica dos dados encontrados e soluções para a sua desjudicialização https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.13 Dariel Santana Filho / Marcelo Borsio / Jefferson Guedes.....	287 - 313
Empleabilidad y aprendizaje permanente en la economía formal e informal: un análisis del trabajo del futuro en el hipercapitalismo https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.14 Elaine Noronha Nassif	314 - 329
Los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural. Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina ante la CIDH https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.15 Fanny Verónica Mora Navarro.....	330 - 355
La financiación de la sanidad pública española. Especial referencia a la crisis sanitaria generada por COVID-19 https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.16 Nuria Benítez Llamazares	356 - 372

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Límites al derecho de asistencia sanitaria transfronteriza y principio de proporcionalidad tras la Sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2020 https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.17 Belén del Mar López Insua	374 - 395
--	-----------

RECENSIONES

<i>Social Security Law in Spain</i> , de Thais Guerrero Padrón e Isabel Ribes Moreno (coords.), Wolters Kluwer, Madrid, 2020 https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.18 María Teresa Igartua Miró.....	397- 399
--	----------

La regulación jurídica del Trabajo en las Indias Occidentales (1492-1580), Premio Eduardo de Hinojosa y Naveros en Ciencias Jurídicas 2020, de Miguel Ángel Chamacho Cantudo, Dykinson, Madrid, 2020

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.19>

Cristina Sánchez-Rodas Navarro 400 - 403

Incidencia de la descentralización productiva en el concepto laboral de empresario, de Carmen Solís Prieto, Laborum, Murcia, 2019

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.20>

María Teresa Igartua Miró 404 - 406

Derecho Internacional de la Seguridad Social, de Gabriela Mendizábal Bermúdez, Porrúa, México, 2020

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.21>

Fermín Esquivel Díaz 407 - 411

VARIA

El proceso laboral en retrospectiva. Comentario a la sentencia de 1564 de la Audiencia de Nueva Galicia en el pleito entre Juana de Salas e Inés de Paz

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.22>

Ana María Chocrón Giráldez / Julio Alberto Ramírez Barrios 413 - 435



Tribuna



TRIBUNA

¿Se mantiene el carácter preferente del trabajo a distancia en su nueva regulación?*

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

emsierra@us.es 0000-0001-5335-0360

Recibido: 05.12.2020 | Aceptado: 11.12.2020

En la asamblea anual de la Asociación de Mujeres Laboralistas de Andalucía, de la que me honro en ser Secretaria General, se debatió sobre el carácter preferente del trabajo a distancia en su reciente regulación. En esta tribuna voy a compartir los puntos más relevantes de mi intervención en dicho acto.

El RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (convalidado por Resolución de 15 de octubre de 2020) entra en vigor –con la salvedad indicada en la disposición final 14^a– el 13 de octubre, y prorroga hasta el 31 de enero de 2021 la vigencia del artículo 6 del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo (Plan MECUIDA) por RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, con efectos desde el 23 de septiembre de 2020. El Plan MECUIDA reconoce el derecho a la adaptación de la jornada por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con la COVID-19, contemplando el cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo el trabajo a distancia. Por lo tanto, reconoce la posibilidad de realizar la prestación de trabajo a distancia por deberes de cuidado hasta el 31 de enero de 2021, aunque lo más probable es que se prorrogue, al menos, hasta la finalización del estado de alarma o mientras sean necesarios los deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con la COVID-19.

Se trata de una medida provisional y excepcional, diferente al derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral de la que son también titulares las personas trabajadoras y, en concreto, respecto a los cuidados de hijos o hijas hasta el cumplimiento de los doce años (art. 34.8 ET). En el caso del Plan MECUIDA, la prestación a distancia es posible si se puede implantar “de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal

* Trabajo realizado en el marco de la red de investigación de excelencia “La protección social y la coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica: los desafíos del Brexit y el pilar Europeo de Derechos Sociales” (RED2018-102508-T).

y excepcional de las medidas”, y se limita al período excepcional de duración de la COVID-19. En el otro supuesto, el del artículo 34.8 ET, en el caso de que la negociación colectiva no acuerde en qué términos se puede ejercitar el derecho a solicitar la adaptación de jornada y, en concreto, a realizar la prestación del trabajo a distancia, cabe la negativa por parte del empresario si existen “razones objetivas en las que se sustenta la decisión”. Es decir, prevalece el carácter voluntario del trabajo a distancia en los términos contemplados en la actual regulación y, por lo tanto, en ambos casos el trabajo a distancia no se puede imponer ni la persona trabajadora puede exigir su implantación, porque en ambos casos caben las razonables excepciones: a) en el caso del Plan MECUIDA si el cambio de condiciones “pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado”; y b) artículo 34.8 ET, si existen razones objetivas en la que se sustenta la negativa del empresario cuando no haya acuerdo o negociación colectiva que regule el ejercicio del derecho en cuestión. Por otro lado, tengo serias dudas sobre si el carácter preferente del trabajo a distancia contemplado en el artículo 5 del RD-ley 8/2020 sigue manteniéndose con la entrada en vigor de la nueva regulación.

En primer lugar, porque expresamente no se ha declarado su vigencia hasta el 31 de enero de 2021, como la disposición adicional tercera del RD-ley 28/2020 establece con el Plan MECUIDA (art. 6); y, en segundo lugar, porque la disposición transitoria tercera remite a la aplicación de la normativa laboral ordinaria: el “trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras éstas se mantengan”. En este caso el legislador obvia el término “preferente”, es decir, el trabajo a distancia deja de ser preferente porque no puede perpetuarse en el tiempo el denominado “teletrabajo de la emergencia”, o sea, el trabajo a distancia sin garantías implantado durante los duros meses del primer estado de alarma. En el caso de que en una empresa siguiera existente el “teletrabajo de la emergencia”, el legislador contempla la obligación de un pacto, al menos en cuanto a la dotación “de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario”. Como consecuencia de ello, es obvio que el trabajo a distancia deja de ser preferente, y se sustituye por uno pactado y negociado, en el caso de que inicialmente no fuese así.

No obstante, ésta no es la única excepción que impide que se aplique el trabajo a distancia en los términos del RD-ley 28/2020, puesto que siguen vigentes otras situaciones de trabajo a distancia existentes con anterioridad a la entrada en vigor del RD-ley (disposición transitoria primera). Pero éste es un problema que queda para otro momento en que seguiremos debatiendo sobre la incompleta regulación del trabajo a distancia en España.

En estos momentos se están negociando acuerdos de trabajo a distancia en muchas empresas, y prueba de ello es la reciente publicación del convenio colectivo de las cajas y entidades financieras de ahorro. Pero esta regulación del trabajo a distancia no es consecuencia de la actual pandemia sino de la disrupción que hace unos años se inició en el sector financiero ante la aparición de las *big techs*. En el resto de los sectores productivos estos cambios tienen una intensidad variable y por ahora no

sabemos con certeza si son consecuencia de la revolución digital y de la introducción de la inteligencia artificial en el trabajo o de las medidas excepcionales de aislamiento debidas a la pandemia COVID-19. En cualquier caso, lo importante de esta nueva normalidad es que se ha producido una gran transformación en el trabajo y que el trabajo a distancia, de una u otra manera, se está implementando rápidamente en la sociedad. No sabemos con qué intensidad ni qué variedad de trabajo a distancia se impondrá, aunque puede ser que esa variante no tenga carácter voluntario, sino que esté plenamente consolidado como un instrumento de la sociedad digital en donde el centro de atención no será la prestación de servicios, sino los datos.

Lamentablemente, como en tantas ocasiones anteriores, hemos perdido la oportunidad de regular un marco general del trabajo a distancia que facilite de forma efectiva el tránsito normativo de la dependencia industrial a la dependencia digital. Como anunciaban en las antiguas series de TV, el debate “continuará”.



Artículos doctrinales



La dinámica temporal del Ingreso Mínimo Vital*

THE TEMPORAL DYNAMICS OF THE MINIMUM VITAL INCOME

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: 23.10.2020 | Aceptado: 27.11.2020

RESUMEN

El Ingreso Mínimo Vital es una nueva prestación no contributiva del sistema de Seguridad Social cuyo fin es el contribuir a erradicar la situación de vulnerabilidad que generan tanto la pobreza como la exclusión social. En el presente trabajo, se aborda la dinámica para la acción protectora de este novedoso instrumento de tutela, una visión, en consecuencia, más formal sobre la operativa de tiempo para esta prerrogativa, pero que ha de contribuir a valorar el potencial acierto, o no, del legislador, en su continua lucha por un estado del bienestar equilibrado.

ABSTRACT

The Minimum Vital Income is a new non-contributory benefit of the social security system whose purpose in contribute to eradicate the situation of vulnerability generadted by both poverty and social exclusión. In the present work, the dinamycs for protective action are addressed of this novel guardianship instrument, a visión, consequently, more formal about the time operation for this prerogative, but that has to contribute to assessing the potential success, or not, of the legislator, in its continuous struggle for a balanced welfare state.

PALABRAS CLAVE

Seguridad social
Acción protectora
Prestaciones no contributivas

KEYWORDS

Social security
Protective action
Non-contributory benefits

* La presente colaboración es una versión ampliada de la ponencia que, bajo el título "Nacimiento, duración, suspensión y extinción de la prestación (artículos 11, 12.1, 14 y 15)", fue presentada en el webinar "La implantación del Ingreso Mínimo Vital en España. Incidencia en el Brexit y en la coordinación de sistemas de Seguridad Social internacional (UE/Iberoamérica)", celebrado en fecha 17 de septiembre de 2020. Esta actividad se enmarca en el proyecto "La protección social y la coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica: los desafíos del Brexit y el pilar europeo de derechos sociales", que resulta subvencionado en la convocatoria 2018 de ayudas económicas para acciones de dinamización "Redes de Investigación". Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento. Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del sistema de I+D+I (referencia: RED2018-102508-T).

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. EL NACIMIENTO DE LA ACCIÓN PROTECTORA
 - III. LA DURACIÓN DE LA TUTELA
 - IV. LA SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA
 - V. LA EXTINCIÓN DE LA TUTELA
 - VI. EL DESPLAZAMIENTO AL EXTRANJERO Y SU INCIDENCIA EN LA DINÁMICA
 - VII. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Prácticamente desde el comienzo de la anualidad 2020, España ha sufrido –y sin temor a la hipérbole aún lo sigue haciendo– uno de los momentos de mayor zozobra en el conjunto de sectores de la realidad social por efecto de un estrago que técnicamente, cuenta con nombre y apellido: la pandemia sanitaria covid-19.

El trasfondo jurídico a que la misma da lugar y que entronca con la declaración del Estado de Alarma en fecha 14 de marzo, posibilita la eclosión, gracias al Boletín Oficial del Estado de fecha 1 de junio, del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, “por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital”, el cual se presenta como una nueva prestación no contributiva, pretendidamente a mitad de camino entre las ya existentes rentas mínimas de inserción gestionadas por las Comunidades Autónomas en uso de su competencia exclusiva en materia de Asistencia Social¹ y la deseable renta básica universal incondicionada², y cuyo propósito es el de canalizar una respuesta suficiente ante las desigualdades económicas que *de facto* son claramente constatables según qué estratos de la ciudadanía³. No es por tanto casual la oficialización de una prerrogativa con semejante causa en un entorno de estado del bienestar sensiblemente tambaleante y que debe apostar, decididamente, por recuperar su esencia activa⁴.

Tratando de descender un tanto más al núcleo de la propuesta, es lo cierto que de entre todas las opciones que se le ofrecen al intérprete para analizar y publicitar una nueva norma jurídica que, además, oferta de manera originaria una más que sugestiva causa tutelable en el entramado de la protección social, la presente colaboración se decanta por el ciclo vital de la prestación, aquello que coloquialmente y entre los estudiosos de la doctrina especializada se identifica como la dinámica del derecho

1. Artículo 148.1.20ª de la Constitución Española.
2. Respaldando, en este punto, la argumentación de Monereo Pérez, J. L.: “La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del sistema de Seguridad Social en la sociedad del riesgo”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales: Lex Social*, vol. 10, núm. 2, 2020, p. 426.
3. Téngase en cuenta, desde un primer momento, que la doctrina ha advertido de la problemática que puede conllevar la lucha contra la pobreza mediante el otorgamiento de prestaciones. La razón, el carácter polimórfico de las situaciones de necesidad a proteger. *Vid.*, Álvarez Cortés, J. C.: “Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el Ingreso Mínimo Vital”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 56, 2020, p. 277.
4. Para un adecuado entendimiento sobre la semántica de este calificativo, *vid.*, Monereo Pérez, J. L.: “La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del sistema de Seguridad Social en la sociedad del riesgo”, *ob. cit.*, pp. 447 y 448.

a la acción protectora, la dinámica, en fin y para el concreto exponente que centra nuestra atención, del Ingreso Mínimo Vital. El objetivo, en fin, pasa por calibrar hasta qué punto repercuten las pautas que el legislador decide prever sobre operativa en el tiempo en términos de eficacia o acción protectora, propiamente dicha.

Es un hecho probado el que, en términos finalistas, un aporte económico y público como el que ahora ve la luz ha sido un deseo largamente soñado en un país como el nuestro, prioritariamente debido a unas desmesuradas tasas de pobreza y exclusión social que no han podido ser compensadas con los mecanismos ya existentes⁵. Sin embargo, muy posiblemente tengamos la oportunidad de demostrar que este novedoso armazón jurídico normativo no está acertadamente diseñado para el logro de las expectativas que, en origen, cabe esperar. Una norma jurídica muy extensa y, sobre todo, con vida propia, esto es, no integrado su objeto en el seno del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, como acontece con el resto de prestaciones no contributivas de nuestro sistema⁶ y que, por si fuera poco, pensando en este plano más formalista de la dinámica, habrá de suscitar un cúmulo notable de valoraciones críticas que no ayudan, decididamente, a su propia eficacia.

II. EL NACIMIENTO DE LA ACCIÓN PROTECTORA

La andadura formal en cuanto a la oferta tuitiva que de esta prerrogativa concierne, encuentra su necesario punto de partida en el artículo 11.1 Real Decreto Ley 20/2020. Deviene procedente el reproducir su tenor literal:

“El derecho a la prestación del Ingreso Mínimo Vital nacerá a partir del primer día del mes siguiente al de la fecha de presentación de la solicitud”.

A partir de este momento, es preceptivo el analizar de manera individualizada todos y cada uno de los presupuestos que conforman esta declaración normativa. El objetivo es el de poder evidenciar cómo cada uno de tales segmentos resulta dañado con planteamientos críticos.

1. “El derecho a la prestación (...)”

Para romper el hielo, entiendo de manera firme que no nos posicionamos ante una mera formalidad sino más bien, y sin ambages, frente a lo que ha de ser considerado como un régimen jurídico incorrecto.

Como es de sobra conocido, gracias y en especial a las certeras argumentaciones de destacados representantes de la doctrina especializada, una cosa es la constitución de la relación jurídica de Seguridad Social y otra, por tanto

5. Para una comparativa entre el índice porcentual de pobreza en España y la escasez, en cuanto a eficacia frente al mismo, de las rentas mínimas de inserción gestionadas por las Comunidades Autónomas, *vid.*, Gala Durán, C.: “Los desafíos del nuevo Ingreso Mínimo Vital”, *Iuslabor*, núm. 2, 2020, pp. 1 y 2.

6. Muy crítico con este modo de proceder respecto a su tratamiento normativo Monereo Pérez, J. L.: “La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del sistema de Seguridad Social en la sociedad del riesgo”, *ob. cit.*, p. 478.

oportunamente separable, la formalización de la acción protectora⁷ a que ello da lugar en términos, por lo general, de beneficio económico.

Asentada esta plantilla de trabajo, pretendo satisfacer el interés estructural en términos de traducción al Ingreso Mínimo Vital. La reflexión, es que un parámetro habrá de representar el cumplimiento de los requisitos de acceso que condicionan la posición de sujeto titular de la prestación, y que fundamentalmente se identifican en el artículo 7 del Real Decreto-ley 20/2020, más otro distinto, por ende preceptivamente diferenciado, la operativa temporal de su eficacia económica propiamente dicha.

Así las cosas, nuestra específica meta no redundaba en tratar de justificar si concurre –o deja de hacerlo– un poder jurídicamente tutelado a la titularidad de una concreta prestación, sino y en todo caso, una vez verificada la oficialización del mencionado derecho, certificar cuál es el exacto momento, transitoriamente hablando, en el que se materializa su esencia de cobertura. En base precisamente a lo argumentado, frente a la redacción –*lege data*– transcrita escasas líneas atrás, considero que, al tratarse de dos instantes susceptibles de resultar sustanciados en sendos actos jurídicos dispares, el legislador debió optar por una redacción que bien podría haberse asemejado a la siguiente: “El derecho a la prestación del Ingreso Mínimo Vital se reconocerá con la acreditación de los requisitos de acceso y se hará efectivo a partir del primer día del mes siguiente al de la fecha de presentación de la solicitud”.

De esta manera, creo haber podido justificar un error de régimen jurídico, como de manera contundente presentaba en el primer párrafo de este presupuesto inaugural. Un desacierto, en fin, no justificable en una norma jurídica que parte de cero y tan supuestamente detallada a juzgar por su extensión. Una tara que, además y como culmen de la sinrazón estructural, se ha de ver sistemáticamente reiterada en la mayoría de los restantes pilares sobre los que se asienta la dinámica del Ingreso Mínimo Vital y que, por el momento, aún están pendientes de examen.

2. “(...) nacerá a partir del primer día (...)”

Gracias a este ingrediente, es cuando se puede afirmar que da comienzo, *stricto sensu*, el estudio de la dinámica de una prestación protectora, entendiendo por la misma –dinámica– la investigación de los patrones más íntimamente vinculados al factor tiempo. El primero de los mismos, el día.

Más allá de las múltiples acepciones semánticas que ofrece la Real Academia de la Lengua Española, desde un punto técnico nos postulamos ante una estructura administrativa de medición del transcurso temporal que equivale a un intervalo de 24 horas. Ahora bien y como el lector a buen seguro habrá sido capaz de deducir, desde la perspectiva de la ciencia jurídica converge una bifurcación en cuanto a la tipología de este patrón de lapso, cual es la que diferencia entre

7. “La relación protectora se desarrolla en el seno de la relación jurídica principal de Seguridad Social, pero no tiene por qué coincidir con ésta” (Monereo Pérez, J. L. y otros: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 214).

el día natural y el día hábil. Llegados a este punto y volviendo a leer la composición sintáctica del artículo 11.1 del Real Decreto-ley 20/2020, la pregunta que de inmediato surge es: ¿habrá de ser natural o hábil, aquel día en el que efectivamente nazca la acción protectora del Ingreso Mínimo Vital? En oposición a las disquisiciones que, otrora, habría suscitado a buen seguro esta cuestión, considero que debiera resultar de aplicación la exégesis, y por tanto la solución, incorporada por una norma jurídica de relativa reciente incorporación al acervo de nuestro ordenamiento jurídico. Me refiero a la Ley 39/2015 del “Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas” y, más concretamente, a su artículo 30.2 –primer párrafo– y cuya disposición es la siguiente:

“(...) cuando los plazos se señalen por días, se entiende que estos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos”.

En consecuencia, ese día al que hace mención el artículo 11.1 del Real Decreto-ley 20/2020, debe ser identificado como día hábil. Por el contrario, una supuesta inclinación del legislador por el día natural, hubiese exigido la constancia expresa del mencionado apellido en la letra de la ley⁸.

Es un hecho contrastado el subrayar que el entramado de los plazos juega un papel de sensible relevancia en el ya de por sí complejo mundo del Derecho, y no sólo en lo que a su versión más adjetiva o procesal hace referencia. Por ello, una correcta –cualitativamente– y sobre todo completa –cuantitativamente– ordenación normativa, se erige como presupuesto fundamental para, según la ocasión y temática abordada, evitar defectos que pudieran conllevar innecesarios tratamientos injustos o desfavorecedores en contra de los intereses del administrado, máxime cuando además, quiero insistir, se trata de una regulación absolutamente nueva e independiente que, sin duda, tiempo y espacio ha tenido para no incurrir en los mismos males, prácticamente endémicos, de muchas otras expresiones legislativas que la han precedido en nuestro sistema y particularmente en el juego de un principal protagonista: el Derecho de la Seguridad Social. En bastantes sectores del ordenamiento jurídico, pero con especial énfasis en el susodicho, el planteamiento de día hábil *versus* día natural ha brindado –y aún lo sigue haciendo– mucho juego, a menudo de connotación peyorativa.

3. “(...) del mes siguiente (...)”

Se promociona mediante esta pronunciación escrita el abordaje del segundo gran patrón de tiempo, el cual, además, es el de mayor notoriedad en la prospección sobre la dinámica que impregna a la mayor parte de las prestaciones de nivel no contributivo: el factor mes.

La fórmula consagrada en el artículo 11.1 del Real Decreto-ley 20/2020, coincide con la prevista para idéntico nivel asistencial con las pensiones de incapacidad

8. Artículo 30.2, segundo párrafo, de la Ley 39/2015.

permanente y de jubilación⁹, sin embargo difiere respecto a la cimentación normativa utilizada para la asignación económica familiar que prevé su causa en la tutela de hijo a cargo, la cual supedita temporalmente el germen de la acción protectora al trimestre natural siguiente a aquel en que se reconozca la fecha de solicitud¹⁰, a modo de hecho causante. Esta circunstancia, acaso no merecería ser fuente de mayor debate a salvo de una peculiaridad que, sin duda, es oportuno tomar en consideración. Sendas prestaciones no contributivas, léase la asignación económica familiar así como la protagonista de nuestro estudio, el Ingreso Mínimo Vital, son atribuidas a idéntica entidad gestora: el Instituto Nacional de la Seguridad Social¹¹. Por el contrario, la versión no contributiva de Incapacidad Permanente así como la de Jubilación, que son aquellas con las que casa en cuanto a dinámica de nacimiento, se otorgan al Instituto de Mayores y Servicios Sociales¹². Como una posible solución interpretativa, podría ayudar el afirmar que ante una posible pugna entre las mismas, es decir, ante un potencial solapamiento del derecho a la titularidad en sendas, y consecuente derecho de opción para ese presunto benefactor por partida doble, la posibilidad de optar con anterioridad al disfrute económico -el mes siguiente en el Ingreso Mínimo Vital frente al trimestre natural siguiente en la asignación familiar- unido al hecho, tampoco en medida alguna baladí, de que el mencionado abono presenta periodicidad mensual en cuanto a su percepción -Ingreso Mínimo Vital- en lugar de semestral -asignación familiar- es un claro estímulo que ha de jugar en favor de nuestra prerrogativa protagonista.

Por tanto y como desenlace sobre esta delimitada conjetura de la guía temporal mes, se advierte que esta disimilitud de trato entre prestaciones no contributivas huye de colocar la tilde en cuál haya de ser la entidad gestora de la misma para tomar en mayor consideración el factor espiritual del necesario empuje que ha de revertir una premisa de protección absolutamente novedosa en los términos en que viene conformada, un empeño al que no le incomoda el, metafóricamente hablando, echar una nueva palada de tierra sobre la asignación económica por hijo a cargo con porcentaje mínimo de discapacidad del 33 por cien o, incluso, mayor de edad y con guarismo, igualmente límite, en cuanto a restricción física y/o funcional del 65 por cien, ya que el elemento subjetivo restante de esta fórmula -menor de edad sin traba alguna o hasta un límite

9. Artículos 365 y 371 del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, respectivamente.

10. Artículo 17.1, primer párrafo, del Real Decreto 1335/2002, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

11. Artículo 373.1.a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

12. Artículo 373.1.b) del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Con esta argumentación, no hace sino corroborarse la tesis ya adelantada por destacados representantes de la doctrina especializada en torno a que, el modelo español de protección social es invertebrado y carente de homogeneidad, así como de racionalización en todos los órdenes. *Vid.*, como uno de los principales exponentes, Monereo Pérez, J. L.: "La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del sistema de Seguridad Social en la sociedad del riesgo", *ob. cit.*, p. 426.

del 32 por cien- directamente ha sido declarado a extinguir¹³. A este respecto, resulta obvio pensar que sólo el natural transcurso del tiempo y, gracias a ello, la obtención de resultados, compondrá la única vía para dar o quitar razones.

4. “(...) al de la fecha de presentación de la solicitud”

En lo que hace referencia a este cuarto y último sumando de la exposición legislativa arbitrada por el artículo 11.1 del Real Decreto-ley 20/2020, *a priori* podría calificarse como el único que, en sí mismo, no da lugar a connotaciones de orden crítico. En efecto, su única intencionalidad –no de orden menor, precisamente– es la de enarbolar la regla principal, en lo que a efectividad económica se refiere, de toda prestación no contributiva: su hecho causante. Es de sobra conocido que estos baluartes de protección se parapetan en el modelo obligatorio de Seguridad Social, pero no anexionados a un nivel profesional sino asistencial, de tal manera que no requieren para su entrada en escena de lo que, en puridad, es un hecho causante –una alteración de salud que impide para trabajar o una situación de desempleo forzoso, como acaso dos de los principales exponentes de otras prestaciones del sistema– sino tan sólo de una fecha, léase la oficial de solicitud, a modo de núcleo sobre el que se constituye esa relación jurídica como antesala del comienzo en la acción protectora o efectividad económica en sí misma considerada.

Así, pues, y descendiendo de esta manera en el plano de la abstracción, esta última propuesta del artículo 11.1 del Real Decreto-ley 20/2020 no hace sino enardecer el talante del Ingreso Mínimo Vital como prestación no contributiva. Pues bien, aquí es donde y por interpretación extensiva sí sería factible una crítica, de ahí el *a priori* con el que se iniciaba la redacción del párrafo precedente, y es que si por la interpretación de esta regla de dinámica en el marco del nacimiento de la prestación resulta meridianamente claro que el Ingreso Mínimo Vital es una prestación asistencial, ¿por qué no le ha de bastar ello al propio legislador para, de este modo, evitar la reiteración hasta en una docena de ocasiones de tal naturaleza? ¹⁴ En términos de forma, es una insultante reincidencia que no hace sino desprestigiar la técnica jurídica de un texto que ya viene bastante maltrecho en origen. Pero es que, al tiempo y desde la perspectiva que enmarca el fondo de la cuestión, convendría recordarle al legislador que, no por el hecho de reproducir hasta la extenuación una pauta, la convierte precisamente ello en más o menos verídica. Nótese y recálquese, en cualquier caso, que no se trata de un ataque directo a la médula del postulado en cuestión, pero sí de un razonamiento de orden colateral con secuelas más de forma que de fondo, un corolario que, en cualquier caso, se suma a los cuantiosos dislates de técnica jurídico legislativa y que, por ende, no ofrecen un buen cartel de presentación de éste, no desde luego acorde a su modernidad,

13. Disposición transitoria séptima del Real Decreto-ley 20/2020.

14. *Sic*, apartados II, IV y V de la exposición de motivos, artículos 2, 22 y 32, disposición adicional quinta, disposición transitoria cuarta -por triplicado-, disposición derogatoria única y disposición final cuarta.

a su dimensión material y, ni que decir tiene, a la extraordinaria importancia que, *de facto*, rezuma su causa.

III. LA DURACIÓN DE LA TUTELA

“Artículo 12. Duración.

1. El derecho a percibir la prestación económica del ingreso mínimo vital se mantendrá mientras subsistan los motivos que dieron lugar a su concesión y se cumplan los requisitos y obligaciones previstos en este real decreto ley”.

Como punto de partida, cabe descubrir esta cita como una acometida nítida por recubrir al Ingreso Mínimo Vital de un proceder indefinido, sin tope de tiempo¹⁵ respecto al abono de los sucesivos pagos –no tanto en lo que atiende al devengo de la prestación¹⁶– siguiéndose de este modo y, a modo de resulta, la misma línea en cuanto a tipología que la empleada para el resto de prestaciones no contributivas tres décadas atrás: la pensión.

Explicitado lo anterior, coetáneamente deviene obligado el reseñar que la consecuencia jurídica recién indicada en torno al talante *sine die* del Ingreso Mínimo Vital se exhibe de manera coartada a la verificación de dos tipos de requerimientos:

1. Objetivo: la subsistencia de aquellos motivos que dieron lugar a su concesión primaria, más concretamente una situación de vulnerabilidad económica que se deja traslucir en un riesgo de pobreza o de exclusión social.
2. Subjetivo: ser capaz de acreditar la pervivencia en cuanto al cumplimiento de los requisitos que encauzan el acceso a la condición de titular de la prestación –circunstancia que es común con la incapacidad permanente no contributiva y con la jubilación no contributiva– así como el debido respeto a las obligaciones que comporta la mencionada posesión.

Hasta aquí, lo que es régimen jurídico, aquello que representa, prácticamente, una transcripción literal de la letra de la ley. A partir de ahora, es mi deseo el poder compartir con el lector mis cavilaciones sobre el estado de la cuestión que descubre este

15. Hay representantes de la doctrina especializada que, desde el principio, se han mostrado muy críticos con el hecho de que la tutela económica que habilita el Ingreso Mínimo Vital, como medida de acción pasiva, no venga acompañada de una complementaria dinámica activa que pivota sobre el entramado de la inserción laboral ya que, al fin y al cabo, éste es el objetivo último, y no tanto el que el titular y/o beneficiario del Ingreso Mínimo Vital quede arraigado, sin más, en el cobro de una cuantía económica. A este respecto, *vid.*, Gala Durán, C.: “Los desafíos del nuevo Ingreso Mínimo Vital”, *ob. cit.*, p. 3. En similar línea interpretativa y bajo patrón de comparativa con las Rentas Mínimas de Inserción que gestionan las Comunidades Autónomas, Monereo Pérez, J. L.: “La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del sistema de Seguridad Social en la sociedad del riesgo”, *ob. cit.* pp. 444 y 445.

16. Para asimilar en su justa medida el sentido de esta disyuntiva, *vid.*, Monereo Pérez, J.L. y otros: *Manual de Seguridad Social*, *ob. cit.* p. 221.

apartado normativo, las cuales, por cierto, no hacen sino conceder carta de naturaleza a sendas caras de la moneda:

1ª. Positivamente, el Ingreso Mínimo Vital da pie a una estructura de perdurabilidad en el disfrute que recuerda en gran medida al formateado frente a la causa del desempleo forzoso.

Partiendo en el análisis de esta última mención en cuanto a prerrogativa de protección social se refiere, se incide en que ésta distingue entre “personas protegidas” y “sujetos beneficiarios”¹⁷, lo cual y por efecto de las previsiones en formato de requisitos que el legislador condiciona, permite comprobar que no se aplica una suerte de propiedad conmutativa por cuanto todo “sujeto beneficiario” es no sólo previa sino de manera simultánea “persona protegida”, pero no a la inversa. En otros términos, estaríamos ante una especie de círculos concéntricos.

Pues bien, se observa una mecánica estructural de corte muy similar en el Ingreso Mínimo Vital. Hay distintos peldaños en esa imaginaria escalera que conduce a la titularidad y ulterior beneficio económico de la prestación, puesto que no sólo se habla de un escenario objetivo de visión económica en el que el interesado ha de integrarse sino también, y además, de unas cláusulas subjetivas, ya sean a título individual o en régimen de la denominada *unidad de convivencia*¹⁸, sin cuya acreditación es imposible el acceder, primero, y el mantenerse, *a posteriori*, en la tenencia de la prestación.

En fin y como aporte constructivo personal, nos posicionamos ante un régimen jurídico mucho más controlador y, por ende, bastante más restrictivo, pero que, en contraprestación, deviene sensiblemente más garante, en cuanto a la eficacia de la causa protegida, en el marco de la actual era de la inseguridad social¹⁹. Todo ello, claro está, siempre y cuando se siga considerando que el carácter condicionado es el gran vértice sobre el que ha de seguir pivotando esta medida de amparo y es que, en efecto, si se saltare al otro platillo de la balanza y con ello se afirmase con rotundidad que esta premisa ha de ser netamente incondicionada para de este modo aproximarnos a la esencia de la renta básica universal, tales presupuestos quedarían fuera de escena.

2ª. Otra reflexión, esta vez revestida de una connotación mucho más crítica y negativa, tiene que ver con la doble referencia utilizada por el legislador para canalizar el régimen de duración del Ingreso Mínimo Vital. Como resulta obvio,

17. Artículos 264 y 266 del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, respectivamente.

18. Esta mención, de tenor no meramente plural o de yuxtaposición de intereses sino específicamente colectivo, es uno de los componentes que en mejor medida identifica la naturaleza del Ingreso Mínimo Vital, lo cual la acerca a las ya existentes Rentas Mínimas de Inserción pero la aleja de una futura Renta Básica Universal. Para un mejor entendimiento de la problemática, *vid.*, Monereo Pérez, J. L.: “La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del sistema de Seguridad Social en la sociedad del riesgo”, *ob. cit.*, pp. 450 y 457.

19. *Vid.*, Monereo Pérez, J. L.: “La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del sistema de Seguridad Social en la sociedad del riesgo”, *ob. cit.*, p. 488.

una ya la conocemos pues es la contenida en el artículo 12.1 del Real Decreto-ley 20/2020 y, en consecuencia, sirva todo lo expuesto en este apartado III como expositor de la misma. La segunda, y no precisamente en idéntico orden de ubicación por lo que se refiere a su encuadramiento sistemático en el texto de la norma, se sitúa en el artículo 3.c) del Real Decreto-ley 20/2020 que, por la importancia que conlleva en nuestra particular acometida, se reproduce a continuación en su tenor literal:

“Artículo 3. Características.

(...)

c) Es una prestación cuya duración se prolongará mientras persista la situación de vulnerabilidad económica y se mantengan los requisitos que originaron el derecho a su percepción”.

Así, pues, y aunque bajo el trazo de una lectura en diagonal las desemejanzas resultan bastante aparentes, es obligado profundizar en la analítica para llegar a calibrar el verdadero peso de las mismas.

En primer lugar y en aquello que concierne al presupuesto más objetivo, mientras el artículo 12.1 hace mención a que “subsistan los motivos que dieron lugar a su concesión” en una clara alusión a lo contenido en el artículo 1 respecto a un posible riesgo de pobreza acusado por una situación de vulnerabilidad ante la falta de recursos económicos o, alternativamente, a un posible riesgo de exclusión social, resulta que el artículo 3.c) única y exclusivamente menciona la tesitura de pobreza, pero exceptúa la de exclusión social. Es un hecho demostrado que ésta última, aun reconociendo que se trata de un presupuesto conceptual difuso²⁰, pasa por ser una situación o un trámite –según se quiera poner el acento en una visión más estática o más dinámica– por el que un individuo, yuxtaposición grupal o colectivo, queda parcial o completamente exceptuado de la participación comunitaria bajo motivos de raíz económica, carencia de empleo, déficit educacional o, incluso, falta de adaptación a las nuevas tecnologías, pues se trata de un hecho cada vez más patente ante la imparable digitalización. Así las cosas, insisto, creo que la dicción del artículo 1 del Real Decreto-ley 20/2020 está mal construida sobre la base de la “y” copulativa que vincula a “riesgo de pobreza” más “exclusión social” y que debería estar asentada sintácticamente sobre una “o” disyuntiva. Pero más negativa es, aún, la propuesta del artículo 3 pues va en contra, por defecto, de lo preceptuado en el artículo 1²¹.

En segundo lugar y por lo que se refiere al presupuesto subjetivo, frente a la previsión en materia de duración del artículo 12.1 Real Decreto-ley 20/2020 que sujeta

20. Coincidiendo con la línea interpretativa de Monereo Pérez, J. L.: “Nuevos derechos para nuevas situaciones de necesidad y de emergencia social: el Ingreso Mínimo Vital”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núm. 448, 2020, p. 31.

21. La reflexión aquí planteada sobre estos dos grandes conceptos -pobreza y exclusión social- es bastante más importante de lo que en un principio pudiera parecer a la hora de tratar la causa de la prestación, ya que nos encontramos ante el elemento clave que posibilita el incluir a esta medida sobre ingreso mínimos entre las denominadas técnicas de segunda generación. *Vid.*, Monereo Pérez, J. L.: “Nuevos derechos para nuevas situaciones de necesidad y de emergencia social: el Ingreso Mínimo Vital”, *ob. cit.* pp. 33 y 34.

la misma a “requisitos y obligaciones”, el artículo 3.c) sólo prevé “requisitos”, luego ¿cuáles son y en qué medida importan esas “obligaciones” que resultan obviadas en el tratamiento del capítulo I? Al fin y al cabo, la composición requisitos vs. obligaciones posibilita hablar de un deber jurídico recíproco²².

La posibilidad de acceder a un beneficio económico a través, por ejemplo y como es el caso que nos ocupa, de una prestación no contributiva de Ingreso Mínimo Vital, ostenta el formato jurídico de derecho y, como es bien sabido, no existen los derechos absolutos pues cualquiera de estos poderes jurídicos comporta algún límite. Pues bien, en materia de Ingreso Mínimo Vital el legislador destina un precepto y capítulo independiente del Real Decreto-ley 20/2020 para instaurar un armazón de obligaciones aplicable a las personas beneficiarias si verdaderamente quieren perdurar en el disfrute de esta prestación no contributiva. Así las cosas, tanto desde una perspectiva formal como de contenidos, nos hallamos ante una hipótesis sumamente importante respecto a la dinámica –particularmente la duración– de la prestación, sin embargo la misma resulta excluida, para esta concreta causa, del artículo 3.c) del Real Decreto-ley 20/2020, lo cual no tiene sentido ni por la notoriedad que esta figura comporta en sí misma como límite ni por su interpretación sistemática en la causa en la que se integra, esto es, la dinámica de una prestación no contributiva.

Sea como fuere y en una glosa de conjunto, estas dos patentes diferencias respecto a los grandes presupuestos en materia de duración de la acción protectora del Ingreso Mínimo Vital, ¿permiten fundamentar el que nos ubiquemos ante planteamientos legislativos diferentes? Sin lugar a dudas, no se postulan como regulaciones diametralmente opuestas, pero sí diferenciales. ¿Tal diferencia podría venir sustentada en un desigual supuesto de hecho y por tanto motivar la toma en consideración de distintas consecuencias jurídicas? Todo podría ser solucionado apuntando a un simple error por defecto en el artículo 3.c) del Real Decreto-ley 20/2020 aun cuando es la primera mención en el espacio de la norma. Sea como fuere, quede por el momento abierto el interrogante pues habrá que retomar esta controversia en el apartado siguiente.

IV. LA SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA

Sin temor al equívoco, estoy en disposición y, sobre todo, en la seguridad de advertir, que el acto jurídico cuyo tratamiento ahora se inicia es el que propone más contenido. Veremos a ver si también el que mayor número de controversias respecto a la glosa de su composición técnico jurídica.

En primer lugar, interesa sobremanera centrar el punto de atención en el párrafo inicial del artículo 14.2 del Real Decreto-ley 20/2020. Por la notoriedad que ello conlleva y que de seguido trataré de acreditar, se reproduce a continuación el tenor literal de su primer inciso:

22. *Vid.*, Monereo Pérez, J. L.: “La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del sistema de Seguridad Social en la sociedad del riesgo”, *ob. cit.*, p. 482.

“La suspensión del derecho al ingreso mínimo vital implicará la suspensión del pago de la prestación (...)”.

Sin lugar a dudas, nos hallamos ante una fórmula diferencial respecto de la utilizada por el legislador en el fragmento inicial del artículo 11.1 del Real Decreto-ley 20/2020 para escenificar el nacimiento de la acción protectora. En relación a esta última y conforme fue analizado en el apartado II de esta colaboración, resultaba objeto de crítica la confusión entre constitución de la relación jurídica y eficacia temporal de la acción protectora, ya que el legislador confunde la acreditación de los requisitos que obran derecho a la titularidad de la prestación no contributiva por Ingreso Mínimo Vital y el nacimiento del beneficio económico que el mismo comporta. Pues bien, no se comete el mismo error en lo que atiende a la constitución jurídica de la prerrogativa que en este instante centra nuestra atención, y no lo hace el legislador por cuanto separa en dos pautas, normativamente aisladas, las premisas de contenido y de forma que son objeto de tratamiento. La letra del primer párrafo –e inciso– del artículo 14.2 que se reproduce en el comienzo de este apartado es clara y probatoria al reseñar dos suspensiones: primero, la del derecho; a continuación, la que señala directamente a la consecuencia jurídica. Llegados a este punto y como no puede ser de otra manera, el reconocimiento en cuanto a lo acertado de esta proposición jurídico normativa, no opera sino como antesala al refrendo de la crítica vertida sobre la previsión del artículo 11.1 del Real Decreto-ley 20/2020. Expresado de otro modo, si el legislador evidencia que sabe manejar los diferentes supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas, ¿por qué no lo hace desde un primer momento?

En segundo lugar, se enlaza con una previsión que, empero, aparece con anterioridad, sistemáticamente hablando, en el texto de la norma. No otra que el artículo 14.1 del Real Decreto-ley 20/2020. El nexo en cuestión viene arbitrado en que, aquí sí, el legislador confiere crédito al por qué se puede ver suspendido este poder hacer jurídicamente tutelado, esto es, el primero de los ingredientes que utiliza en la doble fórmula suspensiva que a continuación propone en el artículo 14.2 y que ha sido explicada por mi parte en la primera reflexión de este apartado IV. Así las cosas y subrayando cuál es la causa de esta investigación, aunque no se trata del material jurídico más importante a los efectos de nuestro estudio, sí que hay algunos comentarios que, decididamente, merece la pena traer a colación:

- 1°. Por lo que respecta a las causas de suspensión propiamente dichas, no es lo más destacable el contenido o tipología de las mismas por cuanto se puede calificar como el elenco de las clásicas en cuanto a prerrogativas de calado idéntico o semejante en el ordenamiento jurídico social y, sobre todo, en el entramado de la protección social, léase una suerte de jaque a los requisitos de acceso, a las obligaciones para el mantenimiento y a las reglas de compatibilidad que cada vez con mayor presencia se institucionalizan entre prestaciones protectoras.

- 2º. Siempre bajo prisma de interpretación propia, lo más trascendente es tanto la acción como el criterio de temporalidad que se anudan a las mencionadas, aspecto que trae como escenario la “pérdida temporal” –de los requisitos– y el “incumplimiento temporal” –en referencia a las obligaciones y reglas de compatibilidad–. No plantea dudas interpretativas el patrón de tiempo, pues no sólo es denominador común en sendas acciones, sino que, además, enarbola el presupuesto capital de lo que representa la figura jurídica de la suspensión cuál es la duración determinada. Acaso la gran duda se cimiente en si hay que tratar de buscar diferencias semánticas entre la “pérdida” y el “incumplimiento”. A priori y según la Real Academia de la Lengua Española, mientras la pérdida conlleva una carencia, una privación de lo que se poseía, el incumplimiento denota una acción y efecto de no cumplir, esto es, mientras la primera es objetiva, el segundo tiene trazos de subjetividad al requerir un acto de voluntad. Sin embargo, esta semántica no tiene mucho sentido al aplicarse sobre el artículo 14.1 del Real Decreto-ley 20/2020 por cuanto hay “requisitos” cuya ausencia sí puede estar debida a un acto de voluntad del beneficiario como, por ejemplo, la residencia legal en territorio español. Además, la acción “incumplimiento” también se asocia a los propios requisitos como supuesto de hecho al que cabe ligar una consecuencia jurídica de suspensión cautelar, un apellido cuyo significado puede quedar integrado en el de suspensión propiamente dicha. En fin, ya que todas las posibles causas suspensivas están bajo el potencial influjo de una acción por voluntad propia, convendría suprimir el sustantivo “pérdida” del artículo 14.1.a) del Real Decreto-ley 20/2020 e integrar el de “incumplimiento” en la referencia inicial del artículo 14.1 del Real Decreto-ley 20/2020, como antesala a la enumeración de las causas en sí mismas consideradas.
- 3º. Llama la atención el calificativo de “cautelar” que se asocia a las causas descritas en sendos párrafos del artículo 14.1.c) del Real Decreto-ley 20/2020, ya que no tiene mucho sentido en su significado de preventivo. No resulta factible explicar con nitidez la intención del legislador cuando, sin ir más lejos, esa misma acción de “incumplimiento” sobre el objeto “obligaciones” está plasmada en el artículo 14.1.b) del Real Decreto-ley 20/2020 y no por ello es cautelar, todo ello a salvo de que pueda entrar en juego la interpretación del calificativo “temporal” que se anexiona al sustantivo “incumplimiento” del apartado b) pero no al del c), sin embargo intrascendente en mi opinión por cuanto, y como ya ha sido remarcado, la suspensión es siempre de duración determinada.
- 4º. Una crítica abierta y elevada al límite de intensidad respecto a la puerta abierta que, en materia de potenciales causas, configura el artículo 14.1.e) del Real Decreto-ley 20/2020. Se trata de una práctica ciertamente habitual en otros campos del sistema de protección social pero que no representa, precisamente, un factor de seguridad jurídica sino, por momentos y según las circunstancias, un factor de interpretación en pro de la Administración y, por ende, peyorativo para la consecución del interés estructural del administrado.

En tercer lugar y como el culmen para finalizar este apartado, tras el análisis de contenido en cuanto a las causas de suspensión, un tratamiento de aquello que podría ser identificado como las cuestiones de forma, temática que, en idéntica medida a la anterior, ofrece también bastantes aspectos merecedores de comentario y, en algunos exponentes, de una seria introspección sobre su procedencia, al menos en los términos en que la previsión ha resultado normativamente expuesta:

1º. Se inicia la argumentación con el ciclo vital que ha de ser predicable del acto jurídico que comporta la suspensión como tal considerada y, casi más reseñable, de los efectos jurídicos que de la misma cabe derivar. Volvemos a conectar, así, pues, y normativamente hablando, con el artículo 14.2, primer párrafo y primer inciso, pero, en esta ocasión, en la segunda parte y final del mismo.

Partiendo del día de inicio, tales efectos sincronizan su eficacia desde el “primer día del mes siguiente a aquel en que se produzcan la causas de suspensión o a aquel en que se tenga conocimiento por la entidad gestora competente (...)”, en consecuencia, y salvando la referencia a la operatividad del Instituto Nacional de la Seguridad Social en este concreto acto jurídico, estamos ante la misma fórmula que la arbitrada para el nacimiento de la acción tuitiva y que refleja el tratamiento jurídico más habitual para la mayoría de las prestaciones no contributivas. Tan solo apuntar que la referencia alternativa al efectivo conocimiento de la causa suspensiva por parte de la entidad gestora podría representar la diferencia entre lo que cabría denominar y al tiempo distinguir como suspensión material –instante en el que de manera efectiva emerge la causa– y suspensión formal –momento en el que la mencionada es conocida por la entidad gestora– lo cual puede obrar sin solución de continuidad o, por el contrario, con una laguna temporal intermedia que hiciera depender el efecto de la suspensión de un enclave temporal posterior. Ante una potencial duda que pudiere generar esta controversia, la regla general en materia de formalización de la relación de tutela en el espectro de la protección social es conceder la preferencia a la suspensión material, circunstancia que, aunque *a priori* habrá de jugar en favor del administrado –éste seguirá cobrando en tanto en cuanto el Instituto Nacional de la Seguridad Social desconozca la concurrencia de la causa–, seguramente será rápidamente compensada por el ente público mediante una acción de reintegro de cantidades indebidamente percibidas.

Por lo que concierne al día de finalización –conectando, de este modo y en la letra de la ley, con el segundo inciso del artículo 14.2, primer párrafo, del Real Decreto-ley 20/2020–, nos posicionamos ante una aparente contradicción que no es sino un exponente más de la defectuosa técnica legislativa que inunda casi por completo el Real Decreto-ley 20/2020. En efecto, si por una parte el texto normativo hace mención expresa a que “la suspensión se mantendrá mientras persistan las circunstancias que hubieran dado lugar a la misma”, en otro pasaje, aislado de manera evidentemente intencionada por un signo ortográfico de punto y aparte, se advierte que “si la suspensión se mantiene

durante un año, el derecho a la prestación quedará extinguido" (artículo 14.2, segundo párrafo, de idéntica norma), esto es, un ciclo suspensivo *sine die* conforme a una primera opción que recuerda en gran medida a la temporalidad del objeto en un contrato de obra o servicio determinado por esa extensión inicialmente incierta, frente a un ciclo suspensivo cerrado y cuyo tope es conocido *ex ante*. Lo cierto es que, si tratásemos de entrelazar sendas posturas, el resultante tendría perfecto sentido, léase un tenor intermedio en el espacio temporal con el límite máximo de un año. El gran problema es que el legislador decide ubicarlas con vida propia y, por tanto, como tal hay que interpretarlo, esto es, como dinámicas independientes, de ahí la inicialmente mencionada aparente contradicción que, en mi opinión, ha de ser resuelta en favor de la regla especial que viene determinada por la duración máxima anual, quizá inferior pero nunca superior.

2º. Una mención al momento temporal en que cabe se inicie la efectividad de un reenganche en el beneficio de la acción protectora que implica el Ingreso Mínimo Vital tras causa de suspensión. Tal instante se identifica, en el artículo 14.4 del Real Decreto-ley 20/2020, a través de "el día 1 del mes siguiente a la fecha en que hubieran decaído las causas que motivaron la suspensión". Llama poderosamente la atención que, en esta referencia, el legislador recurre al cardinal, esto es, el "día 1", cuando en materia de nacimiento y de la propia suspensión la referencia es al ordinal, léase "el primer día". Sea como fuere, la interpretación del patrón temporal "día" entonces argumentada y que terminaba abogando en favor del día hábil, es igualmente aplicable en esta consideración, de lo contrario arribaríamos a la ilógica e injusta conclusión de que, si el día 1 del mes siguiente en cuestión coincide en sábado, domingo o festivo, la prestación de Ingreso Mínimo Vital no podría reiniciarse nunca. Aspecto distinto es el cómputo diario de la prestación, aunque el abono sea de carácter mensual, pues aquí sí tiene sentido hablar del día 1 del mes para así garantizar que, aunque pueda ser administrativamente inhábil, sí es un día protegible y por tanto abonable.

3º. Es necesario plantear la posibilidad de reanudación en el disfrute de la acción protectora económica si se adviene el escenario planteado por el artículo 14.3 del Real Decreto-ley 20/2020. Por lo que ya sabemos puesto que ha sido argumentado en líneas previas, si la causa de suspensión persiste en su incidencia hasta el límite de la anualidad, la consecuencia jurídica es clara por obra y gracia de la propia letra de la ley: extinción de la prestación. Ahora bien, ¿qué ocurre si se remueve la causa suspensiva con anterioridad al cumplimiento del mencionado plazo? Pues que ello da lugar a dos comentarios. Uno respecto al elemento subjetivo y, el otro, en referencia al presupuesto objetivo.

Desde la perspectiva subjetiva, no sólo la entidad gestora de oficio sino también el propio titular de la prestación a instancia de parte, están habilitados para reiniciar el disfrute de la acción protectora. De entrada, tiene perfecta lógica si lo comparamos con el nacimiento de la prestación, pues mientras tal inicio en origen sólo puede venir a instancia de parte ya que el Instituto Nacional de la

Seguridad Social no puede ser conocedor por ciencia infusa de los intereses de cada administrado, en el reinicio tras causa de suspensión ya hay una relación bilateral creada y conocida por la propia entidad gestora. Otra cosa es que a ésta le interese, llegado el caso y momento, ser conocedora y por tanto actuante de dicha secuencia jurídica, a tenor de las negativas consecuencias que para las arcas públicas del sistema ello puede representar.

En lo que concierne a la dimensión objetiva, tal prerrogativa de reenganche no tanto a la titularidad del derecho en ningún momento extraviada, sino más bien al goce del beneficio económico que la primera habilita, sólo habrá de ser factible “siempre que se mantengan los requisitos que dieron lugar a su reconocimiento”, y aquí es donde viene el gran problema, un problema del que, todo sea dicho, no partimos de cero, esto es, no nos ha de resultar completamente desconocido por cuanto, y hasta una cierta dimensión, ya ha sido tratado en el apartado III de este mismo estudio.

Planteábamos entonces, me permito recordar, una reflexión de corte abiertamente crítico y peyorativo por cuanto, según el artículo 12.1 del Real Decreto-ley 20/2020, la duración de la acción protectora queda pendiente, entre otros factores, del cumplimiento tanto de los requisitos que confieren derecho a la titularidad como de las obligaciones que informan la condición de sujeto beneficiario de la prestación no contributiva protagonista de este ensayo, un argumento legal que difiere de las características que el propio legislador suministra al Ingreso Mínimo Vital en el artículo 3 y donde, para mayor concreción, su letra c) circunscribe la prolongación a los requisitos para la percepción, pero no así a las obligaciones.

Pues bien, en el apartado normativo que ahora es objeto de examen, el legislador condiciona el mencionado reenganche sólo al cumplimiento de los requisitos, pero no de las obligaciones. En otras palabras, secunda el artículo 3.c) del Real Decreto-ley 20/2020 y consecuentemente se aparta de la fórmula del artículo 12.1 de idéntica norma, todo lo cual habilita, paradójicamente, la siguiente consecuencia jurídica: si se postula activar y mantener el beneficio económico que supone el Ingreso Mínimo Vital, deberá acreditarse tanto el cumplimiento continuado de los requisitos de acceso como el respeto a ciertas obligaciones legales que emanan de la propia consideración de sujeto beneficiario. Sin embargo y dada la particular circunstancia, si lo que desea es reiniciar el disfrute del montante protector de una prestación temporalmente paralizada, sólo serán exigibles los requisitos, pero no las obligaciones, paralelamente a lo que regula el artículo 3.c) del Real Decreto-ley 20/2020.

Ya entonces –apartado III– dejábamos planteada la duda sobre las diferentes construcciones jurídicas arbitradas por los artículos 3.c) y 12.1 del Real Decreto-ley 20/2020, aunque también engarzada una posible solución interpretativa basada en un mero defecto de forma. Ahora y tras lo argumentado, a mayores de esta controversia y con fundamento en la contribución del artículo 14.3 del Real Decreto-ley 20/2020, cobra fuerza la idea de pensar en un error más de fondo,

de construcción y no de mera técnica legislativa, que nos abra la puerta a supuestos de hecho idénticos –el disfrute de una acción protectora que comporta una específica prestación no contributiva del sistema de protección social– que son jurídicamente institucionalizados, sin embargo, de manera desigual. Cabe demandar, en consecuencia y por este concreto aspecto, una reforma normativa que aclare la pretensión jurídica en pro del administrado.

Como gran conclusión, en fin, para el conjunto de este apartado IV, todo cuanto ha sido argüido sobre este denominado ciclo vital de la suspensión, genera *in fine* una conclusión cuanto menos llamativa: la originalidad que conlleva el poder estudiar, dentro de la vida de una prestación no contributiva como es el Ingreso Mínimo Vital, la duración de uno de sus posibles pilares cíclicos cual es la suspensión. En otras palabras, el análisis de una dinámica en el seno de otra dinámica. Quizá no enarbole esta circunstancia el mejor ejemplo de pedagogía, máxime teniendo en cuenta el esfuerzo de sistematización que ha habido que realizar para, mínimamente, sistematizar los vericuetos de contenido que contiene el artículo 14 del Real Decreto-ley 20/2020, pero sin duda contribuye a justificar la temática, y especialmente la causa, que es objeto de estudio.

V. LA EXTINCIÓN DE LA TUTELA

En primer lugar, la fórmula utilizada por el artículo 15 del Real Decreto-ley 20/2020 es coincidente, si bien sólo en términos parciales, con la empleada en el artículo 14 de idéntica norma en materia de suspensión. Por una parte, el apartado 1 lleva a cabo el enunciado de las causas que, de concurrir, ponen fin al derecho sobre el Ingreso Mínimo Vital en términos de titularidad, esto es, de reconocimiento oficial por la entidad gestora. Por otro lado, el apartado 2 pretende contribuir a ubicar el momento exacto a partir del cual cesa en su efectividad la acción protectora de orden económico²³. Pues bien, la estructura formal del primer apartado es coincidente en ambos preceptos, sin embargo, la del segundo apartado muestra un sensible tenor diferencial porque resulta incompleta y, desde mi punto de vista, errónea:

- 1º. El artículo 14.2 del Real Decreto-ley 20/2020 remarcaba que “la suspensión del derecho (...) implicará la suspensión del pago (...)”.
- 2º. El artículo 15.2 de la norma se limita a reglar que “la extinción del derecho a la prestación (...)”.

Se está promoviendo un solapamiento con la presentación del apartado 1 que se refiere, en el caso que nos ocupa, a la extinción de la relación jurídica entre ente

23. Sendos apartados representan tanto el efecto declarativo como el declarativo de derechos que vienen asociados al acto jurídico de extinción emitido por la entidad gestora competente. Vid., a este respecto, Monereo Pérez, J. L. y otros: *Manual de Seguridad Social*, ob. cit., pp. 214 y 215.

público y administrado, así como, por extensión y en términos de interpretación sistemática, incurriendo y reiterando en la misma tara que el artículo 11.1 del Real Decreto-ley 20/2020, en lo que comporta al nacimiento de la acción protectora propiamente dicha.

En fin, una nueva modalidad de error que, por desgracia, viene acompañada de los mismos efectos. Así las cosas, queda meridianamente clara la falta de técnica legislativa aportada por el legislador en la configuración de esta novedosa expresión normativa y es que, en efecto, tomando los tres grandes vértices que de manera imaginaria conforman la superficie de ese triángulo que simboliza la dinámica del Ingreso Mínimo Vital, léase nacimiento, suspensión y extinción, observamos tres proposiciones de régimen jurídico diferentes:

- 1º. La del artículo 11.1, como la más limitada tanto en términos de cantidad como de calidad.
- 2º. La del artículo 14.1 y 2, como sin lugar a dudas la más extensa, completa, acertada y, por ende, defendible.
- 3º. La del artículo 15.1 y 2, como aquella que se queda entre dos aguas, aquella que podríamos decir se posiciona en el medio, aunque no por ello, al menos en este caso, sea coloquialmente reflejo de la virtud, ya que en mi opinión y como acaba de ser argumentado escasas líneas atrás, no formaliza el fin de la acción protectora y, por tanto, es inexacta.

En segundo lugar y por lo que concierne a las causas de extinción, aun recordando que ello no representa de manera específica el núcleo de esta investigación, sí me gustaría aportar, de manera breve, los siguientes considerandos:

- 1º. El hecho de que se incorporan, en términos comparativos respecto a la suspensión, dos de los que podríamos denominar motivos clásicos para la extinción de una prestación de Seguridad Social: el fallecimiento del titular, por cuanto la extinción de la persona física y de su personalidad jurídica conlleva idéntica consecuencia sobre sus derechos y obligaciones, y la renuncia, como una suerte de desistimiento unilateral sin exigencia de causa legal que la formalice.
- 2º. Que respecto al objeto o contenido de las tres grandes causas para la suspensión estudiadas en el apartado IV –requisitos, obligaciones y reglas de compatibilidad– en materia de extinción queda exceptuada una acción negativa sobre las obligaciones que comporta la condición de sujeto beneficiario. A vueltas, en consecuencia, con la naturaleza de las obligaciones, y, sobre todo, los efectos jurídicos que la operativa sobre el respeto a las mismas desemboca en materia de dinámica del Ingreso Mínimo Vital. Por completar la secuencia argumental ya traída a colación, en una pluralidad de ocasiones, a lo largo de este estudio, cabe recordar que el artículo 3.c) no las presenta como requisito *sine qua non* para optar a la titularidad, que el artículo 12.1 sí las exige para la perdurabilidad en el tiempo respecto al disfrute y que, ahora, el artículo 14, se erige como

principal exponente en esta particular locura al atribuir, primero, una potencial incidencia peyorativa en las mismas como causa de suspensión –apartado 1.c)– pero exceptuarlas, *a posteriori*, en su presencia y necesario respeto como vía para el reinicio en el disfrute, tras haberse visto removida la causa de suspensión –apartado 3–. Lo único verdaderamente claro, eso sí, es que el criterio de temporalidad anudado a la acción que acompaña a cualquiera de los tres presupuestos es de carácter indefinido, lógico si de lo que estamos tratando es de una acción jurídica de extinción.

- 3º. Reiterar la crítica decidida a la puerta abierta para otras posibles causas de extinción conforme a la previsión del artículo 15.1.h) del Real Decreto-ley 20/2020. Dado que ello ya fue argumentado en relación a las causas de suspensión, nos remitimos a ello en este instante al efecto de no caer en reiteraciones innecesarias.

En tercer lugar, para finalizar, y saltando de este modo a la dimensión más formal, temporal, una breve, aunque ilustrativa, mención a las reglas de inicio y final de la titularidad y/o acción protectora:

- 1º. El artículo 15.2 reitera la fórmula del “primer día del mes siguiente” al de la fecha en que concurra la causa extintiva. No sólo se refuerza, de este modo, la pauta principal en cuanto a dinámica en el nivel no contributivo de cobertura, sino que igualmente se subraya la necesidad, ya casi sempiterna tras las múltiples citas a la misma efectuada en esta investigación, de diferenciar entre constitución de la relación jurídica, a efectos de titularidad, y beneficio de la acción protectora económica porque, en esta temática en concreto, juega en pro del administrado. Efectivamente, mientras que en materia de nacimiento la acción protectora no surte los efectos deseados hasta uno o varios días después, dependiendo de cuáles sean exactamente los meses del calendario implicados, en materia de extinción vas a poder seguir cobrando ese o esos días hasta la mensualidad siguiente, aunque ya se haya oficializado la causa y, por tanto, el fin en cuanto a la titularidad del derecho. Todo está en función de cuál sea la causa de la que se haga depender el cierre del beneficio económico y, específicamente, una potencial influencia de la voluntad del beneficiario en la concurrencia de la misma.
- 2º. Éste sería el argumento en cuanto al día de comienzo, propuesta que, paradójicamente, sirve para poner coto al presente apartado. A diferencia de la suspensión en la que hablábamos de un instante de comienzo común, por cierto, con esta prerrogativa, pero además de un momento de finalización ubicado en un curso anual natural, aquí, en la extinción, dado su tenor indefinido en el tiempo y por tanto casi por motivos obvios, sólo podemos tratar el momento de inicio, pero no de un hipotético final, pues ello impediría hablar de extinción en sí.

VI. EL DESPLAZAMIENTO AL EXTRANJERO Y SU INCIDENCIA EN LA DINÁMICA

El abordaje de esta concreta temática y su perfil normativo en el Real Decreto-ley 20/2020, responde a la posibilidad de hallarnos ante un exponente que puede mostrar su incidencia tanto en materia de suspensión como de extinción del Ingreso Mínimo Vital. Efectivamente, se trata de un supuesto de hecho que viene contemplado tanto en el artículo 14.1.c), segundo párrafo, como en el artículo 15.1.d) del Real Decreto-ley 20/2020, en sendos casos. Lo cierto es que una lectura en diagonal de ambas referencias, podría conducirnos a pensar en una reiteración del planteamiento y, por consiguiente, en una confusión, dada la asignación de diferente consecuencia jurídica. Queda justificado, de este modo, un análisis más detallado de las dos construcciones normativas, al efecto de tratar de encontrar una explicación plausible o, por el contrario, vernos en la tesitura de tener que confirmar un nuevo yerro de régimen jurídico.

Por la notoriedad que esta acometida amerita, se reproduce a continuación el tenor expreso de sendas previsiones normativas:

“Artículo 14. Suspensión del derecho.

1. El derecho al ingreso mínimo vital se suspenderá por las siguientes causas:

c) (...)

En todo caso, se procederá a la suspensión cautelar en el caso de traslado al extranjero por un periodo, continuado o no, superior a noventa días naturales al año, sin haber comunicado a la entidad gestora con antelación el mismo ni estar debidamente justificado”.

“Artículo 15. Extinción del derecho.

1. El derecho al ingreso mínimo vital se extinguirá por las siguientes causas:

d) Salida del territorio nacional sin comunicación ni justificación a la entidad gestora durante un periodo, continuado o no, superior a noventa días naturales al año”.

Pues bien, ahora que ya se ha tenido la oportunidad de leer, no en diagonal sino con el merecido detalle, estas pautas normativas, en mi opinión hay dos previsiones, sustantivas y adjetivas en términos lingüísticos, sobre las que deviene preceptivo reflexionar:

1ª. En lo que a los sustantivos hace referencia, mientras el artículo 14.1.c) se refiere a un “traslado” al “extranjero”, el artículo 15.1.d) alude a una “salida” del “territorio nacional”. Si tratamos de excavar en la exégesis, el “traslado” es una figura con una connotación jurídico-laboral en el artículo 40 Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y que, sin embargo, no agota la más amplia y genérica semántica del término “salida”. Por otra parte, tampoco hay que observar una equivalencia entre “territorio nacional” y “extranjero”, pues sería necesario puntualizar si la línea divisoria que demarca lo que estrictamente ya no

es territorio nacional hay que situarla en las fronteras que geográficamente sirven de perímetro a nuestro espacio doméstico –peninsular e insular– o hay que extenderlas a la superficie del Espacio Económico Europeo. No resulta baladí, en consecuencia, el penetrar hasta un cierto nivel al menos en el estudio sobre el empleo de la letra por parte del legislador, ya que podemos comprobar que, aunque no nos posicionemos ante escenarios diametralmente opuestos, sí hay ciertas diferencias que pudieren ser germen de controversias a la hora de seleccionar la correcta consecuencia jurídica que ha de ser objeto de aplicación. Siempre quedará la duda, no obstante, de si el legislador era consciente de esta potencial falta de sintonía o, por el contrario, se trata de un nuevo defecto de forma.

- 2ª. En lo que concierne al calificativo “cautelar” y prácticamente reiterando lo ya afirmado al respecto en el apartado IV de este mismo trabajo, tal viene asociado a la suspensión a modo, cabría entender, de prevención o reserva ante los perniciosos efectos para la Administración de un incumplimiento legislativo. Sea como fuere y desde mi punto de vista, la simbología de esa cautela va implícita en el espíritu de lo que ha de representar el acto jurídico de suspensión, esto es, toda causa suspensiva es cuantitativamente limitada en el tiempo y cualitativamente preventiva ante una posible restauración del supuesto de hecho o finalización de la causa que, en última instancia, la hubo motivado.

En fin y a modo de epílogo sobre este concreto exponente temático y normativo, se puede comprobar que la interpretación sistemática de sendas propuestas oferta más aspectos para la polémica de los que en un principio cupiera hacerse composición y, claro, casi como una consecuencia natural, no deviene precisamente sencillo el saber a ciencia cierta cuál es la consecuencia jurídica que hubiera de resultar de aplicación. Sea como fuere, ahí va mi tesis: la opción de la suspensión es siempre más beneficiosa que la de la extinción ya que, al menos para el caso que tenemos entre manos, posibilita un paréntesis en cuanto al beneficio económico frente a una pérdida en cuanto a la titularidad del derecho a la prestación en unos términos sólo hasta cierto punto similares respecto al régimen jurídico de la prestación por desempleo y la paralela puesta en práctica de una actividad profesional en régimen de dependencia o de autonomía, de todo lo cual cabe deducir y por tanto aseverar que, en caso de duda, es la solución por la que habrá de optarse al tratarse de la más beneficiosa para el interés del administrado.

VII. CONCLUSIONES

El derecho que todo ser humano ostenta –y por irradiación, si es el caso, su familia nuclear– a poseer un rendimiento económico mínimo, suficiente, como para cubrir con dignidad sus necesidades esenciales en un entorno social, es un derecho humano. En consecuencia, el legislador –doméstico, comunitario e internacional– está en la obligación de pujar por la salvaguarda del mismo.

En España, el Real Decreto-ley 20/2020 por el que se regula el Ingreso Mínimo Vital constituye la primera gran expresión en nuestra historia democrática –con origen en el poder gubernamental ejecutivo y ulterior convalidación mediante el más amplio y representativo bastión legislativo– por la consecución de este capital objetivo. La pregunta, no obstante, asalta: ¿se puede considerar *de facto* conseguido en el entorno social del que nos toca ser partícipes, o por el momento no es más que una expresión *de iure*, sí, pero sumergida en una notable oquedad?

El propósito prioritario de esta investigación ha sido el de tratar de encontrar una respuesta a este interrogante, pero no tanto a través de la analítica de los presupuestos que de manera clásica identifican el régimen jurídico de una prestación de Seguridad Social, sino más bien por el estudio de su dinámica para la protección, pues ello tiene, sin duda, un destacado grado de influencia. Pues bien, el examen detenido de la construcción normativa que a este respecto se oferta, no es precisamente alentador de buenas expectativas.

En primer lugar, la temática presentada se encuadra, formal y sistemáticamente, en el capítulo III del Real Decreto-ley 20/2020 sobre “Acción protectora”, lo cual no deja de ser cabal, pero, al tiempo, manifiestamente mejorable. En efecto, hablar de dinámica no es exactamente establecer las reglas que terminarán por cuantificar el importe de la prestación, aunque sí conecta con dicha formulación de espíritu tuitivo para encadenar el vértice temporal por el que la misma goza de plenitud. Así las cosas, debería haber disfrutado su tratamiento de un capítulo independiente en la norma o, como poco, de una sección claramente diferenciada en el seno del mismo. Como una prueba de lo que afirmo, el artículo 11 del Real Decreto-ley 20/2020, ya que su título reza “Derecho a la prestación y pago”. Sabemos que las reglas sobre dinámica para el germen de la tutela por Ingreso Mínimo Vital que se incluyen en su apartado 1 ni son “derecho a la prestación” por causa de titularidad como materialización de la constitución de la relación jurídica, ni tampoco son “pago” porque éste se vincula más a los aspectos de práctica formal propios de la gestión de las prestaciones de Seguridad Social.

En segundo lugar y por lo que concierne a las diferentes fases que atraviesa el ciclo vital de una prestación de Seguridad Social, se ha tenido la oportunidad de comprobar que en todos esos pilares instrumentalizados normativamente por los artículos 11, 12, 14 y 15 Real Decreto-ley 20/2020 convergen numerosos aspectos para el debate y, en ocasiones, para la crítica más abierta y decidida. No se deben confundir prerrogativas jurídicas distintas como la constitución de la relación jurídica y la formalización de la acción protectora que la misma termina habilitando. No se pueden establecer diferencias en cuanto a los condicionantes que gobiernan una misma acción si bien en diferentes patrones de tiempo, pues ello es tanto como decir que se asocian consecuencias jurídicas divergentes a un único supuesto de hecho dependiendo de cuál sea el momento en el que éste resulta valorado. No debiera ocurrir, en fin, que una disposición legislativa que parte de cero en su conformación y que ha podido aprovechar, en materia de protección social, la experiencia de un legislador con más de medio siglo de trabajo, acceda al tráfico jurídico con tantas limitaciones, tanto de

contenido como de forma. La evidencia está en que, tras solamente cuatro meses de vigencia en el sistema, haya sido ya reformada en una triple ocasión.

Lo cierto es que si nos olvidamos por un instante del compuesto normativo, una medida como el Ingreso Mínimo Vital es claramente loable en vistas no sólo a garantizar ese derecho humano con el que comenzábamos este apartado, sino además para contribuir a objetivos colaterales pero que se posicionan en la misma senda, como por ejemplo una acometida por dotar de una cierta uniformidad a las rentas mínimas de inserción autonómicas o, incluso, operar como trampolín de una futura, e incondicionada, renta básica universal. Sin embargo y por el momento, a tenor de esta propuesta reguladora, parece que aún falta mucho tiempo y, sobre todo, trabajo por hacer. De hecho y tan solo como un paradigma pero que contribuye bien al régimen de conclusiones, se puede colegir que el Ingreso Mínimo Vital ofrece pie a una involución respecto de las Rentas Mínimas de Inserción autonómicas, pues cuando éstas ya vienen posibilitando una estructura bifronte –pasiva y activa– de acción, el *ex novo* Ingreso Mínimo Vital tan solo postula la primera de las modalidades en tanto garantía de un listón mínimo de ingreso económico.

Lo cierto es que, al efecto de no cometer el fallo de comenzar a construir una casa por el tejado, muy posiblemente el legislador doméstico debiera de haber comenzado por el hecho de plantearse una sesuda reflexión sobre la potencial influencia de un actor como la Renta Mínima Europea Decente pues, auspiciada en fuentes internacionales y comunitarias como la acción operativa de la Organización Internacional del Trabajo o el Pilar Europeo de Derechos Humanos, ha de contribuir, en su condición de canon interpretativo, a mejorar las consecuencias jurídicas que, *de iure*, un instrumento de protección social como el aquí presentado puede llegar a ofrecer.

Bibliografía

- Álvarez Cortés, J. C.: "Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el Ingreso Mínimo Vital", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 56, 2020.
- Gala Durán, C.: "Los desafíos del nuevo Ingreso Mínimo Vital", *Iuslabor*, núm. 2, 2020.
- Monereo Pérez, J. L.: "La Renta Mínima Garantizada como medida estructural del sistema de Seguridad Social en la sociedad del riesgo", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales: Lex Social*, vol. 10, núm. 2, 2020.
- Monereo Pérez, J. L.: "Nuevos derechos para nuevas situaciones de necesidad y de emergencia social: el Ingreso Mínimo Vital", *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núm. 448, 2020.
- Monereo Pérez, J. L. y otros: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2019.



El Ingreso Mínimo Vital como reto social: una visión práctica

THE MINIMUM INCOME SCHEME AS A SOCIAL CHALLENGE: A PRACTICAL VISION

María Alexandra Díaz Mordillo

Directora Provincial del INSS y TGSS de Cáceres
maria-alexandra.diaz@seg-social.es

Recibido: 25.11.2020 | Aceptado: 15.12.2020

RESUMEN

El BOE número 154, de 1 de junio, publicaba el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital, una prestación no exenta de controversia desde su inicio. Este derecho subjetivo a la no pobreza se configura como una prestación económica de naturaleza asistencial cuya competencia se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social, especializado principalmente en las prestaciones contributivas del sistema. A pesar de su dilatada experiencia, la puesta en marcha en tiempo record del IMV ha supuesto un reto para la Entidad Gestora: el volumen de solicitudes, la crisis sanitaria o la falta de desarrollo reglamentario han sido los principales problemas. En este momento, una vez consolidada la prestación dentro del campo de actuación del INSS, se hace necesario incidir en el seguimiento y control del derecho a la vez que garantizar un servicio público de calidad.

ABSTRACT

BOE number 154 of 1 June published Royal Decree- Law 20/2020 of 29 May establishing the Minimum Income Scheme, a non-dispute-free benefit from its inception. This subjective right to non-poverty is set up as an economic benefit of an social nature whose competence is attributed to the National Institute of Social Security, which specializes mainly in the contributory benefits of the system. Despite its extensive experience, the implementation in record time of the IMV has been a challenge for the Managing Entity: the volume of applications, the health crisis or the lack of regulatory development have been the main problems. At this time, once the provision has been consolidated within the field of action of the INSS, it is necessary to influence the monitoring and control of the right while ensuring a quality public service.

PALABRAS CLAVE

Ingreso mínimo vital
Seguridad Social
Crisis sanitaria
Prestaciones
Rentas asistenciales

KEYWORDS

Minimum income scheme
Social Security
Health crisis
Social income

SUMARIO

- I. LA GESTIÓN CENTRALIZADA-CONCERTADA DEL INGRESO MÍNIMO VITAL
 - II. LA PUESTA EN MARCHA
 - III. LOS REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN
 - IV. EL FUTURO
 - V. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. LA GESTIÓN CENTRALIZADA-CONCERTADA DEL INGRESO MÍNIMO VITAL

El Boletín Oficial del Estado número 154, de 1 de junio, publicaba el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital (IMV), una prestación no exenta de controversia desde su inicio. Este derecho subjetivo a la no pobreza se configura como una prestación de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad económica, garantizando la mejora de oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias.

El artículo 22 atribuye la competencia para el reconocimiento y control de esta prestación económica, de naturaleza no contributiva, al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas y Entidades Locales –titulares hasta ahora del grueso de prestaciones básicas de ingresos mínimos– puedan suscribir el correspondiente convenio de colaboración para gestionar el IMV en su respectivo territorio¹. Este detalle resulta llamativo puesto que el INSS, desde sus inicios, se ha caracterizado básicamente por la gestión de las prestaciones de naturaleza contributiva, siendo residual su participación en aquellas prestaciones de carácter universalista y/o asistencial.

El Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, supone el germen del concepto de gestión social tal y como se conoce en la actualidad.

El texto surge de lo acordado en los Pactos de la Moncloa de 1977² y crea un sistema de participación institucional compartido entre los agentes sociales, favoreciendo la transparencia, racionalización y el principio de caja única. Quedan perfectamente delimitadas las tres áreas de objetivos específicos a proteger por los poderes públicos: la salud, la Seguridad Social y los servicios de Asistencia Social.

1. En los términos previstos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
2. Los Pactos de la Moncloa (*Texto Completo del Acuerdo Económico y del Acuerdo Político, Madrid, 8-27 octubre*; Servicio Central de Publicaciones/Secretaría General Técnica/Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977) marcaban como principios básicos del nuevo modelo de gestión: “Reducción de los costes de trabajo para las empresas mediante un menor crecimiento de las cuotas de la Seguridad Social y progresivo control social de las prestaciones con participación de los representantes de los trabajadores, de los empresarios y de las distintas fuerzas sociales. Como principio general, la actuación en el terreno de la Seguridad Social se ordenará con arreglo a criterios de creciente participación de la sociedad en las decisiones y en el funcionamiento de la misma”.

La creación del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, por Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, “facilitó el camino de las insoslayables reformas al unificar competencias dispersas, faltas de coordinación y exentas de planificación conjunta. Ahora bien, esa unidad de dirección política y administrativa resultaría insuficiente si no se perfeccionase en función de la experiencia adquirida y se completase con la estructura institucional suficiente”³.

El Real Decreto-ley 36/1978 recoge los preceptos del artículo 41 de la Constitución aclarando cuál iba a ser el modelo que garantizaría tal encomienda. Se establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, indicando que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres. El Real Decreto-ley sin embargo, a pesar de que adapta la fórmula planteada, entiende que la gestión directa del Estado no es la opción más acertada, apostando por un modelo en que éste encargaría esas funciones a Entidades diferentes con personalidad jurídica propia, apoyadas por la colaboración privada personificada en las Mutuas colaboradoras de la Seguridad social y los empresarios individualmente considerados.

Nacen así el INSS, para la gestión de las prestaciones económicas del Sistema; el Instituto Nacional de la Salud La creación del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, por Real Decreto de 4 de junio de 1977, facilitó el camino de las insoslayables reformas al unificar competencias dispersas, faltas de coordinación y exentas de planificación conjunta. Ahora bien, esa unidad de dirección política y administrativa resultaría insuficiente si no se perfeccionase en función de la experiencia adquirida y se completase con la estructura institucional suficiente, para las prestaciones sanitarias (hoy denominado Instituto Nacional de Gestión Sanitaria); el Instituto Nacional de Servicio Sociales, para la gestión de los servicios sociales (actual Instituto de Mayores y Servicios Sociales); el Instituto Social de la Marina, para la gestión de los trabajadores del mar y la Tesorería General de la Seguridad Social, como caja única del sistema, actuando bajo el principio de solidaridad financiera, además de método corrector para evitar el fraccionamiento del sistema.

En lo referente a las Entidades Gestoras, el RD-ley 36/1978 simplifica al máximo su número, racionaliza sus funciones, descentraliza sus tareas administrativas y faculta al Gobierno para regular la participación en ellas de Sindicatos, Organizaciones Empresariales y Administración, dando así cumplida respuesta a una de las demandas sociales de mayor arraigo y sentido de responsabilidad solidaria⁴.

En este momento, el Estado se reintegra funciones que había asumido la Seguridad Social y que no se consideraban propias de la misma, tales como el empleo, educación y servicios sociales, encuadradas más bien en el concepto general de servicio público que como prestación de Seguridad Social. El sistema de Seguridad Social gestionado por el INSS sigue siendo predominantemente contributivo.

3. Preámbulo del RD-ley 36/1978, de 16 de noviembre (BOE núm. 276, de 18 de noviembre).

4. Preámbulo del RD-ley 36/1978, de 16 de noviembre (BOE núm. 276, de 18 de noviembre).

Con la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social⁵, se pone de relieve la existencia de multitud de manifestaciones protectoras de naturaleza no contributiva reguladas al margen de las prestaciones contributivas de Seguridad, iniciando la transición hacia un nuevo modelo universalista y unitario de protección social. Para ello, se encarga a los poderes públicos realizar una “regulación unitaria de las distintas acciones para integrarlas en un nivel no contributivo de pensiones a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en una situación de necesidad protegible, carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia”⁶. Esta encomienda se materializa en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas⁷.

Uno de los principios del modelo de protección social introducido en la Constitución, que posteriormente se desarrollará por los diferentes Textos Refundidos de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) es el de solidaridad. La manifestación de solidaridad, en su sentido más amplio, exige a la Seguridad Social que extienda su ámbito a la protección de aquellos ciudadanos que se encuentran en situación de necesidad, garantizándoles unas prestaciones mínimas, más allá del ámbito contributivo.

La Ley 26/1990 consolida la senda de protección de estas necesidades no cubiertas, teniendo como objetivo la regulación de un nivel no contributivo de prestaciones económicas, como desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de la Constitución, dictada por tanto, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.17^a del mismo texto. Se introducen en el sistema las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas, atribuyendo su gestión al Instituto Nacional de Servicios Sociales o, en su caso, a las Comunidades Autónomas estatutariamente competentes, a las que, en aquel momento, ya hubiesen sido transferidos los servicios del referido Organismo. Por otro lado, se actualizan las prestaciones por hijo a cargo, haciéndolas llegar a todos los ciudadanos, aun cuando no hubieran cotizado nunca o no de manera suficiente, incluidos los trabajadores autónomos y culminando la idea de universalidad planteada en la Ley 26/1985. La gestión de estas prestaciones es atribuida al INSS.

La Ley 26/1990 se integrará posteriormente en el TRLGSS pero la idea de reparto de competencias y el desarrollo del principio de solidaridad se mantiene y refleja en la moderna gestión del Ingreso Mínimo Vital, que viene a cubrir el riesgo de pobreza como contingencia social, riesgo cuya protección se ha presentado segregada y residual, amparada sobre todo en la protección de Comunidades Autónomas y Entidades locales (sin perjuicio del campo de aplicación de las prestaciones familiares de naturaleza no contributiva, los complementos a mínimo⁸ o las asistenciales de desempleo).

5. Publicado en BOE núm. 183, de 1 de agosto de 1985.

6. Preámbulo de la Ley 26/1985, de 31 de julio.

7. Publicado en BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1990.

8. “La finalidad de los complementos a mínimo es garantizar unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza, a toda persona que dedicó su vida al trabajo, ocurrida la contingencia que lo separa de la actividad laboral. No se trata de una prestación contributiva de Seguridad Social a la que se tenga derecho por las cotizaciones efectuadas, sino que su naturaleza es de carácter asistencial, siendo su objeto el que los pensionistas alcancen el mínimo que cada año mediante norma con rango de Ley se considera necesario para

La AIReF (Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal), en su informe sobre rentas mínimas (“Los programas de rentas mínimas en España”⁹, que analiza la iniciativa legislativa popular que en febrero de 2017, a propuesta de UGT y CCOO, tomó en consideración el Parlamento de España para establecer una prestación de ingresos mínimos), considera que el sistema nacional de garantía de ingresos estaba muy fragmentado, cubriéndose las necesidades por prestaciones gestionadas por diferentes administraciones que acarrear, entre otros, problemas de desigualdad territorial.

Estos problemas de desigualdad territorial y de falta de cobertura se unen además a los tres grandes problemas de las prestaciones asistenciales del Gobierno central: fragmentación, bajas cuantías y huecos que dejan fuera del sistema a determinadas categorías de la población. El Estado debía simplificar el sistema de rentas mínimas, evitando el solapamiento entre las prestaciones de diferentes administraciones.

La elección de articular el Ingreso Mínimo vital dentro del sistema de Seguridad Social como prestación no contributiva, ya estaba recogido en la iniciativa legislativa popular, avalada por la AIReF y justificado en el preámbulo del Real Decreto-ley 20/2020 por razones de índole competencial. La exposición de motivos alude, como ya lo hizo la Ley 26/1990, al mandato que “el artículo 41 de la Constitución española otorga al régimen público de Seguridad social para garantizar la asistencia y prestaciones suficientes ante las situaciones de necesidad y asegurar un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad con independencia del lugar de residencia”.

Y es que no cabe duda de que “el artículo 41 de la Constitución convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en el que se producen y las necesidades de los diversos grupos sociales” (STC 77/1995, de 22 de mayo).

La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de seguridad social¹⁰ ya introducía un nuevo apartado en el artículo 38 del TRLGSS de 1994 que indicaba lo que sigue: “Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de esta ley”.

Desde los años 90, el Instituto Nacional de la Seguridad Social se especializa en la protección contributiva del sistema, atribuyéndose al Instituto de Mayores y Servicios Sociales la gestión de las pensiones no contributivas de invalidez y de jubilación, así como de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de Seguridad Social¹¹, sin perjuicio de las transferencias a las Comunidades Autónomas. A pesar de

su supervivencia, por lo que no se accede a los mismos cuando aquellos por rentas propias de cualquier naturaleza tienen ingresos que hacen incompatible su percepción. Se trata de prestaciones de naturaleza complementaria, que tienen autonomía propia en cuanto han de ser reconocidas en favor de quienes cumplan los específicos requisitos exigidos en las correspondientes normas reguladoras de esta materia”. STS 5355/2005, de 2 de abril de 2007.

9. Publicado en 2019, encargado por el Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2018.

10. Publicado en BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

11. Artículos. 66 y 373 TRLGSS.

esta especialización, varias son las prestaciones de naturaleza no contributiva y/o asistencial gestionadas por el INSS a lo largo de estos años: asistencia sanitaria (aunque pendiente de aplicación efectiva del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud), complementos a mínimos (inicialmente de naturaleza mixta) o prestaciones familiares en su modalidad no contributiva¹², como ejemplos más relevantes. Véase que en el TRLGSS de 2015 se reorganizan en un apartado único –Título VI– las prestaciones de naturaleza no contributiva incluidas en la acción protectora de su artículo 42.

Pero no son los únicos supuestos. La Ley 35/2007, de 15 de noviembre¹³, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, utiliza el marco de protección a la familia, dispensado por las prestaciones familiares por hijo a cargo, para introducir en el Sistema de Seguridad Social un pago único como fomento de la natalidad. Se crea una prestación híbrida: se considera beneficio fiscal para las personas trabajadoras y, de forma subsidiaria, para las aquellas otras personas que no tienen derecho al beneficio fiscal por no encontrarse en la situación descrita, el pago adquiere la naturaleza de prestación no contributiva de Seguridad Social.

Por tanto, dada la diferente naturaleza de los beneficios, también resultaba distinta la cobertura financiera de los mismos que, respecto de la deducción fiscal, recae en la parte estatal de la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, mientras que, en su vertiente de prestación no contributiva de Seguridad Social, será financiada por aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad Social. Esta distinción, sin embargo, tampoco impidió que fuera el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el órgano encargado de la gestión en su totalidad, a pesar de que la ley contemplaba que sólo sería competente en la versión no contributiva de la prestación (incluso se recogía la opción de delegar la gestión en los órganos de la Agencia Estatal de la Administración, sustentados en el artículo 13 de la todavía vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los requisitos, referidos a los órganos delegados, del apartado cuarto de la disposición adicional decimotercera de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado).

La propuesta del INSS como organismo supervisor del IMV, recuperando el control estatal de la situación y evitando duplicidades, si bien se sustenta en el artículo 149.1.17ª de la Constitución (que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus

12. El Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, publicado en BOE núm. 279, de 22 de noviembre, reordena las prestaciones familiares y las configura como prestaciones de naturaleza no contributiva, excepto la consideración como período de cotización efectiva del primer año de excedencia, con reserva de puesto de trabajo, que los trabajadores disfruten por razón del cuidado de cada hijo nacido o adoptado, o de un menor en los supuestos de acogimiento permanente o preadoptivo. Además, se amplía esta prestación a los supuestos de excedencia para cuidado de otros familiares.

13. Publicado en BOE núm. 275, de 16 de noviembre de 2007.

servicios por las CCAA), produce cierta deformación del título competencial recogido en el artículo 148.1.20ª, que señala que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de asistencia social¹⁴. Recordemos que han sido precisamente éstas las que han articulado de manera espontánea un sistema de protección de la pobreza que no tenía el Estado.

La puesta en marcha en el País Vasco del primer programa autonómico de rentas mínimas en 1989 inició un proceso que hizo que, a mediados de los años noventa, todas las Comunidades Autónomas contaran con su propia prestación asistencial. Estas rentas han supuesto el último recurso de la red de protección contra la pobreza. “Sin embargo, se trata de modelos muy diferentes entre sí, con variaciones muy sustanciales en su diseño, y especialmente en sus grados de cobertura y nivel de protección. El resultado ha sido una heterogeneidad significativa en el acceso a las prestaciones sociales de las personas en situación de necesidad, muchas de las cuales continúan sin ser suficientemente cubiertas por nuestro Estado del bienestar”¹⁵. A pesar de las disfuncionalidades que presenta, hemos de reconocer que se trata de un sistema de protección que se encuentra plenamente consolidado en el tiempo. Esto ha supuesto un importante reto de coordinación para el legislador del Ingreso Mínimo Vital.

Existían dos opciones iniciales; crear una disposición normativa que armonizara las rentas existentes, siguiendo un modelo similar al que supuso la creación del Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, o bien decantarse por la creación de una prestación completamente nueva, adicional a las ya existentes, a pesar del riesgo de seguir manteniendo ciertas duplicidades. Probablemente la situación económica provocada por la crisis sanitaria y el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, acelera el proyecto y empuja al legislador a decantarse por la segunda opción con el problema añadido que supone la coordinación de una nueva protección frente a las existentes.

El RD-ley 20/2020 entiende que, si en el cómputo de ingresos quedan expresamente excluidas las prestaciones concedidas en concepto de rentas mínimas, el Ingreso Mínimo Vital se configura como una prestación *suelo* compatible con los sistemas de protección autonómicos¹⁶. Aunque la labor de las Autonomías no se agotará con el

14. A modo de ejemplo, se cita la exposición de motivos de la Ley 5/2019, de 20 de febrero, de Renta Extremeña Garantizada publicada en el DOE núm. 39, de 26 de febrero de 2019: “Por su parte, la Constitución española determina en su artículo 9.2 que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural. De igual modo, atribuye a los poderes públicos la obligación de fomentar medidas para el empleo y de establecer prestaciones económicas que aminoren los efectos de la exclusión. En el marco autonómico, el artículo 9.1.27 del Estatuto de Autonomía de Extremadura atribuye a la Comunidad Autónoma de Extremadura la competencia exclusiva en materia de acción social, y en particular sobre la prevención, atención e inserción social de los colectivos afectados por cualquier tipo de discapacidad, dependencia o cualesquiera otras circunstancias determinantes de exclusión social, y sobre las prestaciones económicas de asistencia social diferentes de las de seguridad social. Asimismo, insta a los poderes públicos extremeños, en su artículo 7.14, a que velen por la especial protección de aquellos sectores de población con especiales necesidades de cualquier tipo”.

15. ARef: *Los programas de Rentas Mínimas en España*.

16. A modo de ejemplo, el tratamiento que se hace en la Ley 5/2019, de 20 de febrero, de Renta Extremeña Ga-

acople de sus rentas básicas, pudiendo habilitarse, como ya se ha señalado, los correspondientes convenios de colaboración que permitan tanto a las Comunidades Autónomas como a las Entidades locales la incoación de expedientes IMV y su posible tramitación hasta la resolución final¹⁷.

De este modo, las Comunidades Autónomas podrán seguir modulando su acción protectora para adecuarla a las peculiaridades de cada territorio, respetando el principio de autonomía política y permitiendo preservar su papel como última red de protección asistencial. Aunque la mayoría de las Autonomías han adaptado sus prestaciones para hacerlas complementarias en cuantía y derechos a la estatal, la libertad que se les confiere no evita la existencia de duplicidades criticada en el informe de la AIREF.

Frente a esta posibilidad, el legislador deja prevista la exigencia de una progresiva reordenación del conjunto de ayudas estatales cuyos objetivos se solapen con los de esta nueva prestación, iniciando el proceso de reajuste con la eliminación de la prestación familiar por hijo o menor acogido a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%¹⁸.

La norma establece un régimen de incompatibilidad para ambas prestaciones, evitando que se puedan cursar nuevas solicitudes, quedando a extinguir las que hubieran sido reconocidas con anterioridad¹⁹. Además, se complementa con un régimen excepcional de reconocimiento de oficio del Ingreso Mínimo Vital a actuales beneficiarios de prestación familiar que permite alternar ambas prestaciones revisando de oficio el cumplimiento de requisitos en cada caso (prestación transitoria de Ingreso Mínimo Vital).

Esta integración plantea un problema. Y es que no tienen nada en común más allá de la naturaleza no contributiva de ambas prestaciones y su encomienda de gestión al INSS. Los fines que se persiguen son diferentes: “El Ingreso Mínimo Vital es una prestación de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica. Va dirigida a

rantizada publicada en el DOE núm. 39, de 26 de febrero: “Esta renta tiene carácter complementario, en los términos establecidos en esta ley, en relación con la percepción de otros ingresos o prestaciones públicas, y naturaleza subsidiaria de cualquier otro tipo de recursos y prestaciones económicas previstos en la legislación vigente, los cuales deberán hacerse valer íntegramente con carácter previo a su solicitud”

17. Artículo 22.2 RD-ley 20/2020: “En el marco del correspondiente convenio suscrito con el Instituto Nacional de Seguridad Social, podrá acordarse que, iniciado el expediente por la respectiva administración, la posterior tramitación y gestión previas a la resolución del expediente se efectúe por la administración que hubiere incoado el procedimiento”.

18. La disposición transitoria I.3.b) reconocía el régimen transitorio hasta el 31 de diciembre de 2020. El RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, por el que se regula el trabajo a distancia, ha ampliado este apartado para poder reconvertir de oficio un mayor número de prestaciones familiares por hijo a cargo mejor de 18 años no discapacitado. En este caso, cuando el número de convivientes que consta en las bases de datos que el INE cede periódicamente a la AEAT, sea mayor que el número de integrantes que figuren en el expediente de la prestación familiar, la unidad de convivencia estará compuesta únicamente por el beneficiario de esta prestación familiar, el otro progenitor en caso de convivencia y el resto de hijos o menores a cargo, causantes de la prestación familiar, siempre y cuando, conforme a los datos tributarios del ejercicio 2019, no supere la cuantía mensual de la renta garantizada que les corresponda. Además, se amplía el régimen transitorio a una nueva revisión con fecha 31 de diciembre de 2021. El RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, elimina la necesidad de dar opción a los solicitantes de Ingreso Mínimo Vital que perciban prestación familiar por hijo a cargo a extinguir, siempre que la cuantía de la primera sea superior a la de la segunda, suponiendo asimismo, la extinción de ésta. La obligación de tener que dar opción en estos casos ralentizaba el reconocimiento de la prestación.

19. Disposición transitoria VII.

prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas”²⁰. Por el contrario, la prestación familiar por hijo a cargo no discapacitado menor de 18 años, sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%, está destinada a paliar el aumento de gastos que suponen las cargas familiares en hogares con menores ingresos, independientemente del número de convivientes, y que permita una atención adecuada a las necesidades básicas de la infancia. La situación de vulnerabilidad del Ingreso Mínimo Vital supone un límite de ingresos más estricto que el previsto para la asignación familiar, pudiendo darse el caso de desprotección de colectivos vulnerables al final del periodo transitorio, a pesar de la cuantía superior que supone el reconocimiento del IMV con respecto a la prestación actual²¹.

Teniendo presente la idea de reorganización, el RD-ley 28/2020 introduce la posibilidad de que se reconozca de oficio el IMV a beneficiarios de Rentas Básicas o Rentas de Inserción de las Comunidades Autónomas, siempre que estos organismos envíen al INSS un certificado acreditativo de la composición de la unidad de convivencia y del cumplimiento del resto de requisitos. En caso de error, serán estas mismas entidades las que abonarán a su cargo la prestación indebida.

Las Comunidades Autónomas, como no podía ser de otra manera, están llamadas a desarrollar un papel de suma importancia en la puesta en marcha y seguimiento del IMV mediante una gestión centralizada-concertada, si bien los convenios llegarán con cierto retraso. Participarán en el intercambio y puesta en marcha de información (a través de la comunicación de datos de prestaciones de su competencia a través del Registro de Prestaciones Sociales Públicas o la nueva Tarjeta Social Digital), en la mejora de la gestión (participando junto al Gobierno en la Comisión de seguimiento del IMV) o la atribución excepcional de funciones que la norma contempla para el País Vasco y Navarra en sus diferentes ámbitos (encomienda de gestión que culminará en el respectivo convenio), basada en el argumento de que estas Administraciones Forales disponen de Hacienda propia (hecho que no supone, en la práctica, ningún elemento diferencial en el tratamiento que pudiera darse en otros territorios en los que la AEAT es la encargada de la transmisión de datos).

20. Artículos 1 y 2 del RD-ley 20/2020.

21. Teniendo en cuenta el límite de ingresos de 2020, referidos a los ingresos obtenidos en 2019, y comparando con un hogar “tipo”, formado por dos adultos con dos hijos, el límite no superable del IMV asciende a 10.522’20 €. El límite para la prestación familiar está fijado en 14.287’60 € (que puede llegar a los 14.969’60 € en el caso de abono por diferencias). Esto sin contar con el caso en que en la unidad de convivencia existan otros familiares unidos por sistema de filiación cruzada que pudieran aportar ingresos que en prestación familiar no serían tenidos en cuenta o que uno de los progenitores fuera administrador de sociedad mercantil, caso en el que estaría excluido de manera automática independientemente de los ingresos declarados. Si observamos la situación de una familia numerosa con dos padres y tres hijos, caso en que la prestación familiar es más benévola, el límite se fija en 18.699 € (19.722 € por diferencias). Para el IMV hablaríamos de 12.183’60€. Aunque más flagrante sería si sólo existe un progenitor con tres hijos: 10.522 €. Fuente: www.seg-social.es.

II. LA PUESTA EN MARCHA

Las normas de procedimiento del IMV contenidas en el capítulo IV del RD-ley 20/2020, no distan mucho de las que podemos encontrar en otros procesos de prestaciones gestionadas por el INSS. El artículo 21 nos remite al artículo 129 del TRLGSS por el que se somete a la Ley de Procedimiento Administrativo Común²² la tramitación de las prestaciones y demás actos en materia de Seguridad Social, incluida la prestación de desempleo, siempre que no tengan carácter recaudatorio o sancionador, con las especialidades previstas en cuanto a revisiones e impugnaciones de actos –reclamación previa y demanda ante la jurisdicción social²³–. El plazo máximo de resolución y notificación se fija en seis meses desde la fecha de registro de la solicitud –de tres meses en su inicio– siendo negativo el sentido del silencio y contemplándose un plazo de tres meses para la posible caducidad. Sin duda, nada reseñable, salvo por el reto que ha supuesto para la Entidad Gestora, a pesar de su dilatada experiencia prestacional, la puesta en marcha de una prestación de nueva creación, con particularidades propias y en tiempo record. El Preámbulo reconoce la dificultad: “La urgente necesidad de proceder al pago de estas prestaciones, ante la necesidad social derivada de la crisis del COVID-19, hace que los plazos de implementación sean extraordinariamente breves, dificultando el desarrollo de los sistemas informáticos adecuados, así como reordenar los procedimientos de control”. Estas circunstancias, como todo lo relacionado con la crisis sanitaria, han acelerado el desarrollo y explotación de las posibilidades que ofrece la Administración Electrónica.

Determina el artículo 24 del RD-ley 20/2020 que la solicitud se realizará en el modelo “normalizado establecido al efecto, acompañada de la documentación necesaria para justificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en este real decreto-ley y en sus normas de desarrollo. Dicha solicitud se presentará, preferentemente, en la sede electrónica de la Seguridad Social o a través de aquellos otros canales de comunicación telemática que el Instituto Nacional de la Seguridad Social tenga habilitados al efecto, sin perjuicio de lo que pueda establecerse en el marco de los convenios a los que se refiere el artículo 29”. Dando la opción de suplir aquellos documentos que el interesado no puede aportar en el momento de la solicitud –y que la Administración no tenga en su poder– por una declaración responsable que obliga a su presentación durante la tramitación del procedimiento. También constarán mediante declaración responsable, los datos referentes al patrimonio, rentas o ingresos del solicitante y de todos y cada uno de los miembros de la unidad de convivencia que posteriormente serán comprobados de oficio con los datos tributarios²⁴.

22. Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre).

23. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 de octubre).

24. La disposición adicional 40ª del TRLGSS en la redacción dada por la Ley 34/2014 y de acuerdo con los artículos 38 y 39 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, ya introducía la posibilidad de tramitación electrónica de procedimientos en materia de prestaciones, excluyendo las pensiones no contributivas.

Es decir, el INSS pone a disposición del ciudadano los servicios de SEDE habituales de presentación de solicitudes mediante identificación electrónica, además de un servicio propio en el que no es necesaria la identificación previa, supliéndola con una declaración de voluntad (siendo residual la presentación en papel). Este modo de iniciar del procedimiento administrativo nace de manera natural durante el estado de alarma²⁵ como consecuencia del cierre de las oficinas de atención e información al ciudadano de las diferentes Entidades Gestoras. Se trataba de simplificar procesos evitando la interrupción de rentas, resolviendo de manera provisional las prestaciones de los interesados que no disponían de ningún método de identificación digital y facilitándoles la presentación a través de un servicio específico dentro de la sede de Seguridad Social²⁶, independiente del Registro Electrónico o los servicios tasados. Se daba, además, solución a los supuestos de imposibilidad de obtención de documentos públicos. Lo que en principio parecía una “reinención” de urgencia del procedimiento administrativo, finalmente toma forma legal a través del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario²⁷.

El RD-ley 13/2020 aprueba una serie de medidas extraordinarias de simplificación consistentes en permitir a aquellas personas que no disponían de certificado electrónico o clave permanente, ejercer sus derechos, presentar documentos o realizar otros trámites mediante un servicio específico accesible mediante la web de Seguridad Social. En estos casos se admite la identidad declarada por el interesado, sin perjuicio de las comprobaciones que pudiera realizar la Entidad Gestora a través del sistema SVDIR²⁸.

Para el IMV se adapta la misma fórmula²⁹ descartando la provisionalidad de la resolución y considerando necesario, al igual que en el servicio original, la existencia de constancia expresa de la voluntad del interesado o consentimiento a la tramitación de su expediente, en ausencia de firma digital. Se puede igualmente utilizar documentos alternativos y declaración responsable que obliga a realizar la presentación durante el

25. Confinamiento domiciliario provocado por la situación sanitaria y amparado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

26. https://sede.seg-social.gob.es/wps/portal/sede/sede/EmpresasyProfesionales/prestaciones/inss_2.37!/ut/p/z1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljo8zizjQ3NTAwtdQx93A08XQ0cQ329Qy2NA43dHU31w_EpMLA00I8iRr8BDu-BIUL8XIQVAHxgV-Tr7putHFSSWZOhm5qXl60cUfKUWlyQmAz2ZWqwfKZIXXBxvpGdsDnROFD4DwR4CK8Dj4mCgk-QW5oRFVPh4GWSaOigBYzZ8j/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/

27. Disposición adicional tercera (BOE núm. 98, de 8 de abril de 2020), con entrada en vigor el 9 de abril.

28. Sistema que implementa la Verificación y la Consulta de los Datos de Identidad, regulado en el Real Decreto 522/2006, de 28 de abril, y la Verificación de Datos de Residencia, regulado en el Real Decreto 523/2006, de 28 de abril.

29. https://sede.seg-social.gob.es/wps/portal/sede/sede/Inicio/detalle!/ut/p/z1/pZRdd6lwEIZ_DZeYSfjeO3R7r-K7WWmsVbjwhBM0uBAqptwrN9ieut0P3D1yQxgm7zt5hgHFal1iSfdiS5Uojc31cxS7Gwu7Ng4AT4a4b0OIZ_cuub7C-MAS0OibAX64QUY9_wHFKGZSVWqHooanfMnKqbgUadkY0AYMYOIppSmVbSSjhcgFNYB4YBMQsmlahYqjFEWE-Y4enCTOzICWmbafMDJhrm76FPduhDncd663iU0kwuOjwOf2yDKy5BcHZilet3xmFY0IXIG4FjMYo3uZl8tqBUCaWv-0VxzTNe87r3VOvwTqnqkwEGHA6HXIXWiu9RgMSUtVUctU0t8egAdX7XSgDBke8PC1rA7YGjKRgomxJ1_t21WwY-bxVy3vzJelc2Cq0_WKKFTo00VO90INCg9IH6sHgAoqlp6nvBD2gpy7rQh1qcegaBkxDXY6aX-WDajA1MaiXEdLbLfU-bA8zyGruFXhyGeO63DzB_dzTH43oUOr_LOzAc8BjIBd-pDGMwXy8kNtsCzL5QfdzV8SNyWtfj6-BiHehraDj1rzP8z-DuC8LVslUk8HU921iqqdKWRWovX721Pib0Q_fOldRP9pzjqjDsG6UH58bk4vjfrTD6YqloVwZjf7vwXK9_vtsXmc_GjM-b77xO-ui0GiX-4z4rVDz89HTU!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/

trámite. El sistema ha permitido recibir un elevado número de solicitudes en un corto periodo de tiempo,³⁰ aunque no ha salvado el problema que genera la denominada “brecha digital” en un colectivo tan sensible como el potencial beneficiario de IMV. La creación del formulario web se une a la puesta en marcha de un simulador virtual con un alto grado de precisión que permite al interesado hacerse una idea previa de su eventual derecho.

Buscando celeridad, el RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, a su vez, posibilita que el órgano competente, con carácter previo a la admisión de la solicitud, proceda a comprobar si los beneficiarios que vivan solos o formen parte de una unidad de convivencia y teniendo en cuenta los datos declarados en la solicitud, cumplen o no el requisito de vulnerabilidad económica previsto en el artículo 7.1.b). La motivación es sencilla, si tenemos en cuenta que la situación protegible es la de pobreza, parece lógico anteponer el requisito de vulnerabilidad antes de cualquier otro. El plazo para dictar resolución sobre la inadmisión es de 30 días y contra la misma podrá interponerse reclamación previa conforme al artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social y cuyo objeto se limitará a conocer sobre la causa de inadmisión. En caso contrario, admitida a trámite la solicitud y una vez iniciada la instrucción del expediente, volverán a comprobarse los requisitos, incluido el de ingresos mediante cruce de datos con la Administración competente, no impidiendo su desestimación si se detecta que realmente no se cumple el requisito de vulnerabilidad.

Se considera vulnerabilidad económica aquellos casos en los que el promedio mensual de ingresos y rentas computables de la persona que vive sola o del conjunto de miembros que integran la unidad de convivencia, correspondiente al ejercicio anterior, sea inferior a la cuantía mensual de la renta garantizada por el IMV, al menos en diez euros. Por el contrario, no se consideran en situación de vulnerabilidad, sea cual sea su renta, cuando el beneficiario individual o convivientes sean titulares de un patrimonio que supere la cuantía determinada normativamente. Por último, tampoco se considerarán beneficiarias las personas individuales o las personas que se integren en una unidad de convivencia en la que cualquiera de sus miembros sea administrador de derecho de una sociedad mercantil que no haya cesado en su actividad, independientemente del nivel de rentas o patrimonio.

Como vemos, tres son los requisitos básicos que construyen la situación protegible: carencia de ingresos, umbral de patrimonio y la no presencia de un administrador de derecho de sociedad mercantil.

El INSS tiene experiencia en realizar cruces periódicos con la Agencia Tributaria para el seguimiento y control de aquellas prestaciones de naturaleza no contributiva

30. Si establecemos una comparativa con otras prestaciones y poniendo como ejemplo la Dirección Provincial de Cáceres, debemos recurrir a los datos para hacernos una idea de la envergadura real del cúmulo de solicitudes. Durante el año 2019 (enero a diciembre) se presentan en esta provincia un total de 6347 pensiones –1734 incapacidades permanentes; 3001 jubilaciones, 1247 viudedades, 271 orfandades y 94 favores de familiar– además de 6220 subsidios –1220 incapacidades temporales, 3557 prestaciones por nacimiento y 1443 prestaciones familiares–. Si atendemos a los datos IMV de esta misma provincia, las solicitudes han ascendido a 9623 desde el 15 de junio al 30 de septiembre. Fuente: www.seg-social.es, a través de nota de prensa con datos a 30 de septiembre.

vinculadas a no superar un determinado límite de rentas³¹ (asistencia sanitaria para el copago farmacéutico, complemento a mínimos o asignaciones familiares). El artículo 10 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas en materia de prestaciones por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social³², reordena la forma de cálculo de rentas computables a partir del 1 de enero de 2013 para el acceso o el mantenimiento del derecho a prestaciones comprendidas en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, distintas de las pensiones no contributivas y de las prestaciones por desempleo. En los casos, indica el artículo 50 del TRLGSS, en los que se exija legal o reglamentariamente la no superación de un determinado nivel de ingresos, se considerarán como tales los rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas, ganancias patrimoniales, así como cualquiera bienes y derechos de naturaleza prestacional, en los mismos términos en que son computados en el artículo 59.1 del TRLGSS para el reconocimiento de los complementos para mínimos.³³ Esto es: tanto los rendimientos de trabajo como los procedentes de actividades económicas se computarán en su valor neto³⁴, es decir, de los ingresos íntegros se restarán los gastos deducibles, de acuerdo con la legislación fiscal. En cuanto a los rendimientos de capital mobiliario, sólo se computarán los intereses u otra clase de rendimientos obtenidos por el beneficiario, pero no el capital en sí mismo; el cómputo se realizará en su valor íntegro. Para el capital inmobiliario se tendrán en cuenta, también, los ingresos en su valor íntegro, excluyendo los gastos deducibles, de acuerdo con la legislación fiscal³⁵. De las ganancias patrimoniales se computarán únicamente las ganancias netas, con saldo positivo, que se imputen al año de referencia de los ingresos a considerar, derivadas de la venta de bienes muebles (acciones, fondos de inversión, etc.) o de bienes inmuebles.

Para el IMV se establece un cómputo de ingresos más próximo al de las pensiones no contributivas (art. 353 TRLGSS) o del nivel asistencial de desempleo (art. 275 TRLGSS). El artículo 18 del RD-ley 20/2020 establece que, con carácter general, las rentas se computarán por su valor íntegro, excepto las procedentes de actividades económicas, de arrendamientos de inmuebles o de regímenes especiales, que se computarán por su rendimiento neto. Los rendimientos procedentes de actividades

31. La cesión de datos tributarios se encuentra legalmente prevista con ocasión de la colaboración en el descubrimiento de fraudes en la obtención y disfrute de prestaciones a la Seguridad Social en el artículo 95.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria o, en su caso, en la normativa foral aplicable.

32. Publicado en BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 2012.

33. Las nuevas disposiciones normativas citadas modificaron, desde 1 de enero de 2013, el sistema de cómputo de ingresos establecido en el artículo 14 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, para acreditar el requisito de no superar un determinado nivel ingresos anuales previsto en el artículo 19.1 del citado Real Decreto, en concordancia con el artículo 10.1.c) de la misma norma.

34. La diferencia introducida el 1 de enero de 2013 es la de tomar en consideración los rendimientos netos, en lugar de los íntegros, a la hora de computar los ingresos obtenidos por trabajo. Esto ocasionó que se moviera el umbral de acceso posibilitando percibir la prestación familiar a un colectivo mayor de beneficiarios.

35. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE núm. 285, de 29 de noviembre).

económicas, las ganancias patrimoniales generadas en el ejercicio y de los regímenes especiales, se computarán por la cuantía que se integra en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o normativa foral correspondiente, según la legislación vigente en cada período. Aunque esta separación del artículo 59.1 del TRLGSS no está recogida aún como excepcionalidad dentro del artículo 50 del mismo texto, a pesar del reconocimiento expreso del IMV dentro de la acción protectora del artículo 42 del TRLGSS.

No cabe aquí utilizar la fórmula adoptada para las prestaciones en favor de familiares que, con un marcado carácter asistencial, también se dirigen a personas que no tienen cubiertas sus necesidades económicas con otras rentas. Por este motivo, ni el artículo 226 del TRLGSS, ni la normativa concordante, exigen superar un determinado límite de ingresos preestablecido, sino valorar las situaciones de dependencia económica y de carencia de medios de subsistencia, que son incompatibles con la percepción de ingresos que, aunque se hallen exentos o sean considerados gastos deducibles a los efectos de la normativa fiscal, constituyen medios de subsistencia y demuestran que no existía dependencia económica, apartándose así de lo dispuesto en el artículo 50 TRLGSS. En el caso del IMV sí que se fija expresamente un nivel recursos en la normativa de aplicación por lo que será el legislador el que deba matizar la diferenciación en una posible modificación normativa del artículo 50.

Sí que existen diferencias en torno a las rentas exentas. Para los complementos a mínimo, se exceptúan todos los conceptos del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Para las asignaciones familiares de pago único, las letras a), b), c), d), e), i), j), h), n), o), q), r), s), t). El carácter asistencial del IMV reduce a las letras b), c), d), i), j), n), q), r) s), t), y).

La exclusión de los administradores ha suscitado dudas sobre su carácter discriminatorio que deberán dirimirse en los tribunales. El RD-ley 30/2020 concreta que estarán excluidos siempre que no hayan cesado en su actividad. A partir de este momento sólo se deja fuera a aquellos administradores que formen parte de sociedades activas formal y materialmente y aquellos otros que formen parte de sociedades civiles o mercantiles en fase de disolución o fusión; por el contrario, sí que podrán optar a la prestación aquellos otros que formen parte de sociedades existentes formalmente pero que permanecen inactivas sin indicadores de actividad, sincronizándose así con la normativa reguladora de las sociedades de capital³⁶.

El hecho de tomar en consideración los ingresos habidos durante el ejercicio anterior a la solicitud según el criterio fiscal, puede ocasionar situaciones incongruentes con los fines del IMV. Así, una persona que en el ejercicio anterior no hubiera tenido ingresos, pero que en el mismo año de la solicitud sí que los tenga, puede optar a la prestación aunque objetivamente no la necesite. En el caso contrario, se estaría dejando de proteger a personas que, superando ingresos en el pasado ejercicio, en el presente se encuentren inmersas en situación de vulnerabilidad.

36. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 3 de julio).

Esto ya ocurría con las prestaciones familiares de pago periódico y obligaba a los interesados a presentar declaración de ingresos durante el primer trimestre del ejercicio siguiente. Las variaciones de ingresos tenían efectos del 1 de enero del año siguiente a superar ingresos, teniendo la consideración de prestaciones indebidamente percibidas las asignaciones mensuales o diferencias que se hubieran abonado de más.

En el caso de los complementos a mínimo no se computarán a efectos de límite de ingresos aquellos rendimientos que hayan percibido en el ejercicio anterior computable pero que se pruebe que no van a percibirse en el presente ejercicio. Por el contrario, sí se computarán aquellos que se conozca o se pruebe que empiecen a percibirse en el año en curso. Esto supone que se abonan a partir de una declaración de interesado y que serán revisados de oficio una vez consolidados los ingresos declarados en el organismo tributario, con el consiguiente riesgo de generación de prestaciones indebidas.

La realidad social que precipita el inicio del IMV aconseja introducir una modulación en la consideración de los recursos computables³⁷. Nace así la disposición transitoria tercera contemplándose un régimen excepcional para las solicitudes cursadas durante el año 2020 (también para 2021 por efecto del RD-ley 30/2020) en las que se tendrá en cuenta la parte proporcional de los ingresos obtenidos en el año en curso, minorados en gran parte como consecuencia de la crisis sanitaria. Se establecen, además, una serie de limitaciones: siempre y cuando no sean beneficiarios de prestaciones o subsidios de desempleo y no se superen los límites de patrimonio neto establecidos de forma general, ni los ingresos lo hagan en más del 50% de los límites establecidos según situación durante el último ejercicio fiscal respecto del que las Administraciones Tributarias dispongan de información suficiente. En todo caso, en el año siguiente se procederá a la regularización de las cuantías abonadas en relación con los datos de promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables correspondientes al ejercicio en el que se reconoció la prestación. Con toda seguridad se generarán ingresos indebidos al igual que ocurre con los complementos a mínimo.

En la práctica, no sólo la comprobación de la vulnerabilidad ha supuesto un inconveniente a la hora de resolver las solicitudes. La falta de un efectivo desarrollo reglamentario ha dejado paso a la interpretación tanto en la comprobación de requisitos como en la validez de la documentación presentada. Todo ello sin perjuicio de la publicación del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia³⁸ y el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo³⁹, "garantizándose con esta reforma que quedan corregidos aquellos puntos oscuros de la norma que provocaban inseguridad jurídica y aquellos otros que obligaban a desestimar el reconocimiento de las prestaciones, causando la desprotección de aquellos que son acreedores de la misma. Al mismo tiempo se completa la mejora

37. El artículo 8.5 ya anticipa que, reglamentariamente se podrán establecer, para supuestos excepcionales de vulnerabilidad que sucedan en el mismo ejercicio, los supuestos y condiciones en los que podrán computar los ingresos y rentas del ejercicio en curso a los efectos de acceso a esta prestación.

38. Publicado en BOE núm. 253, de 23 de septiembre.

39. Publicado en BOE núm. 259, de 30 de septiembre.

en la redacción del texto que permite una mejor comprensión de la población, lo que repercute positivamente en agilizar el acceso a la misma, facilitando la tramitación de la prestación⁴⁰. Por tanto, dos son los fines principales perseguidos por estas normas, en primer lugar la clarificación de aquellos “puntos oscuros” que pudieran suponer indefensión. El objetivo, como veremos más adelante, se consigue sólo en parte, quedando todavía algunos importantes vacíos interpretativos que, de no desarrollarse, están destinados a dirimirse en los tribunales. En segundo lugar, la experiencia obtenida durante los primeros meses de gestión, “ha hecho evidente la necesidad de modificar con urgencia algunos preceptos con la finalidad de dar cobertura al mayor número de personas en el menor tiempo posible⁴¹”.

Precisamente, esta voluntad de apertura a un colectivo más amplio ha supuesto una enorme traba de gestión puesto que ambos RD-ley entran en vigor el mismo día de su publicación sin contemplar retroactividad: a efectos prácticos sólo son aplicables a aquellos expedientes que se encuentran en fase de trámite, no siendo posible revisar de oficio las prestaciones denegadas por las causas ahora modificadas (por ejemplo, la inscripción como demandante de empleo). Recordar que la figura de la revisión de oficio⁴² es una actuación administrativa diferente de la reclamación previa o de una ejecución judicial, iniciada de oficio o parte, que implica que la Administración debe volver sobre sus propias resoluciones, para modificarlas desde el origen, sin perjuicio de que los efectos económicos de esa modificación no se retrotraigan a los de la resolución revisada, sino que se supediten a plazos determinados y teniéndose en cuenta, en cualquier caso, la normativa vigente en la fecha del hecho causante. Por tanto, las revisiones exigidas por un cambio normativo posterior no se consideran revisiones de oficio ya que no están basadas en ninguno de los supuestos tasados para ello porque fueron dictadas conforme al derecho vigente en la fecha de su resolución y no sustentadas en un error de aplicación, que hubiera convertido el acto en nulo de pleno derecho. En la práctica, esto supone que todas las solicitudes ya denegadas por causas ahora inexistentes, obligarán al interesado a realizar nuevamente el trámite incrementando gravemente la carga de trabajo de la Entidad Gestora.

III. LOS REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN

El INSS, dispone el artículo 26 del RD-ley 20/2020, debe comprobar el cumplimiento de los requisitos relativos a la identidad del solicitante y de todas las personas que integran la unidad de convivencia, a la residencia legal y efectiva en España de este y de los miembros de la unidad de convivencia en la que se integra, residencia efectiva de los miembros de la unidad de convivencia en el domicilio, la composición de la

40. Preámbulo del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre.

41. Preámbulo del RD-ley 28/2020, de 29 de septiembre.

42. Disposición adicional primera de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que remite la impugnación de los actos de Seguridad Social y desempleo, así como su revisión de oficio, a su normativa específica y supletoriamente a lo establecido en dicha Ley (art. 56): artículo 153 TRLGSS.

unidad de convivencia, relación de parentesco y pareja de hecho, rentas e ingresos, patrimonio, y el resto de condiciones necesarias para determinar el acceso al derecho a la prestación así como su cuantía. Los requisitos deben cumplirse en la fecha de presentación de la solicitud o al tiempo de solicitar su revisión, y mantenerse al dictarse la resolución y durante el tiempo de percepción. Para ello, mediante controles periódicos realizará las comprobaciones necesarias del cumplimiento de los requisitos y obligaciones que permiten el mantenimiento del derecho o de su cuantía, realizando intercambio de datos con el resto de Administraciones.

Con carácter general, el derecho a la prestación de IMV nacerá a partir del primer día del mes siguiente al de la fecha de presentación de la solicitud, siempre que en esta fecha se cumplan los requisitos. Debido al volumen de gestión, la norma ha previsto una retroactividad especial para aquellas solicitudes presentadas durante el año 2020 (en principio retrotraerían sus efectos al 1 de junio de 2020 –o fecha en que cumplan los requisitos de ser posterior– aquellas presentadas hasta el 30 de septiembre, ampliándose al 31 de diciembre por el RD-ley 28/2020). Esta retroactividad extraordinaria desaparecerá, si no se produce una nueva modificación normativa, a partir del 1 de enero de 2021.

En aquellas unidades de convivencia vinculadas por lazos de parentesco, son los integrantes de las mismas los que, de forma individual, deben reunir todos y cada uno de los requisitos del artículo 7.1, si bien, el de vulnerabilidad económica debe atender al conjunto de la unidad de convivencia. Es decir, cada uno de los integrantes de la unidad de convivencia debe reunir los requisitos exigidos por la norma para que dicha unidad de convivencia pueda percibir la prestación en una cuantía que venga determinada por los ingresos y rentas de toda la unidad. El incumplimiento individual de requisitos impedirá al resto de integrantes acceder al IMV. Y es que, según lo expuesto en el apartado 3 del artículo 4, son los beneficiarios los que deben cumplir los requisitos exigidos. Esos beneficiarios son, según el apartado 1 del mismo artículo, “las personas integrantes de una unidad de convivencia”.

La norma define como unidad de convivencia, aquella constituida por todas las personas que residen en un mismo domicilio, unidas entre sí por vínculo matrimonial o como pareja de hecho, o por vínculo de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente; siempre que cumplan el requisito de edad, residencia efectiva, legal y continuada en España y periodo de convivencia previo.

Pero realmente ¿a quién se puede considerar miembro efectivo de una unidad de convivencia? Ciertamente resulta uno de los aspectos más importantes de la prestación, puesto que de la consideración que de este requisito se realice, nacerán posibles derechos e importes o todo lo contrario. El INSS tenía la experiencia en el análisis de los núcleos familiares a efectos de las prestaciones familiares, pero como ya se ha indicado, no son prestaciones comparables. Las prestaciones de pago periódico de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva consisten en una asignación económica en función de cada hijo o menor a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores a su cargo en régimen de

acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción y siempre que existe convivencia y dependencia económica. Pero la situación protegible del IMV obliga a realizar una consideración más amplia del núcleo familiar, teniendo en cuenta a “todas las personas que residen en un mismo domicilio”. Se utilizará para ello un denominado sistema de “filiación cruzada” donde la consideración de unidad de convivencia queda sometida a las propias relaciones familiares que tengan entre sí todos y cada uno de los miembros que la forman, hasta alcanzar el segundo grado. En ningún caso una misma persona podrá formar parte de dos o más unidades de convivencia.

Tan importante como determinar el número de miembros de la unidad de convivencia es conocer el tiempo que llevan formando parte de la misma, que no será inferior a doce meses salvo casos tasados (violencia de género o incorporación por nacimiento, adopción). Por tanto, el requisito de convivencia será una condición *sine qua non* para percibir el ingreso; convivencia que no sólo debe ser previa, sino que debe mantenerse durante el resto del tiempo salvo separaciones transitorias por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación o similares. Por el contrario, será la falta de convivencia la que generará el derecho en los beneficiarios individuales. Queda pendiente definir qué ocurre con aquellas unidades de convivencia en las que se ha producido una variación de convivientes dentro de los doce meses anteriores –la unión o la marcha de algún miembro–.

El domicilio se acreditará con el certificado de empadronamiento. La convivencia de la unidad familiar y la situación de vida independiente con respecto a los progenitores de los titulares individuales, también. El problema con el que se encuentra el INSS en junio es que el certificado simple de empadronamiento no cubre la necesidad informativa puesto que, al tratarse de una foto fija del momento en que se emite, no sirve para aclarar el período de carencia previo. Empieza a solicitarse al ciudadano el certificado histórico y colectivo⁴³ para el que, a pesar de lo establecido en el artículo 83.3 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las entidades locales, muchos sistemas informáticos de los municipios no están preparados. Actualmente, además del acceso a la base de datos de los Padrones Municipales del Instituto Nacional de Estadística, el INSS cuenta con la colaboración directa de las entidades locales tras varios meses de trabajo en común.

Se introduce, además, un elemento diferencial con otras prestaciones de naturaleza no contributiva en cuanto al concepto de domicilio. Un requisito propio de los sistemas asistenciales es el de residencia, tanto en el momento de solicitar la prestación, como la exigencia de un periodo de carencia previo. Este requisito deberá mantenerse durante el tiempo de percepción. El IMV va más allá, no sólo importa el hecho de residir o convivir; tan importante o más es el lugar dónde se realiza, teniendo en cuenta las especiales circunstancias que pueden darse para las personas en riesgo de pobreza. Si se acredita fehacientemente, podrá ser considerado como domicilio, a estos efectos, una zona de uso concreto dentro de un mismo domicilio cuando en la

43. La referencia al certificado histórico y colectivo de empadronamiento no aparece recogida en el texto legal hasta la entrada en vigor del RD-ley 28/2020.

unidad conviviente se encuentre un menor o una persona con discapacidad. Es más, si en virtud de un contrato queda acreditado el uso individualizado, por una persona sola o por una unidad de convivencia, de una habitación en establecimiento hotelero o similar, será considerado domicilio. Este supuesto no será aplicable a los pactos o acuerdos entre los convivientes sobre el uso del domicilio o de determinadas zonas del mismo, sin contraprestación económica⁴⁴.

Además de las unidades de convivencia unidas por lazos de filiación, tendrán también la consideración como tal aquellas otras formadas por dos o más personas de al menos veintitrés años que, sin mantener entre sí una relación con lazos de parentesco, habiten en un mismo domicilio, cuando al menos una de ellas tenga una discapacidad valorada en un porcentaje igual o superior al 65% y no sea beneficiaria de pensión de invalidez no contributiva o de incapacidad permanente, o tenga más de 65 años y no sea beneficiaria de pensión de jubilación contributiva o no contributiva o se trate de persona declarada en situación de exclusión por el órgano competente de la correspondiente comunidad autónoma o entidad local, así como aquellas otras situaciones determinadas reglamentariamente en las que sea necesaria la convivencia en el mismo domicilio.

Precisamente estas personas⁴⁵ que viven solas o que, compartiendo domicilio con una unidad de convivencia, no se integran dentro de la misma, han supuesto un verdadero rompecabezas para el INSS por los problemas de encuadre que supone la inexistencia de desarrollo reglamentario. El diseño inicial del RDL 20/2020 permitía acceder al IMV tan sólo a aquellos beneficiarios individuales que vivían solos –art. 4.1– o que convivían con una unidad de convivencia sin formar parte de la misma – art. 6.3–, pero se olvidaba de los demás. Los RD-ley 28/2020 y 30/2020 abren el derecho a las personas que residen en establecimientos hoteleros o similares y a aquellos convivientes que presentan una discapacidad o una determinada edad, pero no cubren otras situaciones como la de aquellas parejas de hecho no constituidas como tal, que conviven y que no tienen hijos en común (la existencia de hijo supondría nexo por filiación). En estos casos debemos esperar al pertinente desarrollo reglamentario para poder reconocer el derecho.

El hecho de que sólo puedan existir un máximo de dos titulares por cada domicilio (sólo uno por unidad de convivencia), obligó a la Entidad Gestora a establecer un determinado orden de prelación entre las solicitudes presentadas, duplicadas en bastantes ocasiones⁴⁶. Si conviven dos unidades de convivencia, se generarán dos

44. Por tanto, se admite como domicilio el uso de una habitación o zona determinada en establecimiento hotelero o similar, tanto a los solicitantes individuales como a las unidades de convivencia. Se entiende por establecimiento hotelero aquellos establecimientos que prestan servicios de alojamiento colectivo mediante precio con o sin otros servicios complementarios: hotel, hotel-apartamento, motel, hostel, pensión... Como establecimiento similar pueden considerarse aquellas viviendas en las que se alquilen habitaciones o una parte concreta de la vivienda para el uso exclusivo de una o varias personas.

45. Personas que no están unidas a otra por vínculo matrimonial o como pareja de hecho en los términos definidos en la LGSS 2015, salvo las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio o las que se encuentren en otras circunstancias que puedan determinarse reglamentariamente. Que no formen parte de otra unidad de convivencia y que acrediten un periodo de vida independiente y de cotización previa en el caso de menores de treinta años, salvo supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual.

46. De las 9.623 solicitudes presentadas en la Dirección Provincial del INSS de Cáceres a 30 de septiembre, 524 correspondían a expedientes duplicados. Fuente: www.seg-social.es.

prestaciones; si conviven tres unidades de convivencia o más, les será reconocida a las dos que presenten solicitud en primer lugar (independientemente de la situación de necesidad en la que se encuentre cada núcleo familiar); si convive una unidad de convivencia con un solicitante individual, ambos tendrán derecho; si convive una unidad de convivencia con dos solicitantes individuales, sólo tendrá derecho la unidad de convivencia pues la situación del resto de convivientes está pendiente de desarrollo reglamentario – siempre que no se trate de las excepciones reseñadas– y así hasta cubrir todos y cada uno de los supuestos que pudieran darse.

Análisis especial merece la protección reforzada que se emplea cuando el núcleo familiar está compuesto por una familia monoparental. El artículo 10.2.c) del RD-ley 20/2020 mejora la prestación a que pueden tener derecho los núcleos familiares cuando se trata de un supuesto de monoparentalidad incrementando la prestación inicial en un 22% –complemento de monoparentalidad–. Se entiende por unidad de convivencia monoparental la constituida por un solo adulto con uno o más hijos menores con los que conviva, o uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción a su cargo, cuando constituye el sustentador único de la unidad de convivencia.

El concepto de monoparentalidad se introduce en la moderna protección a la familia que dispensa la Seguridad Social a través de la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción⁴⁷, amparado en el marco de la obligación impuesta a los poderes públicos en virtud del artículo 39 de la Constitución.

Se fija entonces una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en el supuesto de madres – ahora padres también– que padezcan una discapacidad igual o superior al 65% en el momento del parto o en la fecha de adopción. Quedan fuera de esta protección, al contrario de lo que ocurre en el IMV, los acogimientos familiares en cualquiera de sus modalidades.

Al publicarse directamente el RD-ley 20/2020 sin otro desarrollo reglamentario, la Entidad Gestora aplicó por analogía el concepto de monoparentalidad con el que trabaja desde 2007: núcleo familiar con residencia en España constituido por un solo progenitor con el que conviven los hijos nacidos o adoptados y que constituye el sustentador único de la familia, si bien introduce ciertas particularidades para adaptar el concepto a la nueva prestación ya que se trata de dos hechos jurídicos protegibles no comparables (por ejemplo la protección a los acogidos).

Para el IMV se mantiene la idea de sustentador único, no teniendo tal consideración si se constata la existencia de dos progenitores, aunque no convivan –separados, divorciados, matrimonio nulo, fin de pareja de hecho, etc.– y aunque uno de ellos carezca de ingresos; por el contrario, se entiende que existe un único progenitor

47. Publicada en BOE núm. 275, de 16 de noviembre de 2007.

en casos de fallecimiento, falta de determinación de la filiación y abandono familiar debidamente acreditado mediante la correspondiente resolución judicial⁴⁸. Diferente consideración se realiza del requisito de convivencia, pues si para la prestación de pago único no importa que el núcleo familiar conviva con otras personas salvo que se trate del cónyuge actual o pareja de hecho del progenitor, para el IMV se rompe el concepto de monoparentalidad cuando el titular convive con otros adultos en los términos del artículo 6.1 del RD-ley 20/2020. Y es que los familiares o amigos pueden prestar auxilio económico al núcleo monoparental, pero si existe convivencia se aplica el concepto de unidad de convivencia en su sentido más amplio.

Uno de los problemas importantes con los que el INSS se encuentra en 2007 y que posiblemente puede repetirse en el IMV, son los supuestos en los que se realiza la filiación paterna una vez abonada la prestación. En estos casos, nada impide que se proceda a revisar el acto declarativo de derecho, en perjuicio de la beneficiaria y a instar el reintegro de la cantidad indebidamente percibida, si esta no hubiera prescrito, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 146.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, por entender que la demora en dicho reconocimiento paternal es una actuación premeditada y fraudulenta de los progenitores para obtener la prestación. En la tramitación se tendrá en cuenta la responsabilidad subsidiaria del otro progenitor respecto de la obligación de devolver la cantidad indebidamente percibida por la beneficiaria y que el plazo de prescripción de cuatro años se computará desde la fecha de reconocimiento de la filiación del padre (art. 17).

Nuevamente, a falta de desarrollo reglamentario, es el RD-ley 30/2020 el que viene a desarrollar el concepto de monoparentalidad a efectos del IMV en base a la experiencia adquirida durante los primeros meses de gestión, apartándose en cierta medida del modelo seguido desde 2007. Se aclara que el adulto a cargo debe tener la guarda y custodia exclusiva, se amplía a los casos en los que el otro progenitor, guardador o acogedor se encuentre ingresado en prisión o centro hospitalario por un periodo ininterrumpido igual o superior a un año. A la vez que da cabida los nuevos modelos de familia y la realidad que supone la violencia de género: "En el supuesto de que los descendientes o menores referidos en el párrafo anterior convivan exclusivamente con sus progenitores o, en su caso, con sus abuelos o guardadores o acogedores, se reconocerá el mismo complemento, cuando uno de estos tenga reconocido un grado 3 de dependencia, la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez. También se entenderá como unidad de convivencia monoparental, a efectos de la percepción del indicado complemento, la formada exclusivamente por una mujer que ha sufrido violencia de género, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y uno o más descendientes hasta el segundo grado, menores de edad, sobre los que tenga la guarda y custodia o, en su caso, uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción".

48. No basta con la mera presentación de una denuncia, sino que debe aportarse una resolución judicial en la que se declare dicha situación.

IV. EL FUTURO

Una de las críticas más habituales de este tipo de prestaciones asistenciales es que puedan desincentivar la búsqueda de empleo y fomentar la economía sumergida⁴⁹. En las rentas de inserción autonómicas se condiciona la percepción a que el beneficiario participe en un itinerario de acciones dirigidas a favorecer su inserción laboral.

Como ejemplo geográficamente más cercano a quien suscribe estas líneas, citar el derecho de la ciudadanía extremeña a la inclusión social y a recibir apoyo personalizado orientado a la inclusión plena y efectiva en la sociedad del artículo 29 de la Ley 5/2019, de 20 de febrero, de Renta Extremeña Garantizada⁵⁰, que incluye el denominado Programa de Acompañamiento para la Inclusión compuesto, entre otras, por acciones de índole laboral destinadas a prevenir la exclusión, obligatorio para acceder a la renta. También constituye obligación no haber rechazado oferta adecuada de empleo ni haber cesado voluntariamente en una relación laboral en los seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud ni durante el periodo de percepción de la renta.

El RD-ley 20/2020 no aborda directamente el diseño de medidas para la inserción laboral más allá de un posterior desarrollo en los términos del artículo 28: la creación de estrategias de inclusión de las personas beneficiarias mediante la cooperación y colaboración con los departamentos ministeriales, comunidades autónomas, entidades locales, organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como entidades del Tercer Sector de Acción Social. Estas estrategias serán anualmente evaluadas por la Autoridad Independiente de Responsabilidad fiscal.

Por tanto, la única previsión concreta recogida en la norma, hace referencia a la consideración de estas personas como colectivo prioritario de las políticas de empleo (art. 28.2), la creación de un sello de inclusión social para las empresas que contribuyan al tránsito al empleo ordinario de estas personas o la consideración de las beneficiarias que sean contratadas como personas en riesgo de exclusión para valorar el desempate de ofertas en licitaciones públicas (disposición adicional primera).

También se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario la posible compatibilidad de las rentas de trabajo o de actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia con el fin de que la percepción del IMV no desincentive la participación en el mercado laboral (art. 8). La intención es que se habiliten los mecanismos necesarios para que estas rentas no supongan la pérdida del derecho a la prestación, aunque conlleven un ajuste en su cuantía⁵¹.

49. Preámbulo del RD-ley 20/2020: “lo que los expertos en política social han llamado «trampas de pobreza», esto es, que la mera existencia de prestación inhiba el objetivo de inclusión social y económica de los receptores”.

50. Publicada en DOE núm. 39, de 28 de febrero de 2019 y BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019.

51. Este recurso ya fue utilizado por la Ley 8/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado (BOE núm. 135, de 7 de junio) e incluido en el TRLGSS: “Los beneficiarios de la pensión de invalidez no contributiva que sean contratados por cuenta ajena, se establezcan por cuenta propia o se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión”.

A pesar de la compatibilidad del IMV con los rendimientos de trabajo y de disponer de un mecanismo incentivador al empleo, la falta de desarrollo reglamentario unida a la realidad social han hecho que la obligación de las personas mayores de edad o menores emancipadas de figurar inscritas como demandantes de empleo se module para transformar su carácter de requisito previo a obligación posterior. El RD-ley 28/2020 exige a las personas anteriormente mencionadas, acreditar dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la resolución por la que se concede la prestación, que figuren inscritas como demandantes de empleo, salvo en los siguientes supuestos: estar cursando estudios reglados y ser menor de 28 años. En su caso, el plazo de seis meses para acreditar la inscripción como demandante de empleo se iniciará en la fecha en que el beneficiario cumpla 28 años edad. Tener suscrito el convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia. Estar percibiendo una pensión contributiva de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez, una pensión de invalidez no contributiva o una pensión de jubilación contributiva o haber cumplido los 65 años de edad. Estar afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento. O bien, tener reconocida una situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

La situación de demandante de empleo quedará acreditada con el documento expedido al efecto por la administración competente o mediante el acceso por parte de la entidad gestora a través de los medios electrónicos habilitados al efecto.

Sin perjuicio de los asuntos tratados por los RD-ley 28/2020 y 30/2020, vemos como todavía quedan bastantes aspectos pendientes de desarrollo reglamentario. Al mencionado sistema de compatibilidad de la prestación con el trabajo por cuenta ajena o propia y su repercusión en la cuantía de la prestación, se unen otros asuntos tales como la obligación impuesta por el artículo 7.1.c). EL mismo mencionaba expresamente desde su redacción inicial que era necesario para ser considerado beneficiario haber solicitado las pensiones y prestaciones públicas⁵² vigentes en los términos que se determinen reglamentariamente, a las que pudieran tener derecho. Quedando, en todo caso, exceptuados los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas. El interesado debía marcar la casilla de la solicitud destinada a tal efecto que hacía las funciones de declaración responsable. En la práctica, al no haberse producido el correspondiente desarrollo reglamentario al que remite la norma, no es posible aplicar este requisito y será indiferente lo consignado por el solicitante sobre si cumple o no cumple esta condición.

cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción, a cuyo efecto, no obstante lo previsto en el apartado 5, no se tendrán en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa”.

52. El RD-ley 28/2020 acota a “públicas” las pensiones o prestaciones.

También queda pendiente de definir la forma en que los convenios con las Comunidades Autónomas se harán efectivos a partir de 2021 (disposición adicional cuarta); el posible incremento de cuantías cuando se acrediten gastos de alquiler de vivienda habitual (art. 10.3) o acordar el pago de la prestación a otro de los miembros de la unidad de convivencia distinto del titular (art. 5.4), entre otros.

Todos estos preceptos no tienen garantía suficiente para que puedan ser aplicados directamente por el INSS prescindiendo del pertinente desarrollo reglamentario. En el momento en que este reglamento esté disponible, volverán a plantearse dudas sobre su retroactividad y, con toda probabilidad, asistiremos a una nueva ola de entrada de solicitudes.

V. CONCLUSIONES

En este momento, una vez consolidada la prestación dentro del campo de actuación del INSS, se hace necesario incidir en el seguimiento y control del derecho a la vez que garantizar un servicio público de calidad.

Decir que actualmente la Entidad Gestora, tiene por delante una amplia tarea de control del cumplimiento de requisitos –como la demanda de empleo, revisión de los miembros que forman la unidad de convivencia a lo largo del tiempo o los ingresos– para lo que será necesario establecer mecanismos de automatización y criterios predictivos. “Para el ejercicio de su función supervisora, el INSS llevará a cabo cuantas comprobaciones, inspecciones, revisiones y verificaciones sean necesarias y requerirá la colaboración de las personas titulares del derecho y de las administraciones públicas, de los organismos y entidades públicas y de personas jurídico-privadas. Estas comprobaciones se realizarán preferentemente por medios telemáticos o informáticos”⁵³. Estas herramientas de automatización y análisis también podrán utilizarse en la resolución de expedientes o la lucha contra el fraude una vez estabilizada la entrada inicial de solicitudes.

Como principales alternativas, la Entidad ya trabaja sobre la automatización robótica de procesos (RPA, por sus siglas en inglés) consistente en la automatización de procesos mecánicos que se repiten frecuentemente, utilizando robots de software específicos para cada tarea. También han comenzado a probarse herramientas de análisis predictivo y *Big Data* que aplican diversas técnicas analíticas, estadísticas y de aprendizaje automático para predecir hechos futuros en función de datos históricos (valoración previa sobre posibles estimadas o desestimadas y lucha contra el fraude).

A estas alturas nadie duda que la crisis sanitaria ha acelerado la implantación de la Administración Electrónica. Ha supuesto un gran avance y el comienzo de una nueva forma de trabajo que debe responder en todo momento a las demandas sociales y servir como mecanismo de optimización de recursos. Es responsabilidad de la Administración garantizar en todo momento una gestión pública eficiente, posibilitando sin dilación el acceso de los ciudadanos a los derechos subjetivos que pudieran ostentar.

53. Artículo 26.2 del RD-ley 20/2020.

Bibliografía

- AIRef: *Los programas de Rentas Mínimas en España, Estudio*, 2019, accesible en https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENTA_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf.
- Pactos de la Moncloa: *Texto Completo del Acuerdo Económico y del Acuerdo Político, Madrid, 8-27 octubre*; Servicio Central de Publicaciones/Secretaría General Técnica/Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977.



Ingreso Mínimo Vital y nacionales británicos en España en tiempos del Brexit*

MINIMUM LIVING INCOME BENEFIT AND BRITISH NATIONALS IN SPAIN IN TIMES OF BREXIT

Thais Guerrero Padrón

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

thais.guerrero@uca.es  0000-0002-4814-6266

Recibido: 16.11.2020 | Aceptado: 13.12.2020

RESUMEN

A partir del 1 de enero de 2021, concluido el período transitorio impuesto por el Acuerdo de Retirada del Reino Unido de la UE, este país será a todos los efectos un tercer Estado y sus nacionales considerados como “extranjeros”. El cambio de estatuto del Reino Unido abre interesantes interrogantes en lo que a derechos de seguridad social de los ciudadanos comunitarios y nacionales británicos se refiere. En este artículo se aborda la posibilidad de acceso al Ingreso Mínimo Vital en favor de los británicos que residen en España, sea bajo las normas españolas de extranjería o en el marco de los Reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Como cuestión nuclear, se defiende la identificación del Ingreso Mínimo Vital con las prestaciones especiales no contributivas del artículo 70 del Reglamento 883/2004, considerándose su falta de inclusión en el Anexo X un grave olvido, posiblemente subsanable por vía reglamentaria y muy necesaria para evitar la conflictividad que pudiera generar esta falta de clarificación.

ABSTRACT

As from 1 January 2021, after the end of the transitional period imposed by the EU-UK Withdrawal Agreement, the UK will be for all purposes a third State and its nationals considered as “foreigners”. The change of status of the UK raises interesting questions regarding the social security rights of EU citizens and UK nationals. This paper deals with the possibility of access to the Minimum Living Income benefit for British nationals residing in Spain, either under the Spanish immigration laws or within the framework of the EU Regulations on the Coordination of Social Security systems. As a core issue, the identification of the Minimum Life Income benefit with the special non-contributory benefits of Article 70 of Regulation 883/2004 is argued. To this respect, the lack of inclusion of the Spanish benefit in Annex X can be considered as a serious oversight, possibly rectifiable by regulation and very necessary to avoid the conflict that this lack of clarification could generate.

PALABRAS CLAVE

Ingreso Mínimo Vital
Residencia legal
Brexit
Coordinación de Seguridad Social
Prestaciones especiales en metálico no contributivas
Principio de exportabilidad

KEYWORDS

Minimum Living Income benefit
Legal residency
Brexit
Social Security coordination
Special non-contributory cash benefits
Principle of the exportability of benefits

SUMARIO

- I. EL INGRESO MÍNIMO VITAL
- II. NACIONALES BRITÁNICOS E INGRESO MÍNIMO VITAL
- III. RESIDENCIA LEGAL EN ESPAÑA
- IV. EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL
 - A. El Ingreso Mínimo Vital como prestación no contributiva
 - B. El Ingreso Mínimo Vital como prestación especial en metálico no contributiva
 1. Elementos configuradores de estas prestaciones
 - a) Naturaleza híbrida
 - b) Proporcionar una cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de otros riesgos
 - c) Financiación vía impuestos
 - d) Inclusión en el Anexo X
- V. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. EL INGRESO MÍNIMO VITAL

El Ingreso Mínimo Vital regulado por el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, como nueva prestación económica de seguridad social de carácter no contributivo y financiada con cargo a fondos públicos, persigue combatir el riesgo de pobreza y exclusión social en España de quienes residen en nuestro país careciendo de recursos económicos suficientes para subvenir a sus necesidades básicas, tratando de asegurar un determinado nivel de rentas a todos los hogares que se hallen en situación de vulnerabilidad.

La prestación se destina a personas que vivan solas en la situación descrita, a personas unidas por lazos familiares (consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado) que residen en la misma vivienda y, de manera excepcional; a grupos de personas sin relación de parentesco entre sí que comparten vivienda por razones de necesidad.

Aparte de los condicionamientos atinentes a la edad del beneficiario, la condición familiar, matrimonial u otra *de facto* y la pertenencia a la unidad de convivencia (art.4 RD-ley 20/2020), es preceptivo, de conformidad con el art. 7 de la norma reguladora¹, reunir los siguientes requisitos para acceder a la prestación:

- a) Tener residencia legal y efectiva en España y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud, con algunas excepciones, como es el caso

* Trabajo realizado en el marco de la red de investigación de excelencia "La protección social y la coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica: los desafíos del Brexit y el pilar Europeo de Derechos Sociales" (RED2018-102508-T).

1. Estos son los requisitos de acceso tras la modificación operada por la disposición final 11.1 del RD-ley28/2020 que elimina un cuarto requisito que contenía la primera versión de la norma, consistente en figurar inscrito como demandante de empleo en el caso de tratarse de mayor de edad o menor emancipado que no esté trabajando.

de los menores incorporados a la unidad de convivencia, las personas víctimas de trata de seres humanos y de explotación sexual, y las mujeres víctimas de violencia de género.

- b) Encontrarse en situación de vulnerabilidad económica por carecer de rentas, ingresos o patrimonios suficientes. Conforme a los parámetros del art. 8 del RD-ley 20/2020, esta condición concurre cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables del beneficiario individual o del conjunto de miembros de la unidad de convivencia correspondientes al ejercicio anterior, es inferior al menos en 10 euros a la cuantía mensual de la renta garantizada con esta prestación, entendiendo por “renta garantizada” el equivalente al 100 por 100 del importe anual de las pensiones no contributivas, dividido por doce, incrementada en función del número de miembros que forman el hogar de referencia (unidad de convivencia) y con la adición de un complemento de monoparentalidad, en su caso.
- c) Haber solicitado las pensiones y prestaciones públicas vigentes a las que pudieran tener derecho, quedando exceptuados los salarios sociales y rentas mínimas de inserción o análogas concedidas por las comunidades autónomas.

En particular, la residencia efectiva, legal y continuada en España es necesaria para ser considerado miembro integrante de la unidad de convivencia, precisando la norma que “la separación transitoria por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares” no rompe dicha convivencia (art. 6.4 del RD-ley 20/2020). La conservación del derecho, una vez reconocido, se condiciona al mantenimiento de la residencia habitual en España, sin que estancias en el extranjero inferiores a noventa días naturales en el año natural o ausencias motivadas por enfermedad debidamente justificadas sean considerados supuestos que quiebran la residencia habitual.

La prestación del Ingreso Mínimo Vital se sustancia en una cuantía económica que viene a ser la diferencia entre la renta garantizada (en los términos señalados) y el conjunto de ingresos de la unidad de convivencia o del hogar unipersonal, en su caso. Así calculada, y una vez que es reconocida y por tanto concedida, mantiene la periodicidad (mensual) en su abono en tanto subsistan las causas que determinaron su reconocimiento y se conserven los requisitos exigidos.

Esta prestación, que es compatible con otras de similares características reconocidas por las comunidades autónomas, lo es asimismo con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, de modo que no sólo protege a las personas desempleadas o inactivas, sino igualmente a quienes están en activo y a quienes son demandantes de empleo inscritos como tales en la oficina pública, lo que tiene por objeto evitar constituirse en un desincentivo a la participación en el mercado laboral, como expresamente previene la norma (art. 8.4 del RD-ley 20/2020).

La atenta lectura de su extensa y compleja regulación pone de relieve, al menos, dos reflexiones particularmente significativas:

- Primera. La prestación, además de los numerosos datos requeridos para complementar su solicitud (arts. 7 y 8 RD-ley 20/2020), la norma exige que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (art. 26) compruebe los requisitos y obligaciones de los interesados, verificando los extremos relativos a “la identidad del solicitante y de todas las personas que integran la unidad de convivencia, a la residencia legal y efectiva en España de éste y de los miembros de la unidad, residencia efectiva de los miembros de la unidad de convivencia en el domicilio, la composición de la unidad de convivencia, relación de parentesco y pareja de hecho, rentase ingresos, patrimonio y el resto de condiciones necesarias para determinar el acceso al derecho a la prestación así como su cuantía. Del mismo modo, -finaliza el apartado- que mediante controles periódicos realizará las comprobaciones necesarias del cumplimiento de los requisitos y obligaciones que permiten el mantenimiento del derecho o su cuantía”. Contando, para el desarrollo de esta función supervisora, de cuantas comprobaciones, inspecciones, revisiones y verificaciones sean necesarias, requiriendo la colaboración de las personas titulares del derecho, de las administraciones públicas, de los organismos y entidades públicas y de personas jurídico-privadas. Contará, además, con la colaboración de las administraciones públicas para garantizar su efectividad conforme al artículo 71 de la Ley General de la Seguridad Social, reformado por la disposición final 4.2 del RD-ley 20/2020.

En orden a los ciudadanos extranjeros, reitera el texto del apartado e) del referido artículo 71 LGSS que “El Ministerio del Interior facilitará a las entidades gestoras de la Seguridad Social por medios informáticos las fechas de vencimiento de las autorizaciones de residencia, sus altas, variaciones o bajas o los cambios de situación y sus efectos, así como los movimientos fronterizos de las personas que tengan derecho a una prestación para cuya percepción sea necesario el cumplimiento del requisito de residencia legal y efectiva en España. Asimismo, facilitará a las entidades gestoras de la Seguridad Social por medios informáticos los datos incorporados en el Documento Nacional de Identidad o en el documento de identificación de extranjero o tarjeta equivalente de las personas cuyos datos tengan trascendencia en procedimientos seguidos ante dichas entidades gestoras”. Con carácter previo, el artículo 19.2 del RD-ley 20/2020 dispone que: “La residencia legal en España se acreditará mediante la inscripción en el registro central de extranjeros, en el caso de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o la Confederación Suiza, o con tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión o autorización de residencia, en cualquiera de sus modalidades, en el caso de extranjeros de otra nacionalidad”. El numeral siguiente añade que su domicilio en España se acreditará con el certificado de empadronamiento.

En este orden de cosas, junto al Registro de Prestaciones Sociales Públicas, se crea la Tarjeta Social Digital con especial registro de todas “las prestaciones sociales contributivas, no contributivas y asistenciales, de contenido económico, financiadas con cargo a recursos de carácter público y además recogerá una

información sobre las situaciones subjetivas previstas en el apartado 4 de esta disposición adicional...”.

- Segunda. Resulta inequívoca la vocación incentivadora del RD-ley 20/2020 centrada en la función derivada y principal que se asigna al Ingreso Mínimo Vital cuando sostiene (art. 2.1) que “a través de este instrumento se persigue garantizar una mejora de las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias”, objetivo reiterado como freno frente a las situaciones de vulnerabilidad económica, declarándose a tal ingreso compatible con las rentas del trabajo en sus diferentes modalidades señalando que los ingresos obtenidos no comportarán la pérdida del derecho a la percepción de la cuantía del Ingreso Mínimo Vital (art. 8.4).

Abundando en sus objetivos esenciales, la norma crea dos organismos que refuerzan y fiscalizan su finalidad: a) la Comisión de Seguimiento del Ingreso Mínimo Vital y b) el Consejo Consultivo del Ingreso Mínimo Vital, órgano este último de consulta y participación con las entidades del Tercer Sector de Acción Social y otras organizaciones empresariales y sindicales, destacando entre sus funciones “asesorar y cooperar con el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en la implantación de estrategias de inclusión, del Sello de Inclusión Social al que se refiere la disposición adicional primera y de la evolución en la participación en el mercado laboral de los perceptores del Ingreso Mínimo Vital, en particular de los que se encuentren en los supuestos a que se refiere el artículo 8.4” [art. 31.3.d)].

El tenor de todas estas disposiciones revela y afianza cómo el Ingreso Mínimo Vital constituye un medio temporal de subsistencia como tránsito hacia el empleo.

II. NACIONALES BRITÁNICOS E INGRESO MÍNIMO VITAL

Desde el plano técnico-jurídico y político, resulta extremadamente difícil y arriesgado como prestación de seguridad social del Ingreso Mínimo Vital sentar algún principio o idea respecto de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEE). Esta situación comporta serias elucubraciones para incardinar la prestación del Ingreso Mínimo Vital en el marco de las negociaciones entabladas entre ambas partes, que acaso queden silenciadas o absorbidas por otras cuestiones de mayor relevancia política.

Abordar de manera particular la posibilidad de que los nacionales británicos que permanecen en España puedan ser beneficiarios del Ingreso Mínimo Vital, es una cuestión que adquiere tintes propios a resultas del Brexit. Es indudable que la retirada del Reino Unido de la UE y de la CEEA suscita, en tanto no exista una norma resolutoria, importantes interrogantes en torno a los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE en el Reino Unido y de los nacionales británicos en los países miembros, tal y como hoy se conciben en el Derecho comunitario. De la misma manera, el Brexit pone en cuestión la aplicación de los reglamentos de

coordinación de seguridad social en el Reino Unido y a los británicos que residen y/o trabajan en los países miembros cuando hayan ejercido la libre circulación.

Desde que el 29 de marzo de 2017 el Reino Unido notificara al Consejo Europeo su intención de abandonar la UE, el Acuerdo fijando las condiciones de Retirada se publicaba en el DOUE de 12 de noviembre de 2019, entrando en vigor el 1 de febrero de 2020. Es a partir de esta fecha cuando, en estricta hermenéutica, ausente norma ad hoc, el Derecho de la Unión deja de aplicarse al Reino Unido, que a su vez deja de ser Estado miembro de la UE, pasando a tener la consideración de “tercer país”, sin otras consideraciones en principio.

Con la entrada en vigor del Acuerdo de Retirada se inicia un “período transitorio” que se extiende hasta el 31 de diciembre de 2020, durante el cual la UE y el Reino Unido están negociando, entendemos con dudosa y ardua efectividad y consenso, con mayor o menor éxito según la materia a tratar, sus relaciones futuras².

El Acuerdo de Retirada señala en su preámbulo la necesidad de dar protección recíproca a los ciudadanos UE y a los nacionales británicos cuando hayan ejercido el derecho de libre circulación antes del final del período transitorio. Durante este período, mientras ambas partes negocian sus futuras relaciones, el Derecho de la UE debe ser aplicable “en y al Reino Unido” (*sic*) y desplegar los mismos efectos que en los Estados miembros a fin de evitar graves e indeseables situaciones conflictivas que interesa excluir. Lo que ocurra al término del período transitorio es desconocido y difícil de prever con mínimo acierto a fecha de elaboración de este artículo, particularmente en la esfera de la coordinación de regímenes nacionales de seguridad social, vista la dinámica de sus negociaciones (especialmente prensa)³. Sería deseable un acuerdo entre la UE y el Reino Unido que protegiese los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los nacionales británicos en los países miembros y de los ciudadanos de la UE en aquel país. El riesgo subyacente es una ruptura abrupta por falta de entendimiento entre las partes, que sin duda redundaría en claro perjuicio de los ciudadanos y sus derechos de seguridad social, en lo que aquí interesa⁴.

2. Acerca de las negociaciones para una relación futura, ver Kennedy, S.; Powell, T. y Thurley, D.: “The UK-EU future relationship negotiations: social security coordination”, House of Commons Library, Briefing Paper number 8928, 11 June 2020 <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8928/> (fecha de consulta 8/10/2020). Comenta los antecedentes de las negociaciones sobre la coordinación de la seguridad social y compara los textos legales presentados por el Reino Unido y la UE. Desde Bruselas se propugnaba por la continuidad en la aplicación de las normas de coordinación existentes (con limitaciones de carácter personal). Por su parte, el Gobierno del Reino Unido establecía en un Borrador de Acuerdo de Coordinación de la Seguridad Social sus propuestas, significativamente distintas de las de la UE, que apenas cubrían más prestaciones en metálico que las pensiones estatales, omitiendo además previsiones acerca del reembolso de los costes de asistencia sanitaria para los pensionistas que reciben una pensión estatal exportada.

3. Algunas especulaciones sobre las posibles implicaciones del Brexit en la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los países miembros de la UE en García de Cortázar Nebreda, C.: “El Brexit en el ámbito de la coordinación de regímenes de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018, pp. 1-31 y Gallego Losada, R.: “Los derechos sociales de los ciudadanos de la Unión Europea y del Reino Unido. Libre circulación de los trabajadores y Seguridad Social tras el Brexit”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, pp. 92-135. Circunscrito a la protección por desempleo, Barceló Fernández, J.: “Posibles efectos combinados en los desempleados de la UE de los nuevos reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y del Brexit”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018, pp. 89-134.

4. Algunas valoraciones sobre los efectos del Brexit en los derechos de los ciudadanos y particularmente en la Seguridad Social en Machin, R.: “Social Security in the Aftermath of the EU Referendum”, *Journal Legal Action*, Publisher

Podría decirse que el derecho de residencia de los ciudadanos de la UE y los nacionales británicos (y miembros de sus familias, con algunas precisiones) queda blindado en el Acuerdo de Retirada cuando aquel derecho se hubiera ejercido en un Estado miembro o en el Reino Unido antes del final del período transitorio y el ciudadano continúe residiendo después de este período en el Estado de acogida. Esta forma de garantizar el derecho de residencia no se verá perturbada por ausencias temporales (seis meses al año u otras de mayor duración en casos especiales, como el servicio militar, casos de embarazo y parto, traslado por razones laborales...). De la misma manera, el derecho de residencia permanente adquirido en virtud de las normas comunitarias antes del final del período transitorio no se considerará perdido a causa de ausencias del Estado de acogida por un período inferior a cinco años consecutivos.

Del Acuerdo de Retirada se infiere asimismo que el Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004 se aplicarán a los ciudadanos de la UE y a los británicos que estén sujetos a la legislación del país de residencia al final del período transitorio, viéndose afectado, a título de ejemplo, el nacional británico que se desplaza a España y sigue residiendo y trabajando en nuestro país al final del período transitorio (junto a los miembros de su familia residentes en España, art.11.3.a) del Reglamento 883/2004), e igualmente el británico inactivo que reside habitualmente en España (al menos durante un año), donde busca trabajo [art. 11.3.e)] de la misma norma).

III. RESIDENCIA LEGAL EN ESPAÑA

Para ser beneficiario del Ingreso Mínimo Vital siendo extranjero es necesario “tener residencia legal y efectiva en España y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud”, cumpliendo además los restantes requisitos legales. La residencia legal en España se acredita “mediante la inscripción en el registro central de extranjeros, en el caso de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o la Confederación Suiza, o con tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión o autorización de residencia, en cualquiera de sus modalidades, en el caso de extranjeros de otra nacionalidad” [arts. 7.1.a) y 19.2 del RD-ley 20/2020].

Debe diferenciarse entre ciudadanos de la UE, del Espacio Económico Europeo y Suiza de un lado, y lo nacionales de terceros países de otro, pues las reglas en torno a la residencia que se aplican a cada colectivo no son las mismas, aunque evidentemente presentan similitudes.

Legal Action Group, 2016, pp. 10-11 y Roberts, S.: “The UK and social security coordination after Brexit: reinventing the wheel or Mad Hatter’s tea party”, *Zabezpieczenie Społeczne. Teoria, Prawo, Praktyka (Social Security. Theory, Law, Practice)*, núm. 6, 2017, pp. 13-27

En virtud del Derecho comunitario, los ciudadanos de la UE son titulares del derecho a la libre circulación por el territorio de los países miembros y del derecho residencia en cualquier Estado miembro, si bien deben ajustar su ejercicio a las limitaciones que establece la Directiva 2004/38⁵, transpuesta para España por el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Derivadamente, la adquisición del derecho de residencia en España bajo la normativa de la UE viene caracterizada por la no exigencia de condicionantes administrativos más allá de su inscripción en el Registro Central de Extranjeros (art. 7.5 del RD 240/2007), como se ha señalado. Estas reglas rigen para los nacionales británicos que, antes del período transitorio, residían en España, así como para los que han permanecido residiendo durante y hasta el término del meritado período de residencia.

A los británicos que no hubieran obtenido el derecho de residencia conforme a las normas comunitarias en los términos indicados, se les aplicará la normativa española en materia de extranjería⁶, en coherencia con su nuevo estatuto de “nacionales de tercer país”. Bajo estas reglas, la residencia es una “situación administrativa autorizada de permanencia en España”, en sus variantes de residencia temporal o residencia de larga duración, condicionada a la obtención de visado y sometida a renovación. Superados con éxito los trámites administrativos, tanto la autorización inicial de un año de duración como las sucesivas renovaciones, el extranjero (británico) residente en España tendrá derecho a circular libremente por el territorio nacional y a elegir su residencia (art. 5.1 de la Ley Orgánica 4/2000). A partir de los cinco años de residencia legal y continuada en nuestro país, los extranjeros tienen derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración que les permitirá residir y trabajar indefinidamente en España en las mismas condiciones que los españoles.

En suma, al amparo de las normas comunitarias los ciudadanos de la UE disfrutaban del “derecho de residencia” como situación permanente de un estatuto reconocido por el Derecho español, en tanto que los nacionales de terceros países, bajo las normas de extranjería españolas, pueden obtener la “autorización para residir”, que supone una licencia temporal, en cualquier caso, una situación más precaria o frágil que la titularidad de un derecho.

5. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

6. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

IV. EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL

Acreditada la residencia en nuestro país, es meritorio que los nacionales británicos se encuentran en disposición de poder acceder al Ingreso Mínimo Vital, en el bien entendido que se dé cumplimiento a las restantes condiciones o requisitos señalados en el RD-ley 20/2020.

Sin perjuicio de los extremos y materias que las partes pueden negociar en sus relaciones futuras, es previsible considerar, al menos, dos posibles campos de análisis y debate en torno a la prestación que nos ocupa, en los siguientes términos.

Primera situación, que no presenta especial conflictividad, concierne al nacional británico que sin residir en España no ha ejercido el derecho de libre circulación y residencia antes o durante el período transitorio y solicita aquella prestación a partir del 1 de enero de 2021, es decir, cuando ha expirado el período transitorio. Teniendo la consideración de nacional de tercer país, se le aplicará la normativa española de extranjería, debiendo acreditar bajo la misma su residencia legal en España en la duración que fija la norma reguladora del Ingreso Mínimo Vital (un año) y reunir además los restantes condicionantes de la prestación. Si accediera a la prestación, se garantiza la igualdad de trato con los nacionales españoles en su disfrute.

La segunda cuestión, en cambio, repara en los nacionales británicos que tienen reconocido el derecho de residencia en España bajo las reglas del Derecho de la UE, a los cuales se aplican los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 sobre coordinación de las legislaciones nacionales de seguridad social.

El interrogante que se plantea consiste en determinar si el Ingreso Mínimo Vital entra en el campo de aplicación material del Reglamento comunitario 883/2004 y en qué términos.

El RD-ley 20/2020 define el Ingreso Mínimo Vital como una “prestación de seguridad social no contributiva”, en términos análogos a la regulación contenida en el artículo 3.2 del citado Reglamento, que expresamente dispone que el mismo “se aplicará a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos...”. No obstante, la redacción de la norma comunitaria nos sugiere otra interpretación –a nuestro juicio más apropiada– como es identificar el Ingreso Mínimo Vital desde el punto de vista de su naturaleza y contenido con “las prestaciones especiales en metálico no contributivas” previstas en el artículo 70 del citado Reglamento.

A. El Ingreso Mínimo Vital como prestación no contributiva

Desde la perspectiva analizada, la aplicación de los principios de coordinación del Reglamento 883/2004 cuyo objeto es garantizar la libre circulación de ciudadanos de la UE, puede plantear problemas para España. No nos referimos al principio de única legislación aplicable o al de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad,

que no pugnan con las características del Ingreso Mínimo Vital. Tampoco nos referimos al principio de totalización de períodos de residencia que, en su caso, podría justificar haber residido previamente en cualquier otro Estado miembro y no sólo en nuestro país para acceder a tal prestación. El auténtico problema lo representa el principio de exportabilidad aplicable al Ingreso Mínimo Vital.

Bajo el título “Supresión de las cláusulas de residencia”, el artículo 7 del Reglamento 883/2004 regula la exportabilidad de las prestaciones en los siguientes términos: “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”. Conforme al principio de exportabilidad, una prestación en metálico puede ser percibida por el beneficiario aun residiendo en otro país miembro, lo cual ha corroborado la jurisprudencia comunitaria con respecto a prestaciones no contributivas en supuestos en lo que se había cuestionado que el requisito de residencia en el país miembro que concede la prestación podía suponer una restricción al ejercicio de la libre circulación y residencia en otro Estado miembro diferente, consagrado en el artículo 21.1 TFUE⁷, puesto que supeditar el acceso a la prestación al requisito de residir en el territorio del Estado miembro puede disuadir a sus ciudadanos de ejercitar su libertad de circular y residir fuera de ese país⁸.

El principio de exportabilidad resulta contrario al espíritu del Ingreso Mínimo Vital, en sus fundamentos, rasgos definitorios y última finalidad. La nueva medida no ha sido concebida por el legislador español para ser adquirida y conservada fuera de nuestras fronteras. El preámbulo del Reglamento 883/2004 señala que “en principio, no está justificado que dentro de la Comunidad los derechos a prestaciones de seguridad social dependan del lugar de residencia del interesado; no obstante, en determinados casos, especialmente por lo que respecta a las prestaciones especiales vinculadas al contexto económico y social del interesado, podría tenerse en cuenta su lugar de residencia” (considerando nº 16). La exposición de motivos del RD-ley 20/2020 (apartado V) destaca que el principal objetivo del Ingreso Mínimo Vital es la reducción de la pobreza en España, en particular la pobreza extrema, y la redistribución de la riqueza en nuestro país. Al asegurar un determinado nivel de renta al margen del lugar de residencia dentro del territorio nacional, esta prestación “promoverá la igualdad efectiva de todos los españoles” (*sic*), entendiendo que su desarrollo refiere además la inclusión social y laboral de las personas beneficiarias, aspecto extensamente desarrollado en el propio RD-ley 20/2020. Bajo tales consideraciones, no cabe duda que

7. Asunto *K. Tas-Hagen y R. A. Tas*, C-192/05, sentencia de 26 de octubre de 2006, y asunto *Nerkowska*, C-499/06, sentencia de 22 de mayo de 2008. Cfr. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Libre circulación de personas y prestaciones en metálico no contributivas”, en Sánchez-Rodas Navarro, C.: *La coordinación de los sistemas de seguridad social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010, pp. 360 y ss.

8. Desde el punto de vista del Derecho comunitario –señala el Tribunal de Justicia–, una restricción similar sólo podría justificarse si se basara en consideraciones objetivas de interés general, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas, y fuera proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional. Asunto *De Cuyper*, C-406/04, sentencia de 18 de julio de 2006.

la prestación está concebida para mejorar los estándares nacionales en lo que a tasas de desigualdad y pobreza de sus propios ciudadanos se refiere, aproximándonos a las cifras o niveles –mejores– de otros países de la UE, con la tendencia finalista además de la recolocación laboral, por lo que carece de sentido permitir beneficiarse de esta prestación a personas que han dejado de formar parte de la sociedad española y han fijado su residencia en otro Estado, con la dificultad añadida en estos casos para controlar el requisito de carencia de recursos y demás condicionamientos de su concesión y conservación del derecho.

Coherente con esta filosofía, el RD-ley 20/2020 articula mecanismos para vigilar o verificar que la prestación, una vez concedida, sea disfrutada en España en los términos previstos por la propia norma. De esta manera, la conservación del derecho a la prestación se condiciona a tener la residencia legal y efectiva en España (art. 12.1), requisito cuya verificación queda a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social (art. 26.1). A tal efecto, las salidas al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año no se consideran estancia ni traslado de residencia. Se mantiene la residencia habitual en España aun cuando se realicen estancias en el extranjero no superiores a noventa días naturales a lo largo del año natural [previamente comunicadas y justificadas, art. 33.1.d)], o cuando las ausencias son motivadas por razones de enfermedad debidamente justificadas [art. 7.1.a) último párrafo]. A salvo de tales excepciones, la salida al extranjero del beneficiario puede comprometer su derecho a la prestación. En este sentido, el traslado al extranjero rebasando el período, continuado o no, de noventa días naturales al año señalado, sin haberlo comunicado con antelación a la entidad gestora (INSS) ni haberlo justificado, determinará la suspensión cautelar del derecho del beneficiario [art. 14.1.c)], manteniéndose la suspensión mientras persistan las circunstancias que la originaron y quedando extinguido el derecho cuando la suspensión se prolonga durante un año (art. 14.2). Asimismo, entre las causas de extinción del derecho a la prestación destaca la “salida del territorio nacional sin comunicación ni justificación a la entidad gestora durante un período, continuado o no, superior a noventa días naturales al año” [art. 15.d)]. Por último, entre las infracciones graves que enumera el RD-ley 20/2020 figura “no cumplir con la obligación de comunicar con carácter previo el desplazamiento al extranjero cuando el mismo sea superior a quince días e inferior a noventa días al año”, y en las muy graves “el desplazamiento al extranjero por tiempo superior a noventa días al año” [art. 35.3.c) y 35.4.c), respectivamente].

B. El Ingreso Mínimo Vital como prestación especial en metálico no contributiva

1. Elementos configuradores de estas prestaciones

El artículo 70 del Reglamento 883/2004 regula las prestaciones especiales en metálico no contributivas bajo un régimen muy definido que deja poco margen a la duda interpretativa. Como destaca el Tribunal de Justicia de la UE, este precepto no tiene por objeto fijar los requisitos materiales de acceso a este tipo de prestaciones ni definir el alcance

de la cobertura que prestan, aspectos que en cualquier caso competen a los Estados miembros interesados en el marco de sus sistemas nacionales de seguridad social⁹.

En primer lugar, conforme al citado precepto, las “prestaciones especiales en metálico no contributivas” previstas en la legislación nacional presentan características tanto de seguridad social como de asistencia social. Esta naturaleza híbrida afecta a su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión.

En segundo lugar, las prestaciones a que nos referimos deben reunir las siguientes condiciones:

- a) Su objeto debe consistir en (1) proporcionar una cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3 (ámbito material del Reglamento 883/2004), que garantice a los beneficiarios unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate; o bien (2) únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate.
- b) Su financiación debe proceder exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones no se harán depender de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo.
- c) Figurar en el Anexo X del propio Reglamento 883/2004.

Derivadamente, estas prestaciones serán facilitadas únicamente por el Estado miembro de residencia y de conformidad con su legislación, siendo gestionadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia. Además, el principio de exportabilidad (art. 7 del Reglamento 883/2004) no se aplica a estas prestaciones.

a) Naturaleza híbrida

El primer elemento a analizar desde el punto de vista del Ingreso Mínimo Vital es su propia naturaleza. El RD-ley 20/2020 lo califica indubitadamente como prestación de “seguridad social”. Sin embargo, de su propia configuración legal y efectos prácticos es posible deducir que se trata de una prestación mixta: en parte seguridad social y en parte asistencia social. A este respecto, el Tribunal de Justicia sostiene y afirma que la naturaleza real de cada prestación se determina conforme al Derecho Comunitario, siendo irrelevante lo que al respecto indique cualquier ordenamiento jurídico nacional¹⁰.

9. Sobre la caracterización de las prestaciones especiales en metálico no contributivas ver Guerrero Padrón, T.: “Alcance y articulación del principio de igualdad de trato respecto de las prestaciones de asistencia social”, en AA.VV.: *El Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 137 y ss.

10. Asuntos *Fossi*, 79/76, sentencia de 31 de marzo de 1977; *Guillard*, 9/78, sentencia de 6 de julio de 1978 y *Toia*,

El Reglamento 1247/92, por el que se modifica el Reglamento 1408/71 (que a su vez antecede al Reglamento 883/2004) subraya en su introducción que, conforme a “la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, determinadas prestaciones contempladas por las legislaciones nacionales pueden pertenecer simultáneamente a la seguridad social y a la asistencia social, debido a su ámbito de aplicación personal, sus objetivos y sus normas de desarrollo (...). Por algunas de sus características, las legislaciones en virtud de las cuales se conceden dichas prestaciones se asemejan a la asistencia social, en la medida en que la necesidad constituye un criterio esencial de aplicación y las condiciones de concesión prescinden de cualquier requisito relativo a la acumulación de períodos de actividad profesional o de cotización, mientras que, por otras características, se aproximan a la seguridad social, en la medida en que no hay poder discrecional en el procedimiento por el cual se conceden dichas prestaciones, conforme a lo que para ellas está establecido, y en que confieren a sus beneficiarios una posición jurídicamente definida; [...] dichas prestaciones deberían concederse, en lo relativo a las personas que entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, únicamente de conformidad con la legislación del país en cuyo territorio residen la persona interesada o los miembros de su familia, totalizando, según las necesidades, los períodos de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro y sin discriminación alguna basada en la nacionalidad”.

Estas consideraciones son trasladables íntegramente al concepto de Ingreso Mínimo Vital. Pese a ser una prestación calificada expresamente como de seguridad social, es indudable que reúne características propias de la asistencia social, básicamente por el objetivo que persigue y las condiciones para su concesión. Su objetivo principal es la reducción de la pobreza, especialmente la pobreza extrema, y la redistribución de la riqueza, asegurando un nivel de renta al beneficiario al tiempo que pretende o, al menos tiende, a fomentar la ocupación laboral como objetivo último. Es una prestación dirigida, por tanto, a prevenir, evitar o eliminar el riesgo de pobreza y exclusión social de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para subvenir a sus necesidades esenciales (art. 1 RD-ley 20/2020). En cuanto a las condiciones para su concesión, comentadas con anterioridad, están alejadas de cualquier elemento laboralizado o de tipo profesional, como puede ser el encuadramiento en algún régimen de la seguridad social, la participación directa vía cotización en su financiación, o la dependencia del cumplimiento de períodos previos de seguro, trabajo o empleo. Más bien al contrario, el Ingreso Mínimo Vital repara en condiciones como la residencia legal en España y la carencia de rentas, ingresos o patrimonio suficientes determinantes de una situación de vulnerabilidad económica.

237/78, sentencia de 12 de julio de 1979.

B) Proporcionar una cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de otros riesgos

El Ingreso Mínimo Vital, haciendo honor a su denominación, está concebido para proporcionar a sus potenciales beneficiarios una cobertura económica a modo de ingreso mínimo de subsistencia. Esta prestación que es compatible con otras prestaciones análogas concedidas por las comunidades autónomas y comúnmente calificadas de asistencia social, también es compatible con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, todo lo cual conduce a pensar que el Ingreso Mínimo Vital puede tener un papel complementario y mejoramiento en la economía familiar (unidad de convivencia) o personal.

La garantía de unos ingresos mínimos de subsistencia a través del Ingreso Mínimo Vital se proyecta o, mejor, se funda en la situación económica y social de España. Tal objetivo se corrobora con los elementos tomados en consideración para efectuar el cálculo de la prestación: la situación económica personal del interesado o del conjunto de la unidad de convivencia medida a través de sus posibles ingresos, renta y patrimonio, el importe anual de las pensiones no contributivas como referente en el cálculo de la prestación, las reglas de adaptación conforme a la composición de la unidad de convivencia y el complemento de monoparentalidad, son manifestación de la necesaria coherencia que debe existir entre el Ingreso Mínimo Vital y el contexto social y económico particular donde se aplica la medida, España, especialmente castigada en estos tiempos de pandemia.

Podría deducirse, de cuanto antecede, que el riesgo que pretende cubrir el Ingreso Mínimo Vital es la indigencia o la exclusión social, lo que de admitirse conduciría sin más a excluir esta prestación del ámbito material del Reglamento 883/2004 que en su amplio listado del artículo 3 no contempla esa contingencia de manera autónoma o específica.

Por la estructura de su formulación, el Ingreso Mínimo Vital se entendería vinculable a especiales situaciones tales como riesgo de desempleo, de vejez, de invalidez o incluso de protección familiar¹¹. En particular, estos argumentos podrían justificar esta última opción relacionando la efectividad del Ingreso Mínimo Vital con las familias en situación de vulnerabilidad y el hecho –singular ahora– de reemplazar a la prestación por hijo a cargo¹². Sin embargo, por su finalidad, objetivos y potenciales beneficiarios, se hace evidente que el Ingreso Mínimo Vital rebasa el estricto ámbito de la protección familiar, resultando obvio que no puede encasillarse sin otras particularidades en la protección familiar, pues excede de ese ámbito y se proyecta igualmente sobre sujetos individuales que se hallan en situación de vulnerabilidad y asimismo en grupos de personas que por razones de necesidad conviven en el mismo hogar aun sin tener entre sí lazos familiares.

Como anunciara también el preámbulo del RD-ley 20/2020, el Ingreso Mínimo Vital viene a sustituir progresivamente como novedad autónoma pero con filosofía inte-

11. Ver al respecto las interesantes reflexiones de Sánchez-Rodas Navarro, C.: “La lucha contra la exclusión socio-laboral en España 1990-2020”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1, 2020, pp. 9 y ss.

12. El Ingreso Mínimo Vital como una prestación familiar en Álvarez Cortés, J. C., “Una nueva prestación no contributiva de la seguridad social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital”, ob. cit., p. 296.

gradadora a la prestación de seguridad social por hijo o menor acogido a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 por ciento. Así considerado, parece que el Ingreso Mínimo Vital asume la función de la prestación por hijo a cargo cubriendo el objetivo que aquélla perseguía, consistente en afrontar situaciones de necesidad económica derivadas del aumento de gastos en la economía familiar debido al nacimiento o adopción de hijos o por tenerlos a cargo.

Es evidente que la lectura del preámbulo del RD-ley 20/2020 señala que el objetivo de la nueva prestación rebasa la finalidad de la prestación por hijo a cargo, es más ambicioso, como se constata. En efecto, el Ingreso Mínimo Vital representa una política sintetizada en una protección estructural de la sociedad a través de la atención de quienes en un momento determinado sufren situaciones de exclusión y vulnerabilidad, sea por la edad o motivos de discapacidad o pérdida del empleo, lo que probablemente conllevará una reordenación de las ayudas estatales cuyos objetivos se solapan con tal política para evitar de este modo duplicidades evidentes. Coincidimos en señalar que se trata de una prestación “multiriesgos”¹³.

c) Financiación vía impuestos

Conforme al art. 109.2 de la LGSS, el Ingreso Mínimo Vital se financiará mediante aportaciones del Estado al presupuesto de la seguridad social, como reitera el art. 32 del RD-ley 20/2020. La propia norma ha previsto la concesión de un crédito extraordinario de 500.000.000 como aportación del Estado a la seguridad social para financiar el Ingreso Mínimo Vital.

Esta cobertura financiera, acaso por la importancia social del Ingreso Mínimo Vital, está dotada de un régimen de control financiero conforme a lo dispuesto en el art. 147.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Su efectividad –ordenación y pago– corresponderá a la Intervención General de la seguridad social. Además, y en esta misma línea, reglamentariamente se regulará el “sello de inclusión social”, titularidad asignable a las empresas y entidades “que contribuyan al tránsito de los beneficiarios del Ingreso Mínimo Vital desde su situación de riesgo de pobreza y exclusión a la participación activa en la sociedad, reforzando el objetivo finalista del citado Ingreso Mínimo Vital”.

d) Inclusión en el Anexo X

La última condición para considerar que el Ingreso Mínimo Vital es una prestación en metálico no contributiva en los términos del Reglamento 883/2004 consiste en que España lo haya identificado como tal y sea notificado en el Anexo X para su inclusión.

El Anexo X del Reglamento 883/2004 contiene un listado de las prestaciones en metálico no contributivas de diferentes Estados miembros. En el caso de nuestro país, figuran:

13. Expresión acuñada con acierto por Sánchez-Rodas Navarro, C.: “La lucha contra la exclusión socio-laboral en España 1990-2020”, ob. cit., p. 9.

(1) el subsidio de garantía de ingresos mínimos de la derogada Ley 13/1982, (2) las prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo (Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio), (3) las pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva, reguladas en el Título VI, Capítulo II de la LGSS, (4) las prestaciones que complementan las anteriores pensiones según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social de las correspondientes Comunidades Autónomas, y (5) el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte (de la mencionada y derogada Ley 13/1982).

La inclusión en el Anexo X es un requisito de carácter formal de necesario cumplimiento por el Estado miembro interesado, que tiene como principal efecto justificar que se aplique un sistema de coordinación diferente a estas particulares prestaciones, dentro del previsto en el propio Reglamento 883/2004. De esta forma, siendo la regla general que los derechos a prestaciones de seguridad social no dependan del lugar de residencia del interesado, “no obstante, en determinados casos, especialmente por lo que respecta a las prestaciones especiales vinculadas al contexto económico y social del interesado, podría tenerse en cuenta su lugar de residencia” (Considerando núm. 16). De manera similar ocurre con respecto al principio de exportabilidad, que excepcionalmente deja de aplicarse “a las prestaciones que sean a la vez especiales y no contributivas y que se enumeren en el anexo X del presente Reglamento” (Considerando núm. 37) En consecuencia y como señala el artículo 70 *in fine*, las prestaciones especiales en metálico no contributivas serán facilitadas únicamente por el Estado miembro de residencia conforme a su legislación, correspondiendo la gestión y abono a la Institución del lugar de residencia.

El RD-ley 20/2020 que regula el Ingreso Mínimo Vital nada dice al respecto. Una norma tan extensa y detallada que ha sido modificada en varias ocasiones pese a su corta vigencia, no ha reparado sin embargo en algo tan relevante como el encaje de la nueva prestación en el Reglamento comunitario. Ni siquiera se encuentra en el profuso texto legal una mínima referencia a la tramitación de la inclusión del Ingreso Mínimo Vital en el Anexo X.

El análisis del texto legal de la norma cuestionada (RD-ley 20/2020) no permite concluir, sin otras reflexiones, que la intención del legislador haya sido exponer el Ingreso Mínimo Vital a la aplicación del principio de exportabilidad en los términos señalados, lo que de todo punto resulta contrario a la naturaleza, objetivos y condiciones de acceso y mantenimiento de la propia prestación. La explicación debe ser otra, probablemente un grave olvido, posiblemente subsanable y muy necesario para evitar la conflictividad que pudiera generar esta falta de clarificación, acaso subsanable por vía reglamentaria.

V. CONCLUSIONES

Merece especial reflexión la ubicación legal en el Derecho de la UE del Ingreso Mínimo Vital, partiendo de su naturaleza y su eventual aplicación a los ciudadanos del entorno comunitario –nacionales británicos incluidos, si en la negociación de las relaciones

futuras entre la UE y el Reino Unido se acordara la aplicación a los mismos de las normas de coordinación de Seguridad Social-.

La prestación española encuentra plena correspondencia con las notas configuradoras de las “prestaciones especiales en metálico no contributivas” del artículo 70 del Reglamento 883/2004 que, por sus singulares características tienen una consideración legal propia caracterizada por que no son exportables.

No obstante, la falta de inclusión del Ingreso Mínimo Vital en el Anexo X supondría calificarlo como prestación no contributiva de seguridad social conforme al artículo 3.2 del Reglamento 883/2004, con plena aplicabilidad de los principios básicos de coordinación, particularmente el de exportabilidad. Conclusión que debe rechazarse ateniéndonos a la estructura, contenido y finalidad del Ingreso Mínimo Vital ligado a los ciudadanos españoles y extranjeros que residen en nuestro país, latente una vocación o proyecto de laboralización de sus beneficiarios, debiendo considerarse inviable o imposible que la prestación española sea exportable, salvo la interpretación comunitaria que nos llevaría a la aplicación de esos principios, exorbitante para nuestra actual economía y alejado de su finalidad regulatoria.

Bibliografía

- Álvarez Cortés, J. C.: “Una nueva prestación no contributiva de la seguridad social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 56, 2020.
- Barceló Fernández, J.: “Posibles efectos combinados en los desempleados de la UE de los nuevos reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y del Brexit”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.
- Gallego Losada, R.: “Los derechos sociales de los ciudadanos de la Unión Europea y del Reino Unido. Libre circulación de los trabajadores y Seguridad Social tras el Brexit”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.
- García de Cortázar Nebreda, C.: “El Brexit en el ámbito de la coordinación de regímenes de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.
- Guerrero Padrón, T.: “Alcance y articulación del principio de igualdad de trato respecto de las prestaciones de asistencia social”, en AA.VV.: *El Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2015.
- Kennedy, S.; Powell, T. y Thurley, D.: “The UK-EU future relationship negotiations: social security coordination”, House of Commons Library, Briefing Paper number 8928, 11 June 2020, <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8928/>.
- Machin, R.: “Social Security in the Aftermath of the EU Referendum”, *Journal Legal Action*, Publisher Legal Action Group, 2016.
- Roberts, S.: “The UK and social security coordination after Brexit: reinventing the wheel or Mad Hatter’s tea party”, *Zabezpieczenie Społeczne. Teoria, Prawo, Praktyka (Social Security. Theory, Law, Practice)*, núm. 6, 2017.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: “La lucha contra la exclusión socio-laboral en España 1990-2020”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1, 2020.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Libre circulación de personas y prestaciones en metálico no contributivas”, en Sánchez-Rodas Navarro, C.: *La coordinación de los sistemas de seguridad social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010.



El Ingreso Mínimo Vital en hogares unipersonales

MÍNIMUM VITAL INCOME IN SINGLE-PERSON HOUSEHOLDS

Fernando M. Jimeno Jiménez

Profesor Tutor

Universidad Nacional de Educación a Distancia - Ceuta

Coordinador Unidad de Dependencia IMSERSO Ceuta

fernandom.jimeno@gmail.com  0000-0003-0623-779X

Recibido: 09.12.2020 | Aceptado: 13.12.2020

RESUMEN

En el presente documento se estudia la aplicación del nuevo ingreso mínimo vital en relación con las personas que viven solas en hogares unipersonales, fenómeno cada vez con mayor trascendencia en España.

Se detecta cómo los requisitos de residencia son más rigurosos que los previstos para unidades de convivencia tradicionales, apreciándose dificultades en la acreditación de requisitos (empadronamiento y residencia) en las personas sin hogar o el maltrato de género oculto.

Se analizan materias que deben afrontarse como la homogeneidad en los requisitos exigibles a las pensiones no contributivas de invalidez o jubilación en relación con el ingreso mínimo vital, el papel que deben asumir las Comunidades Autónomas, la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación de seis meses o la necesidad de presentar declaración anual de ingresos.

ABSTRACT

This document studies the application of the new minimum vital income in relation to people who live alone in single-person households, a phenomenon with increasing importance in Spain.

It's detected how the residency requirements are more rigorous than those foreseen for traditional coexistence units, appreciating difficulties in the accreditation of requirements (registration and residence) in the homeless or hidden gender abuse.

Matters that must be addressed are analyzed, such as the homogeneity in the requirements for non-contributory disability or retirement pensions in relation to the minimum vital income, the role that the Autonomous Communities must assume, the expansion of the maximum period of resolution and notification of six months or the need to present an annual income statement.

PALABRAS CLAVE

Ingreso mínimo vital

Sistema no contributivo

Hogares unipersonales

Vulnerabilidad económica

KEYWORDS

Minimum vital income

Non-contributory system

Single-person households

Economic vulnerability

SUMARIO

- I. INGRESO MÍNIMO VITAL Y SISTEMA NO CONTRIBUTIVO
- II. HOGARES UNIPERSONALES Y VULNERABILIDAD ECONÓMICA EN ESPAÑA
 - A. La vulnerabilidad económica durante la situación de soledad
 - B. Personas sin hogar
- III. LAS PERSONAS QUE VIVEN SOLAS COMO BENEFICIARIAS Y TITULARES DEL IMV
- IV. SUPUESTOS EXCEPCIONALES: VIOLENCIA DE GÉNERO, TRATA DE SERES HUMANOS Y EXPLOTACIÓN SEXUAL
- V. SUPUESTOS ASIMILADOS A VIDA EN SOLEDAD
- VI. RELACIONES DEL IMV EN HOGARES UNIPERSONALES CON LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DE INVALIDEZ Y JUBILACIÓN
- VII. CUESTIONES TRANSVERSALES EN LA APLICACIÓN DEL IMV
- VIII. CONCLUSIONES
 - Bibliografía

I. INGRESO MÍNIMO VITAL Y SISTEMA NO CONTRIBUTIVO

Tras la aprobación de la Ley de Dependencia en 2006¹, el avance más significativo en materia social en España, ha coincidido con la convalidación por el Congreso de los Diputados español del Real Decreto-ley sobre ingreso mínimo vital² en junio de 2020 (RDLIMV en adelante). Es significativo que ambas normas hayan sido respaldadas por una importante mayoría parlamentaria, circunstancia que denota la trascendencia social de sus contenidos y la necesidad de las fuerzas políticas por adaptarse a las demandas ciudadanas.

Los dos textos legales han tenido génesis, tramitación y entorno económico diferenciados. Por una parte, el modelo de dependencia (LAPAD) nace tras un proceso prolongado de estudio, principalmente en base al Libro Blanco de la dependencia y la equiparación con el entorno europeo en materia de cuidados a quienes necesitan atención de tercera persona en la realización de actos vitales; por otra, el ingreso mínimo vital (IMV en adelante) coincide en el tiempo con la situación de necesidad económica de la población tras el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, aunque con vocación estructural en el tiempo. El primero de los programas de intervención pública obedece a una regulación estructurada y el segundo, posiblemente ante la emergente necesidad, presenta un texto complejo en su diseño, con determinados puntos oscuros que han generado inseguridad jurídica y obligado a su corrección inmediata (en un plazo de cuatro meses)³.

La LAPAD es consecuencia de un proyecto de ley, con tramitación parlamentaria ordinaria, aprobada aún en una etapa de bonanza económica, aunque su aplicación

1. Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, ley 39/2006, de 14 de diciembre, publicada en el BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

2. Real Decreto-ley 20/2020, por el que se establece el ingreso mínimo vital, de 29 de mayo, publicado en el BOE núm. 154, de 01 de junio de 2020. Ha sido convalidado por el Congreso de los Diputados en la sesión de 10 de junio de 2020. Ha sido modificado por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre (BOE nº 253 de 23/09/2020) y por el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre (BOE nº 259 de 29/09/2020)

3. Así lo refleja la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 30/2020, mencionado en la nota nº 2.

tenga desarrollo a partir de la crisis 2007/2008. Sin embargo, el IMV es regulado por un Real Decreto-ley en el marco del artículo 86 de la Constitución Española, justificado en la extraordinaria y urgente necesidad derivada de la crisis sanitaria del COVID-19 y los consecuentes déficits económicos y sociales generados por la pandemia. Aunque la renta mínima era cuestión estudiada y propuesta antes de la situación de emergencia generada por el virus, después de la declaración del estado de alarma se hace más necesaria aún⁴. En el sistema de dependencia la presencia activa de las Comunidades Autónomas (CC. AA.) es fundamental, por ser responsables de su gestión, cuando la participación autonómica en el IMV puede considerarse un reto futuro, pendiente de la formulación de convenios (artículo 29 RDLIMV) y del desarrollo reglamentario⁵.

Ambos programas coinciden con dificultades en su aplicación y puesta en marcha, con problemas en la fase de resolución⁶. De igual modo, las instituciones europeas han contribuido a la aprobación normativa, de manera concreta la renta mínima se incluye como principio fundamental (número catorce) en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, reflejo de vida digna en combinación con la integración en el mercado laboral.

Sirva esta perspectiva temporal comparada como reflexión acerca de los dos momentos más relevantes en el avance del Estado del Bienestar a comienzos del siglo XXI en España e introducción en la materia propia de este manuscrito. La nueva realidad del IMV supone dotar de mayor intensidad al sistema no contributivo de la Seguridad Social (artículo 2 Real Decreto-ley 20/2020), del que forma parte, con una mayor acción protectora. En este sentido, ya la ley de pensiones no contributivas (PNCs)⁷ supuso un avance al introducir la universalización de la prestación económica ante dificultades de subsistencia, en su doble modalidad, invalidez y jubilación.

El Real Decreto-ley 20/2020 no solo promueve la implantación del IMV, sino la reordenación de los programas estatales en este ámbito, con la eliminación (por inclusión en la nueva herramienta) de la prestación económica por hijo o menor a cargo con discapacidad inferior al 33% o sin discapacidad. Con este diseño no contributivo, la Seguridad Social asume la función de Estado que atribuye la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2014⁸, conectando su contenido con los artículos constitucionales 41 (régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos) y 9.2 (promover condiciones de integración reales y efectivas por parte de los poderes públicos).

4. Ochando Claramunt, C. y Albert Moreno, J. F.: "El ingreso mínimo vital: la renta garantizada de un Estado del bienestar incompleto", *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, núm. 3, 2020, pp. 152-171.

5. Chabannes, M.: "Un nuevo derecho para la ciudadanía: el ingreso mínimo vital", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020, pp. 270-290.

6. La publicación de la Secretaría de Estado de Seguridad Social con fecha 16/10/2020 refleja que se han presentado 975.559 expedientes válidos, encontrándose 160.209 en subsanación y pendientes de análisis 486.824 solicitudes.

[evista.seg-social.es/2020/10/16/la-seguridad-social-ha-reconocido-el-ingreso-minimo-vital-a-136-000-hogares-en-los-que-viven-mas-de-400-000-personas/](https://www.seg-social.es/2020/10/16/la-seguridad-social-ha-reconocido-el-ingreso-minimo-vital-a-136-000-hogares-en-los-que-viven-mas-de-400-000-personas/)

7. Ley 26/1990 por la que se establecen en la Seguridad Social las prestaciones no contributivas, de 20 de diciembre de 1990 (BOE núm. 306, de 20 de diciembre de 1990).

8. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 33/2014, de 27 de febrero, BOE núm. 73, de 25 de marzo de 2014.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2020 precisa que el IMV es un instrumento público protector ante la situación de vulnerabilidad económica de individuos que viven en soledad y unidades económicas familiares, con pretensión de reducir la pobreza, principalmente extrema, así como de redistribución de la riqueza y promoción de una igualdad más efectiva. Esta cobertura pública nace con vocación de homogeneidad y con el objetivo de dar respuesta a la insuficiente protección actual y heterogeneidad de modelos autonómicos⁹. De este modo, se genera un nuevo derecho subjetivo ante la carencia de recursos suficientes para atender las necesidades básicas (artículos 1 y 2 del DLIMV), bajo un doble itinerario: un modelo más habitual o común, la unidad de convivencia tradicional; y otro menos habitual, aunque cada vez más frecuente, el individual.

¿Por qué se realiza una mención expresa a las personas que viven solas en tanto que beneficiarias y titulares del derecho subjetivo al IMV? ¿Existen datos objetivos que justifiquen esta necesidad? ¿Qué problemas genera su aplicación y puesta en desarrollo en el colectivo objeto de estudio? ¿Se aprecian requisitos diferentes o adicionales en el beneficiario que reside en hogar unipersonal frente a los integrados en unidades de convivencia?

En las próximas líneas se pretende dar respuesta a estos interrogantes, utilizando en su justificación acceso a fuentes públicas de información y análisis del contenido normativo. En su desarrollo se analiza la posición singular del beneficiario que vive en hogares unipersonales respecto del supuesto común, los integrados en unidades de convivencia, estudiando determinados problemas de aplicación. De igual forma, se examinarán algunas posibilidades de mejora, aunque desde una visión transversal.

Prefiero la denominación hogar familiar unipersonal por ser la utilizada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), por ejemplo en la Encuesta Continua de Hogares, instrumento específico que desde 2013 se dedica al análisis de las características demográficas de la población y la composición de los hogares donde residen. La Real Academia Española define el adjetivo unipersonal como el correspondiente o referido a una sola persona.

II. HOGARES UNIPERSONALES Y VULNERABILIDAD ECONÓMICA EN ESPAÑA

El artículo 4.1 del RDIMV determina que pueden ser beneficiarios de la renta mínima tanto los integrantes de una unidad económica de convivencia como las personas que viven en soledad, estableciendo para este último colectivo dos posibilidades en función del umbral de edad, bien con una horquilla situada entre 23 y menores de 65 años, bien mayores (¿igual?) de 65 años si no son beneficiarios de pensión de jubilación (contributiva o no contributiva)¹⁰.

9. Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 24, 2020, pp. 13-35.

10. La inclusión del colectivo con 65 años y más ha tenido lugar tras la reforma promovida por el Real Decreto-ley

Resulta llamativa esta distinción, toda vez que se identifica y dota de identidad propia a quiénes residen en una vivienda sin otros familiares acompañantes. La vida en domicilio unipersonal es consecuencia de un nuevo modelo familiar, una dinámica tendente a un proceso de individualización, a diferencia de fórmulas más tradicionales¹¹. Residir en el domicilio solo se ha convertido en una posibilidad, una opción, en un entorno de cambio¹².

Entiendo que se puede producir confusión en la lectura del texto, toda vez que los beneficiarios que viven solos pueden acceder cuando hayan cumplido al menos 23 años y sean menores de 65 años, bien cuando sean mayores de esa edad (65 años) sin ser beneficiarios de pensión de jubilación. El artículo 369 (pensión no contributiva de jubilación) del texto refundido de la ley General de la Seguridad Social¹³ no deja margen de dudas al determinar que serán beneficiarios los que hayan cumplido los 65 años de edad.

De acuerdo con lo que refleja el gráfico nº 1, una de cada cuatro viviendas en España está ocupada por una sola persona (25,73%). Tras el hogar con dos residentes, es la fórmula más habitual de vivencia en un domicilio español. Es una realidad de nuestra sociedad que con el devenir temporal, especialmente desde finales del siglo XX, el tamaño medio de los hogares ha disminuido hasta situarse en 2,5 personas por casa (INE, Encuesta continua de hogares¹⁴). A ese resultado contribuye la elevada presencia de viviendas unipersonales.

La proyección estadística indica que en los próximos quince años, con la tendencia actual, los hogares unipersonales aumentarían su proporción (hasta el 28,9%), de manera generaliza, salvo en Asturias y Castilla y León, y el tamaño medio de vivienda mantendría su descenso (2,41). Entiendo que esta fotografía del modelo domiciliario español es la que ha obligado al Gobierno a incluir en el Real Decreto-ley la doble definición de beneficiario, reivindicando la posición específica y singular de quien vive solo respecto de la unidad de convivencia tradicional (gráficos 1 y 2).

Es preciso reflejar que la mayor parte de estas viviendas unipersonales (seis de cada diez) son ocupadas por menores de 65 años, con mayor presencia masculina. Sin embargo, hay predominio femenino a partir de 65 años, consecuencia de su mayor longevidad y esperanza de vida. Resulta muy interesante indicar que el perfil de quien vive en soledad se ajusta mayoritariamente con el de una persona soltera cuando es menor de 65 años, viuda si supera esa cifra.

30/2020, debido a que en el texto original solamente se incluía en el ámbito de protección unipersonal a las personas ubicadas entre los 23 y 65 años.

11. Uribe Díaz, P. I.: "Hogares unipersonales: la experiencia de vivir solas y solos", *Revista Tendencias & Retos*, vol. 20, núm. 1, 2015, pp. 145-160.

12. López Villanueva, C. y Pujadas Rubiés, I.: "Vivir solo en España. Evolución y características de los hogares unipersonales en la vejez", *Panorama social*, núm. 28, 2018, pp. 93-115.

13. Real Decreto Legislativo 8/2015, texto refundido de la ley General de la Seguridad Social de 8 de octubre de 2015 (BOE nº 261, de 30 de octubre de 2015).

14. Disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176952&menu=ultiDatos&idp=1254735572981.

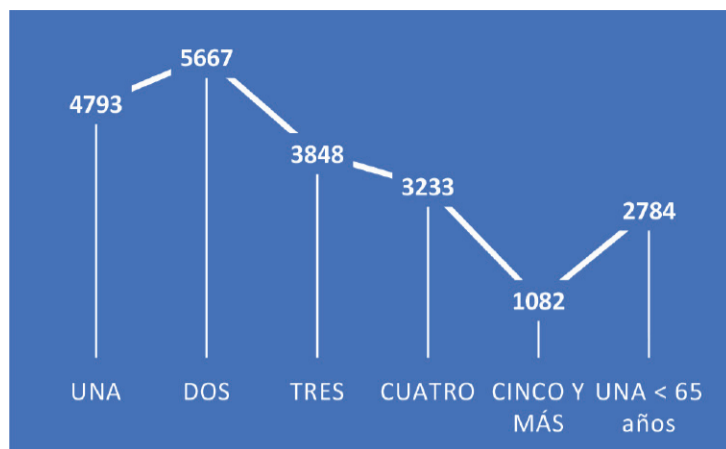


Gráfico 1. Elaboración en base a Encuesta Continua de Hogares (INE). Datos referidos a 2019 y expresados en miles de unidades.

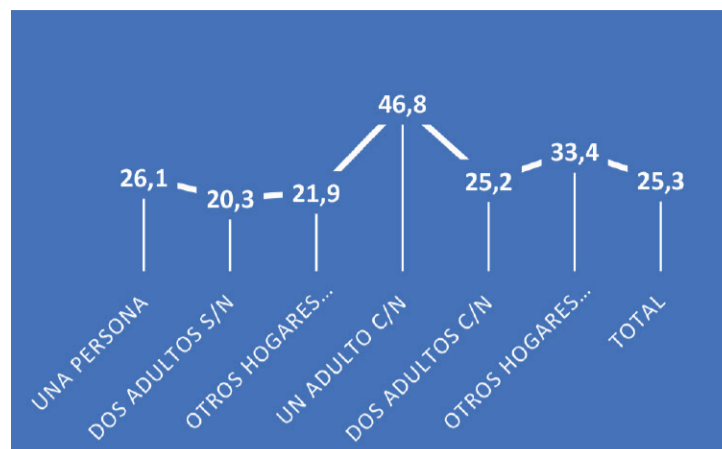


Gráfico 2. Elaboración en base a Estrategia Europea 2020 (Indicador AROPE). INE. Datos referidos a 2019.

A. La vulnerabilidad económica durante la situación de soledad

El reconocimiento del IMV pivota en torno a la condición de beneficiario (individual / unidad de convivencia) y la acreditación de situación de vulnerabilidad económica. El concepto vulnerabilidad se define en función de dos elementos esenciales, el riesgo o la amenaza y la ausencia o insuficiencia de instrumentos para su remedio¹⁵. Desde una perspectiva social, se asocia a la dificultad laboral, la escasez de recursos, incluidos los de reconocimiento público, con incidencia en nuestro ámbito relacional¹⁶. En función de estas definiciones, el principal tratamiento para superar el déficit económico es la inserción en el mercado laboral, con el desarrollo individual vía mejora de competencias y habilidades¹⁷.

Cabe preguntarse en qué medida las personas que viven solas pueden ser candidatas a la obtención de la renta mínima. Se podría pensar que quienes residen en vivienda unipersonal disponen de una situación económica sólida y afianzada, fruto de una vida laboral activa. Sin embargo, las estadísticas oficiales ofrecen una perspectiva distinta, toda vez que en un elevado porcentaje de casos se plantea una doble situación de necesidad: la derivada de la carencia de recursos económicos y la dificultad de integrarse en una unidad de convivencia donde se solidaricen los contratiempos. Analizando de manera conjunta ambas variables (nivel de rentas / miembros de la unidad familiar), el INE en sus estudios sobre condiciones de vida¹⁸ demuestra que durante 2019 la renta media anual de hogares unipersonales ha sido de 20.502 €, apenas sin incremento en la evolución temporal desde 2008, fecha de inicio de la serie¹⁹.

15. Alguacil Gómez, J.; Camacho Gutiérrez, J. y Hernández Aja, A.: "La vulnerabilidad urbana en España. Identificación y evolución de los barrios vulnerables", *Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, núm. 27, 2014, pp. 73-94.

16. Arístegui, I.; Beloki, U.; Díez, A. y Silvestre, M.: "Vulnerabilidad social percibida en contexto de crisis económica", *RES. Revista Española de Sociología*, vol. 26, núm. Extra 3, pp. 17-39.

17. Linares Insa, L.; Córdoba Iñesta, A. y Zacarés González, J. J.: "La medida de la empleabilidad en las empresas de inserción en el País Vasco: de la exclusión a la inserción sociolaboral", *Zerbitzuan*, núm. 51, 2012, pp. 83-94.

18. Disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=9946&L=0>.

19. En el periodo 2008/2015 se produce minoración de la anual media, con descenso en términos absolutos desde 18.809 (2008) a 18.750 (2015).

Para aportar mayor claridad a esta cuestión, en el gráfico nº 2 se representa el riesgo de pobreza o exclusión social, desarrollado por el INE en base al indicador AROPE. ¿Cuándo estima el indicador que se encuentra una persona en situación de pobreza? Son aquellas que se localizan en alguno de los supuestos relacionados con la carencia severa de bienes materiales, dificultades o escasa intensidad en el empleo o renta inferior al 60% de la mediana de ingresos. De acuerdo con este gráfico, una de cada cuatro personas que vive en soledad (26,1%), con datos referidos a 2019, se encuentra en situación de pobreza o exclusión social. Parece una cifra elevada, especialmente tomando en consideración que supera en casi un punto porcentual la media global, solamente superada por los supuestos en los que la convivencia incluye menores a cargo.

B. Personas sin hogar

Necesita reflexión precisa el colectivo de personas que no tiene hogar. El INE²⁰ (2012) dedica una encuesta específica al análisis sociodemográfico de quienes no residen en viviendas propias. Cerca de 23.000 personas no disponen de hogar (22.938), donde tres de cada cuatro se localizan en pleno periodo de vida activa laboral, entre 30 y 64 años²¹, en su mayoría varones.

¿Dónde residen las personas sin hogar? Se plantean varias modalidades, siendo las fórmulas mayoritarias el albergue o residencia colectiva, así como los pisos facilitados directa (vivienda de la entidad) o indirectamente (subvención finalista para una pensión) por organizaciones no gubernamentales. En menor medida, utilización de espacios públicos y ocupación. Puede entenderse un fenómeno social relacionado con la urbanización, toda vez que una tercera parte de los supuestos acaecen en comunidades autónomas (Cataluña y Madrid) con elevada aglomeración.

La persona sin hogar encaja plenamente en el concepto de renta mínima y se aproxima al concepto unipersonal que se examina. Es un caso tipo de exclusión social y pérdida de derechos de ciudadanía²². Desde la perspectiva que se desarrolla en el presente texto, el IMV podría presentar dificultades en la gestión. Los inconvenientes derivados del empadronamiento, en algunos supuestos con bajas por ausencia en la última residencia conocida, la subvención privada de importes para el alojamiento, la dificultad o imposibilidad de un domicilio a efecto de notificaciones y comunicaciones que genera el procedimiento administrativo o la justificación de la demanda de empleo son una muestra de su complejidad.

Demostrada la elevada presencia de hogares unipersonales en nuestra sociedad y justificado que el colectivo de personas que vive en soledad es potencialmente un grupo susceptible de vulnerabilidad económica, unido a la problemática específica

20. Disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176817&menu=ultiDatos&idp=1254735976608.

21. El 76,8%, con equidad en la distribución en los dos tramos de edad de referencia (30 a 44, el 38,4% y la misma proporción en el siguiente, 45 a 64 años).

22. Sánchez Morales, M. R.: "Las personas sin hogar. Un marco para el análisis sociológico", *OBETS, Revista de Ciencias Sociales*, vol. 12, núm. 1, pp. 119-143.

que pueden plantear las personas sin hogar, es el momento de analizar la singular configuración que promueve el Real Decreto-ley 20/2020.

III. LAS PERSONAS QUE VIVEN SOLAS COMO BENEFICIARIAS Y TITULARES DEL IMV

En párrafos anteriores se ha examinado que una persona con vida en soledad (hogar unifamiliar), puede ser beneficiaria (y titular) del IMV, siempre que alcance una edad mínima de 23 años, aunque para los solicitantes con 65 años y más se exija adicionalmente no ser beneficiaria de pensión de jubilación, tanto contributiva como no contributiva (artículo 4.1.b RDLIMV). Es el momento de estudiar su consideración como derecho subjetivo y requisitos diferenciales respecto del supuesto común, la unidad de convivencia.

¿El acceso al IMV es un derecho subjetivo de ciudadanía? Ha existido amplio debate en torno a la consideración de esta categoría jurídica, triunfando las teorías mixtas que lo definen como la capacidad que ofrece el ordenamiento jurídico al individuo para la satisfacción de su posición, donde la protección es el fin de la norma²³. El artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2020 configura al IMV como un derecho subjetivo, materializado en una prestación económica que facilita un nivel mínimo de renta ante la situación de vulnerabilidad. Por tanto, una vez reconocido el derecho es exigible y adquiere contenido, al ser la efectividad nota esencial²⁴. Debe considerarse un derecho proactivo²⁵, recurrible en la jurisdicción social.

La regulación presenta matices en la configuración de los requisitos de acceso a la prestación, en función de la dualidad de beneficiarios. Debe precisarse que en el caso de estudio, la persona que vive sola con plena capacidad de obrar, reúne la doble condición de beneficiario y titular, actuando en nombre propio (artículo 5 del RDIMV). A diferencia del supuesto individual, todos los miembros de la unidad de convivencia se consideran beneficiarios, donde asume la figura de titular y representante una persona en nombre del grupo.

Una materia muy interesante, que excede el propósito de este artículo, es la situación derivada de la vida independiente de las personas con discapacidad que pudieran estar afectadas por limitaciones en la capacidad de obrar. El artículo 19 del Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad²⁶, ratificado por el estado español, declara que en el ejercicio de la vida independiente y la inclusión en comunidad, las personas con discapacidad puedan elegir el lugar de residencia, dónde y con quién vivir, sin obligación de someterse a un estado de vida específico.

23. Agudo González, J.: "Evolución y negación del derecho subjetivo", *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 5, 2011, pp. 9-42.

24. Jimena Quesada, L.: "El último bastión en la defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 29, 2014, pp. 171-189.

25. Monereo Pérez, J. L.: "La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la "sociedad del riesgo", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 10, núm. 2, pp. 424-505.

26. El convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad fue aprobado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, publicado el instrumento de ratificación en el BOE nº 96, de 21 de abril de 2008.

Con independencia del cumplimiento de los requisitos comunes exigibles a los miembros de una unidad de convivencia, de conformidad con lo reflejado el artículo 7 del RDIMV (residencia legal, efectiva, continuada e ininterrumpida en España durante al menos el año inmediatamente anterior a la solicitud, situación de vulnerabilidad económica, solicitud de prestaciones a las que pudiera tener derecho), así como las obligaciones previstas en el 33 (presentar anualmente declaración del impuesto de la renta de las personas físicas (IRPF), justificar inscripción como demandante de empleo en el plazo de seis meses después de la resolución, modificación del cambio de domicilio, entre otras), se han previsto particularidades requeridas específicamente a quienes viven en soledad, un periodo concreto de vida independiente anterior a la solicitud si es menor de 30 años y un domicilio distinto al de los progenitores (tutores o guardadores) durante el año inmediato anterior en los que alcancen esta edad. Estas exigencias concretas necesitan un examen más detallado, así como la diferente aplicación de límites patrimoniales demostrativos de la situación de vulnerabilidad económica.

Los beneficiarios mayores de veintitrés años y menores de treinta que viven en soledad deben acreditar, a diferencia de los que se encuentran incluidos en una unidad de convivencia, la vivencia independiente en España durante al menos tres años previos a la solicitud. La indeterminación de los conceptos obliga a precisar su alcance. La vida autónoma debe ser anterior y previa. Sin embargo, precisa a continuación que se equipara a vida independiente el haber residido en un domicilio diferente al de los padres (tutores o acogedores, en su caso) durante tres años inmediatos anteriores a la solicitud y, en ese mismo periodo de tres años, acumulativamente (se utiliza la conjunción “y”) en alta en algunos de los regímenes de la Seguridad Social o equivalentes (al menos doce meses, continuados o no). Como puede apreciarse, la matización supera las exigencias del concepto inicial, introduciendo nueva exigencia, el alta laboral en Seguridad Social²⁷, con difícil aplicación ante el desempleo juvenil tan elevado. El objetivo pretendido con las limitaciones de residencia diferenciada y vida laboral mínima es la no aplicación del instrumento protector ante situaciones promovidas expresamente, con la visión de establecer un sistema protector fundamentado en la responsabilidad común de las entidades públicas y los ciudadanos²⁸. A los que superen los 30 años se les establece una cautela de menor intensidad que la anterior, un domicilio diferenciado al de los progenitores (tutores o guardadores) durante al menos un año inmediato anterior.

Para demostrar la vulnerabilidad económica, no solo deben tomarse en consideración las rentas generadas por cada individuo (referidas al ejercicio anterior), sino la situación patrimonial. Por un lado, para su reconocimiento se utiliza la fórmula, en

27. De este modo, para que una persona con 23 años acceda al IMV debe acreditar vida en domicilio diferente a sus progenitores (o asimilados) desde al menos los 20 años, inmediatamente anteriores, así como alta en la Seguridad Social o equivalente de doce meses (Clases Pasivas o Mutualidad de previsión social) durante ese mismo periodo de tres años.

28. Jimena Quesada, L.: “El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 10, núm. 2, pp. 361-423.

promedio mensual, de unas rentas propias inferiores, al menos en 10 euros, respecto de la garantizada²⁹. Por otro, no superar determinados límites patrimoniales (activos no societarios y patrimonio societario neto), excluida la vivienda habitual.

No se aprecian particularidades en la determinación de los ingresos de los solicitantes individuales en relación con las unidades de convivencia, utilizando para su cálculo la referencia del impuesto sobre la renta de las personas físicas del año anterior (rentas de trabajo, capital mobiliario o inmobiliario, actividad económica y ganancias o pérdidas patrimoniales) y determinadas rentas exentas³⁰. Tampoco en la configuración de los topes patrimoniales se detectan diferencias, aunque sí en su aplicación práctica. Así, la persona que vive en soledad, sin contar el inmueble residencial habitual, no debe poseer un patrimonio que alcance el triple de la renta garantizada³¹ (se presupone anual). Este umbral se incrementa en la unidad de convivencia en función del número de familiares, así como de la escala de renta garantizada³².

El IMV resultará compatible con las rentas de inserción, salarios sociales o ayudas análogas de asistencia social (no computan como ingresos) que concedan las Comunidades Autónomas (artículo 8.2 párrafo segundo). Por un lado, podría producirse confusión respecto de las prestaciones asistenciales que concedan las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, así como las entidades de la Administración Local, por no estar reflejadas en la exención de cómputo en ese apartado concreto (artículo 18.1.e.1º), aunque podrían declararse exentas al amparo del apartado siguiente (18.1.e.2º), donde se permite excluir a las prestaciones y ayudas económicas públicas finalistas similares. Por otro, estas prestaciones exentas podrán tener contenido económico diferenciado en función del territorio de residencia, no se da respuesta homogénea a la diversidad autonómica³³. No obstante, con la aprobación del nuevo recurso, las Comunidades Autónomas podrían efectuar una reasignación de los recursos hasta la fecha destinados a esta protección³⁴, bien a la mejora, bien a otra finalidad.

Para concluir este apartado, se establece la exclusión automática del IMV en aquellos sujetos individuales que ostenten la condición de administradores de derecho en sociedad mercantil, en activo, con independencia de que reúnan los requisitos anteriores. Con regulación confusa, la misma denegación operaría en los miembros de una unidad de convivencia.

29. Para el supuesto de hogar unipersonal la renta garantizada anual para 2020 es equivalente al importe de la PNC. Por tanto, la concesión máxima ascendería a 5.538 euros anuales (461, 53 euros mensuales).

30. Se incluyen como rentas exentas de cómputo los salarios sociales, las rentas mínimas de inserción o las análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas; prestaciones finalistas (ayudas al estudio, por vivienda, emergencia y similares) o determinadas rentas exentas del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas [artículo 18.1.e) del Real Decreto-ley 20/2020].

31. Para el beneficiario que vive en soledad el límite patrimonial es de 16.614 euros.

32. El límite patrimonial reflejado en la nota 24, se somete a coeficiente multiplicador en función de los componentes de la unidad de convivencia (desde 1,4 hasta 2,6).

33. Gala Durán, C.: "El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, 2020, pp. 111-155.

34. Barcelón Cobedo, S.: "Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el ingreso mínimo vital como eje de la tutela", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, núm. 3, 2020, pp. 172-183.

IV. SUPUESTOS EXCEPCIONALES: VIOLENCIA DE GÉNERO, TRATA DE SERES HUMANOS Y EXPLOTACIÓN SEXUAL

Los casos de mujeres víctimas de violencia de género y los de trata de seres humanos o explotación sexual no están sometidos a los requisitos de edad previstos en el acceso a la condición de beneficiarios, ni tampoco al plazo de residencia de un año inmediatamente anterior a la solicitud, todo ello, en base a la situación de protección legal que debe facilitarse a los colectivos indicados.

Tampoco es exigible el requisito de vida independiente establecido para los menores de 30 años, ni de residencia diferenciada de los progenitores y asimilados mayores de 30 años, aunque solamente para los supuestos de violencia de género y quienes se encuentren en fase de separación o divorcio. Se habilita la posibilidad de extender esta obligación de conformidad con lo que se determine reglamentariamente. Nada se menciona sobre las personas sometidas a trata de seres humanos y explotación sexual, pudiéndose incluir la excepción de los requisitos de vida independiente y residencia diferenciada en la normativa de desarrollo.

En la justificación de la condición de vulnerabilidad económica, a los grupos mencionados se les computan los ingresos y límites patrimoniales, sin régimen especial. Ya se ha analizado en párrafos anteriores la incidencia de la compatibilidad con las rentas de inserción, salarios sociales o ayudas análogas de asistencia social que concedan las Comunidades Autónomas y los problemas que se pueden generar.

Resulta interesante reflexionar en torno a la acreditación de la condición de violencia de género. El artículo 19.6 del RDLIMV reenvía al 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género³⁵ (sentencia condenatoria, orden de protección, resolución cautelar judicial, informe del Ministerio Fiscal, informe de los servicios sociales y de los especializados, de los servicios de acogida y cualquier otra previsión en normativa sectorial). Un elevado porcentaje del maltrato permanece oculto³⁶ (miedo a denunciar) y cuando se presenta denuncia no siempre es condenatoria³⁸.

Resulta complejo fijar un perfil concreto acerca del motivo a no denunciar, aunque pueda vincularse este miedo con la situación de soledad y aislamiento o la falta de conciencia de la gravedad y considerar el problema concluido al ausentarse el

35. Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 28 de diciembre de 2004, BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

36. De acuerdo con el Boletín Estadístico mensual (octubre 2020) de la Delegación del Gobierno contra la violencia de género en España, durante el año 2020 (hasta octubre) las víctimas mortales por violencia de género han sido 38, de las que solamente 6 habían presentado denuncia previa, un 15,8%.

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/boletines/boletinMensual/2020/docs/BE_Octubre_2020.pdf.

37. Siguiendo el contenido de la macroencuesta en 2019 elaborada por el Observatorio de violencia de género, un 32,1% presentó denuncia respecto de las mujeres que han padecido violencia física o sexual (12,5 en la pareja actual y 34,3 respecto de parejas pasadas).

https://observatorioviolencia.org/wp-content/uploads/Macroencuesta2019_Estudio_completo.pdf.

38. En el periodo 2010-2020 las sentencias condenatorias han supuesto el 71,8% del total de los casos. <file:///Users/fernandojimenojimenez/Downloads/20201130%20La%20violencia%20de%20g%C3%A9nero%20en%2010%20indicadores%202020-primer%20semestre.pdf>.

supuesto maltratador³⁹. Cuando se refiere a mujeres inmigrantes, parecen más definidos los motivos, la inseguridad, las barreras informativas, culturales o lingüísticas, la ausencia de redes de apoyo, entre otros factores, forman parte del miedo a denunciar⁴⁰. La ausencia de exteriorización impide la obtención de título suficiente ante el IMV que demuestre la situación padecida en el interior.

V. SUPUESTOS ASIMILADOS A VIDA EN SOLEDAD

Establece el RDLIMV dos supuestos en los que sus beneficiarios pueden equipararse en su consideración a la persona que vive sola. Por una parte, los beneficiarios que residen en centros residenciales privados y las estancias temporales (artículo 4.2); por otra, quienes compartan vivienda con otra unidad de convivencia, sin integración (artículo 4.1.b).

Las personas residentes permanentes en centros sociales, sanitarios o sociosanitarios con financiación privada, así como las ingresadas temporalmente en todos los centros (públicos o privados) podrían acceder a la condición de beneficiarios del IMV. Esta posibilidad existe al interpretarse en sentido contrario la imposibilidad prevista para los internados en centros permanentes sostenidos con fondos públicos. Solamente podrían acceder al nuevo recurso, aún residiendo permanentemente en centros públicos, los colectivos de mujeres víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos y explotación sexual, dejando abierta la posibilidad para nuevas excepciones en el desarrollo reglamentario.

Una persona que comparte domicilio pero no está integrada en la unidad de convivencia, puede acceder a la condición de beneficiario individual siempre que no se relacione con la segunda por una relación matrimonial o pareja de hecho (salvo tramitación de divorcio o separación) y no pertenezca a otra unidad de convivencia ajena a ese domicilio. Por tanto, habría dos tipos de beneficiarios, los familiares que compartan unidad de convivencia y la persona no integrada, asimilada a quienes viven solos a esos efectos. La práctica demostrará la utilización de esta posibilidad, especialmente problemática en la simultánea permanencia en la vivienda a la par que se tramita demanda de separación o divorcio.

VI. RELACIONES DEL IMV EN HOGARES UNIPERSONALES CON LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DE INVALIDEZ Y JUBILACIÓN

EL IMV forma parte del sistema no contributivo. Mantiene relaciones directas con las pensiones de invalidez y jubilación de esta naturaleza (PNCI y PNCJ). En este sentido,

39. Ferrer Pérez, V. y Bosch Fiol, E.: "Barreras que dificultan la denuncia de la violencia de género: reflexiones a propósito de los resultados de la macroencuesta", en *Mujeres e Investigación. Aportaciones interdisciplinares*, SIEMUS, Sevilla, 2016, pp. 256-270.

40. Montañés, P. y Moyano M.: "Violencia de género sobre inmigrantes en España. Un análisis psicosocial", *Pensamiento Psicológico*, vol. 2, núm. 6, 2006, pp. 21-32.

el importe garantizado de renta mínima se corresponde con el importe en cómputo anual de las citadas pensiones (artículo 10.2.a RDLIMV). La única diferencia radica en la percepción de catorce mensualidades en las PNCs y doce en el IMV, por encontrarse prorrateadas las dos adicionales o extraordinarias.

Es preciso analizar tres situaciones en la relación del IMV con las PNCs:

- PNC ya reconocida.
- Percepción de renta mínima vital.
- Cuando se puede tener derecho a las dos modalidades.

Respecto a la primera cuestión, un pensionista no contributivo que vive solo no puede acceder al IMV, debido a que la renta obtenida es igual a la garantizada. En similar sentido el artículo 4.1.b del RDLIMV al indicar que pueden ser beneficiarios los que alcancen los 65 años si no son beneficiarios de pensión de jubilación.

Cuestión diferente es la derivada del reconocimiento del IMV y el acceso posterior a la PNC. El artículo 15 del RDLIMV no establece como causa de extinción del IMV el posible reconocimiento de una PNC, por tanto salvo que el desarrollo reglamentario determine otra posibilidad (artículo 15.1.h), se mantiene vigente la renta mínima.

Cuestión distinta es la referida al tercer momento, persona que puede solicitar ambas prestaciones, reuniendo todos los requisitos de las dos modalidades. ¿Existe preferencia? La respuesta queda pospuesta al desarrollo normativo. El artículo 7.1.c establece como requisito para acceder al IMV haber solicitado pensiones o prestaciones públicas vigentes que se determinen reglamentariamente. Podría establecerse en ese momento la prioridad o no de la PNC respecto del IMV.

De todas formas, la cuestión de priorizar no es cuestión sencilla de resolver, toda vez que los requisitos exigidos para la PNC son más exigentes que los fijados para el IMV. Así, sin entrar en los de naturaleza económica, para acceder a la de invalidez son necesarios cinco años de residencia legal en territorio español, de los que dos deben ser inmediatamente anteriores y estar la persona afectada por discapacidad igual o superior al 65%. El reconocimiento de la PNC de jubilación exige la residencia legal durante diez años (entre los 16 años y la fecha de devengo), de los que dos son inmediatamente anteriores a la solicitud. Tal como indica la Profesora Sánchez-Rodas⁴¹, las pensiones no contributivas pueden quedar debilitadas con la nueva regulación del IMV.

VII. CUESTIONES TRANSVERSALES EN LA APLICACIÓN DEL IMV

Dada la naturaleza estructural del IMV, el artículo 12 del RDLIMV determina su continuidad en tanto se mantengan los requisitos que determinaron su concesión. Por este motivo recae en los beneficiarios la responsabilidad de comunicar en el plazo de treinta días hábiles cualquier circunstancia que afecte al contenido del derecho económico

41. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La lucha contra la exclusión socio-laboral en España: 1990-2020", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1, pp. 5-14.

(domicilio, padrón, inserción laboral). El incumplimiento, en caso de detectarse, puede generar la instrucción de expediente sancionador y acordarse el reintegro de prestaciones indebidas, en su caso.

Resultan esenciales los seguimientos periódicos de los requisitos por parte de la entidad gestora de la Seguridad Social (INSS), con la colaboración de las administraciones autonómica y local. Especialmente sensible es el control de las rentas del ejercicio anterior, supeditada su validación a los datos facilitados por la AEAT y la obligación de presentar la declaración del IRPF (artículo 33.1.f del RDLIMV). Dado que la presentación del citado impuesto finaliza en junio del año siguiente, con la finalidad de evitar devoluciones de cantidades indebidamente percibidas, sería interesante instaurar un método similar al establecido en las pensiones no contributivas de presentación de declaración obligatoria sobre rentas o ingresos computables en el año anterior (artículo 16 Real Decreto 357/1991)⁴², durante el primer trimestre.

El artículo 21.2 de la ley 39/2015⁴³ establece como regla general que el plazo máximo en el que debe resolverse y notificar no puede exceder de seis meses. En el artículo 24 de la misma norma se precisa que en los procedimientos iniciados a instancia de interesado (como el del IMV) se entenderán estimados por silencio administrativo si al vencimiento del plazo no se ha notificado la resolución expresa, salvo que norma con rango de ley establezca lo contrario.

El artículo 25.2 del RDLIMV inicialmente estableció un plazo máximo para resolver y notificar de tres meses desde la fecha de entrada y, amparándose en la habilitación legal, un silencio denegatorio en el supuesto de ausencia. Con la modificación del Real Decreto-ley 28/2020, el plazo se amplía a seis meses, manteniéndose el mismo sentido denegatorio ante la falta de resolución. Puede entenderse que el incremento del plazo tras la reforma pueda ser excesivo, tomando en consideración el exigido en otras prestaciones de la misma naturaleza y con acreditación similar de requisitos como las pensiones no contributivas de jubilación⁴⁴ (90 días). Se podría haber mantenido la duración inicial de tres meses y establecer una disposición transitoria que permitiera temporalmente ampliar el plazo ante el elevado número de solicitudes iniciales o, en su caso, sentido estimatorio a la ausencia de resolución.

VIII. CONCLUSIONES

Tras la puesta en marcha del sistema de dependencia, el ingreso mínimo vital ha sido la principal novedad en la política social española a comienzos del XXI, un instrumento que acerca nuestro sistema protector no contributivo al entorno comunitario. El IMV

42. Real Decreto 357/1991 por el que se desarrolla la ley 26/1990 de pensiones no contributivas, de 15 de marzo de 1991, publicado en el BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1991.

43. Ley 39/2015 reguladora del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, de 1 de octubre de 2015, BOE núm. 236, de 02 de octubre de 2015.

44. Real Decreto 286/2003, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social, de 7 de marzo de 2003, BOE núm. 84, de 8 de abril de 2003.

nace en plena crisis sanitaria derivada de la pandemia, aunque con vocación estructural, no exento de dificultad en la implantación ante la situación de extraordinaria y urgente necesidad en la que tiene origen y que ha dado lugar a dos reformas en los primeros cuatro meses de vigencia, justificadas por el propio Gobierno en la necesidad de aclarar y dotar de seguridad jurídica el texto inicial.

El Real Decreto-ley 20/2020 establece dos vías de acceso al IMV, la tradicional unidad de convivencia familiar y la persona mayor de veintitrés años que vive sola en hogar unipersonal, en denominación utilizada por el Instituto Nacional de Estadística. Esta bifurcación se sustenta en el hecho de representar la vivienda unipersonal la cuarta parte de todos los domicilios, con proyección futura dirigida al incremento. Podría pensarse que quienes viven con independencia mantienen un nivel de vida elevado, sin embargo los indicadores económicos demuestran que más de una cuarta parte de este colectivo se encuentra en situación de pobreza o exclusión social, un punto porcentual superior a la media y solamente superada por las unidades de convivencia con presencia de menores.

Tras análisis comparativo en los requisitos de acceso al IMV en las dos trayectorias, se ha apreciado una regulación más exigente en la condición del beneficiario que reside en vivienda unipersonal, toda vez que se requieren periodos superiores de residencia y vida independiente (tres años para los menores de 30 años y uno para los mayores de esa edad). En relación con la situación de vulnerabilidad económica no se detecta incidencia especial, salvo la lógica aplicación diferenciada de la escala económica en función del número de convivientes.

Hay dos colectivos cuya situación puede plantear problemas en la gestión del IMV, las personas sin hogar y las víctimas de violencia de género. Unas veintitrés mil personas no tienen hogar en España (INE, 2012), grupo especialmente necesitado del nuevo instrumento, colectivo que podría tener dificultades en la acreditación de ciertos requisitos (empadronamiento o residencia) y problemas en la notificación de actuaciones administrativas. Por otro lado, resulta preocupante el maltrato oculto, toda vez que un elevado porcentaje de mujeres víctimas de violencia de género no presenta denuncia y, por tanto se plantea dificultad en la acreditación de la referida condición (durante los diez primeros meses de 2020, solamente el 15,8% de las víctimas había presentado denuncia). Además, no siempre la denuncia implica sentencia condenatoria (el 71,8% en los últimos diez años).

El IMV se incorpora al modelo no contributivo, manteniendo relaciones directas con las pensiones (no contributivas) de invalidez y jubilación. Se aprecia mayor exigencia en los requisitos de acceso a las PNCs, ya que se precisan cinco años de residencia legal en invalidez y diez en jubilación, de los que dos deben ser inmediatos a la solicitud, cuando para el acceso al IMV por parte de quien vive solo, tres años previos de residencia / vida independiente y uno con domicilio diferenciado, menor o mayor de 30 años respectivamente. Todo ello, sin tomar en consideración que la PNC de invalidez necesita al menos un porcentaje de discapacidad del 65%. Si no se asume un proceso de homogenización en materia de requisitos dentro del sistema no contributivo, las PNCs perderán posición y relevancia.

El desarrollo reglamentario del RDLIMV debe afrontar dos retos en su relación con las CC. AA. Por un lado, dado que la gestión de las PNCs es competencia autonómica, se debe resolver el debate sobre la prioridad de elegir las pensiones no contributivas respecto del IMV en el supuesto de un nuevo solicitante con posible acceso a ambas o se deja libertad de elección al interesado. Por otro, es preciso definir el papel de las CC. AA. en el IMV, especialmente en el marco de los convenios de colaboración, ya que en el texto legal no está reflejada su posición y en la gestión de las PNCs son protagonistas indiscutibles.

Otra cuestión que debe incluirse en un proceso de reforma o desarrollo normativo es el referido a las rentas de inserción, salarios sociales o ayudas análogas de asistencia social, ya que es compatible con el mínimo garantizado si se gestionan por las CC. AA., pero sin referencia alguna a las Ciudades Autónomas o las entidades de la Administración Local. ¿Son compatibles también? La única referencia en el Real Decreto-ley 20/2020 que puede fundamentar su exención es la indicación sobre exclusión de cómputo de “otras prestaciones finalistas”. Otro asunto vinculado con las rentas mínimas y asimiladas, aún siendo materia ajena al nuevo texto legal, es el debate acerca del nuevo papel que deben asumir en las CC. AA. (y entidades locales, en su caso) en el marco del nuevo modelo que aporta el IMV, pudiendo mantener su concepto y misión actual o reasignación hacia nuevas funciones una vez ya vigente el recurso estatal.

En un análisis transversal sobre las rentas mínimas se debe analizar la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación tras la reforma (seis meses, cuando inicialmente eran tres). Parece un periodo extenso si lo comparamos con el previsto para las PNC de jubilación (90 días). Una fórmula alternativa hubiera sido mantener los tres meses iniciales e incluir una disposición transitoria durante la puesta en marcha de su aplicación. En todo caso, dado que se incrementa el periodo máximo de resolución y notificación, se podría haber establecido un silencio estimatorio como contrapartida.

Para finalizar, en las prestaciones del modelo no contributivo deviene fundamental el seguimiento por la entidad gestora del mantenimiento de los requisitos que facilitaron su concesión, con independencia de la obligación del beneficiario de comunicar las variaciones. Resulta muy interesante establecer un mecanismo similar al previsto en las PNCs, la declaración anual del interesado en el primer trimestre sobre las rentas del ejercicio anterior, ya que de este modo se anticipan en el tiempo los datos económicos incluidos en la declaración del IRPF, documento de obligada presentación.

Bibliografía

- Agudo González, J.: “Evolución y negación del derecho subjetivo”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 5, 2011.
- Alguacil Gómez, J.; Camacho Gutiérrez, J. y Hernández Aja, A.: “La vulnerabilidad urbana en España. Identificación y evolución de los barrios vulnerables”, *Empiria. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, núm. 27, 2014.


- Arístegui, I.; Beloki, U.; Díez, A. y Silvestre, M.: "Vulnerabilidad social percibida en contexto de crisis económica", *RES. Revista Española de Sociología*, Vol. 26, núm. Extra 3, pp. 17-39.
- Barcelón Cobedo, S.: "Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el ingreso mínimo vital como eje de la tutela", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 1, núm. 3, 2020.
- Chabannes, M.: "Un nuevo derecho para la ciudadanía: el ingreso mínimo vital", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020.
- Ferrer Pérez, V. y Bosch Fiol, E.: "Barreras que dificultan la denuncia de la violencia de género: reflexiones a propósito de los resultados de la macroencuesta", en *Mujeres e Investigación. Aportaciones interdisciplinarias*, SIEMUS, Sevilla, 2016, pp. 256-270.
- Gala Durán, C.: "El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista sobre estudios sobre Ciencia del Trabajo y Protección Social*, núm. 4, 2020.
- Jimena Quesada, L.: "El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del ingreso mínimo vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 10, núm. 2.
- Jimena Quesada, L.: "El último bastión en la defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 29, 2014.
- Linares Insa, L., Córdoba Iñesta, A. y Zacarés González, J.J.: "La medida de la empleabilidad en las empresas de inserción en el País Vasco: de la exclusión a la inserción sociolaboral", *Zerbitzuan*, núm. 51, 2012.
- López Villanueva, C. y Pujadas Rubiés, I.: "Vivir solo en España. Evolución y características de los hogares unipersonales en la vejez", *Panorama social*, núm. 28, 2018.
- Monereo Pérez, J. L.: "La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la "sociedad del riesgo", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 10, núm. 2.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 24, 2020.
- Montañés, P. y Moyano M.: "Violencia de género sobre inmigrantes en España. Un análisis psicosocial", *Pensamiento Psicológico*, vol. 2, núm. 6, 2006, pp. 21-32.
- Ochando Claramunt, C. y Albert Moreno, J. F.: "El ingreso mínimo vital: la renta garantizada de un Estado del bienestar incompleto", *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 1, núm. 3, 2020.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La lucha contra la exclusión socio-laboral en España: 1990-2020", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1.
- Sánchez Morales, M. R.: "Las personas sin hogar. Un marco para el análisis sociológico", *OBETS, Revista de Ciencias Sociales*, vol. 12, núm. 1.
- Uribe Díaz, P. I.: "Hogares unipersonales: la experiencia de vivir solas y solos", *Revista Tendencias & Retos*, vol. 20, núm. 1, 2015.



Las obligaciones de las personas beneficiarias del Ingreso Mínimo Vital: las infracciones y sanciones previstas y su posible incidencia en la coordinación de prestaciones de la Seguridad Social a nivel europeo*

THE OBLIGATIONS OF PEOPLE BENEFICIARIES OF THE MINIMUM VITAL INCOME: INFRACTIONS AND SANCTIONS AND THEIR POSSIBLE IMPACT ON THE COORDINATION OF SOCIAL SECURITY BENEFITS AT THE EUROPEAN LEVEL

Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

Profesora Titular (A.) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona
pepaburriel@ub.edu  0000-0002-5426-3493

Recibido: 26.11.2020 | Aceptado: 15.12.2020

RESUMEN

La creación y configuración de la prestación del ingreso mínimo vital ha abierto una puerta importante, incorporándose España a aquellos países de la Unión Europea que han previsto una prestación económica para cubrir el riesgo de pobreza. Sin embargo, la regulación normativa actual adolece de algunos problemas, entre ellos los relativos a las obligaciones de las personas beneficiarias de la prestación y a las sanciones correspondientes por su incumplimiento. Entre estos, el presente texto tiene la finalidad de poner sobre la mesa los más evidentes, entre los cuales se encuentran los relativos a la coordinación de las prestaciones de la Seguridad social en el ámbito europeo y el Brexit, desde el punto de vista de los ciudadanos españoles que regresen desde el Reino Unido y se encuentren en situación de vulnerabilidad económica.

ABSTRACT

The creation and configuration of the minimum vital income benefit has opened an important door, Spain joining those countries of the European Union that have provided an economic benefit to cover the risk of poverty. However, the current regulatory regulation suffers from some problems, among them those related to the obligations of the beneficiaries and the corresponding sanctions for non-compliance. Among these, the present text

PALABRAS CLAVE

Obligaciones
Sanciones
Ingreso mínimo vital
Pilar europeo de derechos sociales
Brexit

KEYWORDS

Obligations
Sanctions
Minimum vital income
European pillar of social rights
Brexit

* Trabajo realizado en el marco de la red de investigación de excelencia "La protección social y la coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica: los desafíos del Brexit y el pilar Europeo de Derechos Sociales" (RED2018-102508-T).

related to the coordination of social security benefits at the European level and Brexit, from the point of view of the Spanish citizens who return from the United Kingdom and are in a situation of economic vulnerability.

SUMARIO

- I. CUESTIONES SIGNIFICATIVAS INTRODUCTORIAS
 - A. ¿Quiénes son las personas beneficiarias de la prestación?: Conexión o desconexión con el pilar europeo de derechos sociales
- II. LAS OBLIGACIONES DE LAS PERSONAS BENEFICIARIAS DEL INGRESO MÍNIMO VITAL
 - A. Obligaciones coincidentes
 - B. Obligaciones específicas en función de la persona beneficiaria
 - C. Obligación ¿subsidiaria? para las personas beneficiarias de la unidad de convivencia
- III. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE LA PRESTACIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL
 - A. Infracciones y sanciones leves
 - B. Infracción y sanciones graves
 - C. Infracciones y sanciones muy graves
 - D. Determinación de las personas infractoras
- IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES
 - Bibliografía

I. CUESTIONES SIGNIFICATIVAS INTRODUCTORIAS

El ingreso mínimo vital apareció en la historia de nuestra legislación en el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo (en adelante, RD-ley 20/2020). Si bien esta figura había estado sobre la mesa en los últimos años, no solo aparecía en el documento de la Coalición progresista, PSOE y Unidas-Podemos firmado el 30 de diciembre de 2019, en su apartado segundo¹, sino que ya en 2016 el sindicato de Comisiones Obreras (en adelante, CCOO) presentó una iniciativa legislativa popular sobre la denominada “Prestación de Ingresos Mínimos”, un texto sobre el que el sindicato trabajaba desde hace años²; sin olvidar que el 22 de junio de 2019³ se hacía público el resultado de un informe llevado a cabo por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (en adelante, AIReF) a petición del entonces Gobierno español en funciones⁴.

1. Los términos exactos de ese apartado del documento citado, con el título de “Derechos sociales, regeneración democrática, ciencia e innovación”, incluía la creación de un ingreso mínimo vital como prestación de Seguridad Social, del literal: “Comenzaremos en un primer momento por el aumento decidido de la prestación por hijo/a a cargo para familias vulnerables, y posteriormente mediante un mecanismo general de garantía de renta para familias sin ingresos o con ingresos bajos”.

2. El texto puede leerse en: Confederación sindical de comisiones obreras, Informe de presentación de la Proposición de Ley de Iniciativa Legislativa Popular para establecer una Prestación de Ingresos Mínimos en el ámbito de protección de la Seguridad Social, 2017, accesible en <https://www.ccoo.es/4a64fe068562dfac62a4de761bcb226800001.pdf>.

3. La noticia aparecía como exclusiva en el *Diario.es*, como puede leerse en: Ponce de León, R., “La Autoridad Fiscal propone una renta mínima que reduciría la pobreza severa un 60% con un coste de 3.500 millones”, *El Diario.es*, 22 de junio de 2019, accesible en: https://www.eldiario.es/economia/Autoridad-Fiscal-propuesta-sindicatos-modificacion_0_912708836.html.

4. El contenido total del Informe se encuentra accesible: AIRef, *Los programas de renta mínima en España. Estudio*,

Pero, tras el 14 de marzo de 2020 ha sido la pandemia generada por la COVID-19 la que ha dado lugar al nacimiento de esta prestación que surge con no pocos problemas, derivada de su actual configuración legal y su ubicación en el sistema de protección social.

El presente texto tiene como finalidad analizar solo algunos de los aspectos de la regulación de la figura, en concreto las obligaciones que se imponen a las personas beneficiarias de la misma, así como las actuaciones infractoras en su marco y las sanciones correspondientes. A su vez, se hará referencia a la relación que pueda existir con la coordinación de sistemas de Seguridad social en el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE), y, en especial, su relación o no, con el Pilar Europeo Derechos sociales

A. ¿Quiénes son las personas beneficiarias de la prestación?: Conexión o desconexión con el pilar europeo de derechos sociales

Antes de continuar con el objeto principal de estas páginas, cabe señalar qué se entiende conforme al RD-ley 20/2020 por personas beneficiarias de la prestación, dado que ellas serán las que deban cumplir las obligaciones en todos sus términos. El capítulo II de la norma regula el ámbito subjetivo de aplicación, concentrándose en los artículos 4 a 6, por lo que aquí nos interesa, la determinación de personas beneficiarias, de manera individual o colectiva a través de la unidad de convivencia, definiendo dichos conceptos, así como el de personas titulares del ingreso mínimo.

Sin entrar en mayor desarrollo, el derecho al ingreso mínimo vital se configura como una prestación accesible tanto para personas solas⁵, como para las personas integrantes de una unidad de convivencia, entendiendo por tales aquellas que residan en un mismo domicilio, unidas por vínculo matrimonial, por ser pareja de hecho⁶ o por grado de parentesco por afiliación o consanguinidad (afiliación o adaptación incluidas), o convivientes por guarda o acogimiento (art. 6.1 RD-ley 20/2020).

Por su parte, las personas titulares del ingreso mínimo vital (art. 5 RD-ley 20/2020), tanto a nivel individual como integrantes de una unidad de convivencia, deberán

2019, accesible en https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENTA_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf.

5. El art. 4.1 b) RD-ley 20/2020 establece los requisitos de edad, de estado civil y situación para acceder de manera individual al ingreso mínimo vital.

6. El art. 6.1 párr. segundo RD-ley considera pareja de hecho, con carácter general "(...) la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal con al menos dos años de antelación, por quienes, no hallándose impedidas para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y hayan convivido de forma estable y notoria con carácter inmediato a la solicitud de prestación y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años". La presente definición, coincide en esencia con la establecida en el art. 221.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), a efectos de pensión de viudedad; ahora bien, el RD-ley 20/2020 obvia dos cuestiones: el certificado de empadronamiento para la acreditación de la convivencia de 2 años, y la forma de acreditar la existencia de pareja de hecho a través de la inscripción en los registros específicos existentes en las CCAA o ayuntamientos, mediante documento público en el que conste la constitución de la pareja de hecho. ¿Quiere decir esto que no es necesaria la formalización en documento público para que, a efectos del ingreso mínimo vital, se considere pareja de hecho la no formalizada? En espera de reglamentación, el RD-ley no soluciona esta cuestión, al margen del número de supuestos particulares para considerar la existencia de unidad de convivencia contemplados en el art. 6.2.

ostentar plena capacidad de obrar; si se trata de una solicitud en el seno de una unidad de convivencia, como norma general la persona solicitante (futura titular) deberá alcanzar la edad de 23 años, con dos excepciones: primera, en caso de hijos o menores en régimen de guarda para adopción o acogimiento permanente será suficiente con tener 18 años, o 16 y encontrarse emancipada; segunda, en caso de mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual se exigirá que la persona sea mayor de edad sin más.

Por último, hay que tener en cuenta que, para ser personas beneficiarias, tanto dentro de la unidad familiar como de manera independiente, se exigen una serie de requisitos contemplados en el artículo 7 del RD-ley 20/2020 entre los que destacamos, en primer lugar, la residencia legal y efectiva en España de forma continuada e ininterrumpida durante al año anterior a la fecha de presentación de la solicitud del ingreso mínimo vital, recogándose una serie de excepciones en caso de menores y de personas víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos y explotación sexual.

Incidimos en esta cuestión dado que puede condicionar el cumplimiento de las obligaciones que analizamos posteriormente, planteándonos si es o no posible que esta prestación sea exportable en los términos de los Reglamentos de coordinación de Seguridad social [Reglamento (CE) nº 883/2004 y Reglamento 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo], teniendo en cuenta, además, que uno de los principios sobre los que se asienta el Pilar Europeo de Derechos sociales es, precisamente, la renta mínima⁷.

Para el mantenimiento del derecho a la prestación del ingreso mínimo vital se considera, artículo 7.1.a) del RD-ley 20/2020, que "(...) una persona tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero, siempre que estas no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural o cuando la ausencia del territorio español está motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas".

En este sentido, el artículo 51 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad social (en adelante, LGSS) establece lo mismo, para aquellas prestaciones de Seguridad social o a los complementos por mínimos, para cuya percepción se exija la residencia en territorio español (art. 51.2 LGSS), así como para el mantenimiento del derecho a las prestaciones sanitarias en las que se exige igualmente esta residencia (art. 51.3 LGSS).

Es sí, de conformidad a los artículos 3.3 y 70.2.c) del Reglamento 883/2004, las prestaciones en metálico no contributivas⁸ –entre las que se integraría el ingreso mínimo

7. En concreto, al respecto, el principio sobre la renta mínima establece que: "Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral".

8. Para un mayor conocimiento y extensión de la relación entre las prestaciones no contributivas en el ámbito de la coordinación de sistemas de Seguridad social a nivel europeo, se recomienda leer: Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm.

vital, desde nuestro punto de vista- si no figura en el Anexo X del Reglamento citado será exportable a otros Estados, donde sea aplicable la misma norma europea.

Es por ello, que si se incluye expresamente esta prestación en el Anexo X nos encontraríamos con una contradicción: por una parte, con un criterio excesivamente territorial para el acceso y mantenimiento de la prestación, algo que no encaja con la idea de espacio europeo común, sobre todo, cuando la finalidad de una estancia en el extranjero pueda estar vinculada con la búsqueda o realización de un trabajo, por cuenta ajena o propia; y, además, porque la exportación de prestaciones sociales es un principio básico del derecho social comunitario que debería ser restringido solo en casos excepcionales. Por otra parte, con la lógica de la prestación, de cubrir las situaciones de vulnerabilidad económica y pobreza de nuestro territorio.

También, en segundo lugar, continuando en la misma línea, nos encontramos con que los menores de 30 años (y mayores de 23 en circunstancias ordinarias) que no se encuentren incluidos en una unidad familiar pueden ser perceptores de manera individual del ingreso mínimo vital, siempre que acrediten haber vivido de manera independiente durante al menos los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación [art. 7.2 en relación con el art. 4.1 b) RD-ley 20/2020]⁹; este requisito podría dar lugar al entendimiento de que es posible la acreditación de la vida independiente en otro país durante el periodo exigido, pero al contemplarse en el párrafo segundo del artículo 7.2 que se ha de acreditar haber estado un mínimo de 12 meses, ininterrumpidos o no, en situación de alta en cualquiera de los regímenes de la Seguridad social española –alternativamente, en una mutualidad de previsión social– limita sobremanera la libertad de circulación en el ámbito del espacio europeo; cuestión que, de nuevo, nos parece contraria al espíritu de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, pero, más aún, desconectado con la situación generada por el Brexit.

En este sentido, se debe tener en cuenta el Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (en adelante, PERE), donde a 1 de enero de 2020, las personas españolas de entre 16 y 64 años en el extranjero durante el año 2019 suponían 2.618.512 de personas, un 2,9% más que el año anterior, fundamentalmente en Reino Unido, Francia y EEUU. Tras el anuncio del Brexit, la situación de muchos residentes españoles en el Reino Unido ha podido suponer la vuelta de estos a España, fundamentalmente de las personas en edad de trabajar y menores de 30 años que, por búsqueda de empleo, se hubieran desplazado fuera de nuestro territorio; estas personas¹⁰, no po-

64, 2006, pp. 115-133.

9. Con respecto a esto, cabe indicar que el titular del Ministerio de Seguridad social, puso de manifiesto la reducción de este requisito de 3 a 2 años, en el proyecto de Presupuestos Generales del Estado, lo que, si bien mejora lo establecido hasta el momento, no es desde luego suficiente. Por otra parte, para los beneficiarios individuales mayores de 30 años, el propio art. 7.2 párr. tercero RD-ley 20/2020 establece una vida independiente de sus progenitores, tutores o acogedores de solo 1 año. Los requisitos de vida independiente o separada, tanto para menores de 30 como para mayores de dicha edad, se encuentran excluidos en las circunstancias detalladas del párr. cuarto del art. 7.2 RD-ley, para circunstancias tales como ser víctima de violencia de género.

10. Estas personas, menores de 30 años, y mayores de 15 años, en Reino Unido en el 2020 podrían suponer la nada desdeñable cifra, conforme al PERE, de más de 27.000 personas.

drán acreditar que llevan tres años viviendo de manera independiente en España –ni 2, cuando se rebaje el requisito, según la Ley de Presupuestos Generales del Estado presentada–, al igual que tampoco cumplirán el requisito de carencia establecido.

Esto genera una disfunción de la actual regulación del ingreso mínimo vital en cuanto a los sujetos beneficiarios –y, por tanto, sujetos a obligaciones y responsabilidades– que consideramos puede –y debe– ser corregida por la vía reglamentaria. Reglamentación que, debería ser sujeta a diálogo social con los agentes sociales, no solo por la importancia del tema en cuestión, sino también porque el diálogo social es uno de los veinte principios fundamentales del Pilar Europeo de Derechos Sociales y el RD-ley 20/2020 de creación y regulación del ingreso mínimo vital no ha sido objeto de concierto social en esos términos.

II. LAS OBLIGACIONES DE LAS PERSONAS BENEFICIARIAS DEL INGRESO MÍNIMO VITAL

Las obligaciones de los perceptores del ingreso mínimo vital se contemplan en el RD-ley 20/2020, en un solo artículo, el 33, que comprende una serie de obligaciones de todas las personas que perciban o se beneficien del ingreso mínimo vital, estableciendo algunas diferencias significativas con respecto al régimen de obligaciones de los perceptores de prestaciones contributivas y no contributivas de desempleo respectivamente, contemplado, especialmente, en el artículo 299 LGSS, respectivamente.

Aunque la prestación de ingreso mínimo no esté concebida como una prestación de desempleo, las semejanzas que guarda con el subsidio por desempleo hacen que recurramos al régimen de obligaciones y sanciones de este, utilizándolo como parámetro comparativo y, para, buscar a su vez, un cierto equilibrio entre las prestaciones sociales incluidas en el ámbito de la Seguridad Social.

En este caso, el del ingreso mínimo vital, podemos establecer que son dos los sujetos obligados directamente por la norma que hemos identificado sumariamente en el punto anterior. Esto es, por un lado, las personas titulares del ingreso mínimo, como solicitantes únicos o no; y, por otro lado, las personas integrantes de la “unidad de convivencia”.

Por lo que respecta al contenido de las obligaciones en función del sujeto al que van dirigidas, se propone la siguiente clasificación inicial, a saber: primero, obligaciones específicas, de cada una de los posibles sujetos beneficiarios de la medida (tanto personas titulares como integrantes de la unidad de convivencia); segundo, obligaciones coincidentes, donde todas las personas beneficiarias del ingreso mínimo se ven sujetas al mismo tipo de obligaciones; y, tercero, un tipo de obligación aparentemente subsidiaria, solo para las personas integrantes de la unidad de convivencia, que esconde no poca polémica, a mi modo de ver.

A. Obligaciones coincidentes

Si comenzamos por las obligaciones coincidentes que corresponden tanto a la persona titular como a las personas integrantes de la unidad de convivencia nos encontramos con las siguientes:

Primera.- Deberán presentar anualmente la declaración del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF). En este punto, es sorprendente esta obligación contemplada en el art. 33.1.f) RD-ley 20/2020, dirigida, evidentemente a las personas con capacidad de obrar para dicha realización –no a los menores que puedan existir en la unidad de convivencia–, puesto que, de conformidad con la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante, LIRPF), las personas obligadas a esta presentación son otras.

La citada LIRPF en su art. 96, que no ha sido modificado por el momento, establece la obligatoriedad de la presentación de la declaración para todos los contribuyentes como norma general, particularizando posteriormente una serie de supuestos excluidos, en atención a los ingresos y/o rendimientos de la persona obligada a tributar.

El ingreso mínimo vital ha sido concebido, con sus particularidades, como una prestación de la Seguridad social y el art. 17 LIRPF al referirse a los rendimientos íntegros del trabajo como conceptos por los que habría que declarar incluye a las prestaciones de Seguridad social: desde el desempleo hasta otras prestaciones tales como pensiones y haberes pasivos percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situaciones de incapacidad, jubilación, accidente, enfermedad, viudedad, o, incluso dependencia.

Por lo que interesa a los denominados “rendimientos de trabajo”, concepto que interesa, por tanto, a este fin, la primera de las excepciones a la presentación de la declaración del IRPF se refiere a la situación en la que –ya sea a través de tributación individual o conjunta–, los rendimientos íntegros de trabajo provenientes de un solo pagador no alcancen los 22.000 euros anuales. La segunda de las excepciones referida en el art. 96 LIRPF rebaja el límite de la cuantía para ser obligado a tributar a 14.000 euros, cuando la persona obligada tenga más de un pagador, de donde haya obtenido los ingresos señalados¹¹.

11. En concreto, el art. 96.3 LIRPF contempla textualmente que: “3. El límite a que se refiere la letra a) del apartado 2 anterior será de 14.000 euros para los contribuyentes que perciban rendimientos íntegros del trabajo en los siguientes supuestos:

- a) Cuando procedan de más de un pagador. No obstante, el límite será de 22.000 euros anuales en los siguientes supuestos:
 - 1º Si la suma de las cantidades percibidas del segundo y restantes pagadores, por orden de cuantía, no supera en su conjunto la cantidad de 1.500 euros anuales.
 - 2º Cuando se trate de contribuyentes cuyos únicos rendimientos del trabajo consistan en las prestaciones pasivas a que se refiere el artículo 17.2.a) de esta Ley y la determinación del tipo de retención aplicable se hubiera realizado de acuerdo con el procedimiento especial que reglamentariamente se establezca.

Una persona beneficiaria del ingreso mínimo vital, si no obtuviera ingresos de ninguna otra fuente o pagador, no estaría obligada a presentar la declaración de la renta porque no alcanzaría el límite de ingresos de los 22.000 euros establecidos en la LIRPF, dadas las cuantías que se reconocen en el RD-ley 20/2020¹²; e, incluso, aunque pudiera tener más de un pagador, tampoco, necesariamente, superaría el segundo límite, de 14.000 euros. Es por ello, que el establecimiento de una obligación de presentación de la declaración del IRPF a todas las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital –entiéndase con capacidad para ello- carece totalmente de sentido, por más que su pretendida finalidad pueda ser evitar el fraude, siendo una dificultad añadida para las personas que solicitan el ingreso mínimo vital, que son personas en situación de vulnerabilidad; pero, además, rompe el equilibrio de la LIRPF, que ha identificado, claramente, los supuestos exentos de tal obligación tributaria.

Segunda.- Inscripción como demandantes de empleo, si no trabajan y son mayores de edad, o menores (16 años) emancipados [art. 33.1.g) y 2.e) RD-ley 20/2020]. Como norma general, la acreditación de este requisito debe hacerse en el plazo de los seis meses siguiente al de notificación de la resolución que conceda la prestación, con las excepciones previstas en la propia norma¹³, lo que implica que no se exige -tras los últimos cambios en la norma¹⁴- la inscripción como parte de los requisitos de la solicitud de la prestación.

En este sentido, el art. 299 apartados c) y d) LGSS establecen la obligación para los perceptores de prestaciones de desempleo, contributivas y no contributivas, de inscripción como demandantes de empleo, y mantenimiento de la misma, lo que implica realizar las correspondientes renovaciones en el tiempo y la forma en que se determinen. El precepto, el art. 299 LGSS, se enmarca dentro de la línea de las políticas de empleo y su integración, reflejada, fundamentalmente, en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (en adelante, LE).

- b) Cuando se perciban pensiones compensatorias del cónyuge o anualidades por alimentos diferentes de las previstas en el artículo 7 de esta Ley.
- c) Cuando el pagador de los rendimientos del trabajo no esté obligado a retener de acuerdo con lo previsto reglamentariamente.
- d) Cuando se perciban rendimientos íntegros del trabajo sujetos a tipo fijo de retención".

12. Sobre las rentas computables y la carencia de patrimonio puede leerse Álvarez Cortés, J. C.: "Una nueva prestación no contributiva de la seguridad social: El ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 56, 2020, pp. 296 y ss.

13. El art. 33.1 g) RD-ley 20/2020 establece las excepciones generales a la inscripción como demandantes de empleo tanto para las personas titulares de la prestación, como para las personas beneficiarias en el seno de la unidad de convivencia; se incluyen las siguientes: 1º) los menores de 28 años que cursen estudios reglados, estarán exceptuados de la inscripción hasta el cumplimiento de los 28 años y los seis meses posteriores; 2º) las personas que tengan suscrito el convenio especial por ser cuidadores de personas en situación de dependencia (RD 615/2007, de 11 mayo); 3º) las personas que hayan cumplido 65 años; 4º) las personas que perciban alguna de las siguientes pensiones: contributiva de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez, de invalidez no contributiva o de jubilación contributiva; 5º) las personas que tengan reconocida la condición de dependencia, a tenor de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

14. Los cambios del art. 33.1 g) al respecto vinieron de la mano de la disposición final 11.4 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre.

Tercera.- Junto con las dos obligaciones principales y comunes analizadas en las líneas precedentes, se establecen otras dos en los apartados h) e i) del art. 33.1 RD-L 20/2020, aunque con una técnica legislativa algo deficiente, en caso de compatibilidad del ingreso mínimo vital con las rentas de trabajo o actividad económica de la persona titular o de las personas (o alguna de ellas) pertenecientes a la unidad de convivencia. Las analizamos a continuación:

- a) Cumplir con lo establecido en el art. 8.4 RD-ley 20/2020 respecto a las condiciones para el acceso y el mantenimiento de dicha compatibilidad.

Es en este punto donde la norma pretende que la percepción de la prestación no contribuya a desincentivar la participación en el mal llamado mercado laboral; y, prevé, que la situación de vulnerabilidad económica calculada en los términos del art. 8.1 y 2 de la misma norma¹⁵, no implique la pérdida automática de la prestación. Pero, el precepto no contiene mayor detalle, encomendando esta cuestión al desarrollo reglamentario –ahora sí, afirman- que debe producirse en el marco del diálogo social –principio del Pilar Europeo de Derechos Sociales- y que debería atender especialmente a las personas con discapacidad y familias monoparentales en este punto.

Esta cuestión era absolutamente vital, y el hecho de que a 18 de noviembre de 2020 no se haya producido todavía ningún desarrollo reglamentario deja en el limbo esta finalidad de fomento de la participación laboral de los perceptores del ingreso mínimo y un mar de dudas, entre otras ¿la superación del nivel de rentas establecido en el art. 8.2 RD-ley 20/2020 está siendo un motivo, hoy en día, para la denegación de las solicitudes de la prestación?¹⁶

- b) Participar en las Estrategias de Inclusión que establezca el Ministerio en este sentido. Pero, en este punto, se ha de tener en cuenta que la redacción del precepto procura ser consecuente con la misma línea de la política de empleo, donde de conformidad con los arts. 2, 3 y 45 de la Ley de empleo, entre otros, se establece la aplicación de los principios de cooperación e integración entre Administraciones.

15. Del literal del art. 8 RD-ley 20/2020 puede leerse: “1. Para la determinación de la situación de vulnerabilidad económica a la que se refiere el artículo 7, se tomará en consideración la capacidad económica de la persona solicitante beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia en su conjunto, computándose los recursos de todos sus miembros.

2. Se apreciará que concurre este requisito cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables de la persona beneficiaria individual o del conjunto de miembros de la unidad de convivencia, correspondientes al ejercicio anterior, en los términos establecidos en el artículo 18, sea inferior, al menos en 10 euros, a la cuantía mensual de la renta garantizada con esta prestación que corresponda en función de la modalidad y del número de miembros de la unidad de convivencia en los términos del artículo 10.

A efectos de este real decreto-ley, no computarán como ingresos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas, y otros ingresos y rentas de acuerdo con lo previsto en el artículo 18”.

16. Traemos a colación aquí los datos de los que se disponen más actualizados sobre la denegación de las solicitudes, ofrecidos en la comparecencia del Ministro de 7 de octubre de 2020 ante la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados. De las casi de 900.000 solicitudes habían sido denegadas el 27% (86.152 solicitudes). No ha trascendido los motivos de denegación de las mismas.

El primero de los principios, el de cooperación no podría ser de otra manera dada la estructura descentralizada de las políticas de empleo en nuestro país, aunque la polémica sobre la gestión de la propia prestación del ingreso mínimo vital haya destapado que la cooperación tiene grandes obstáculos que superar. Entre otras cuestiones porque la gestión de esta prestación compete directamente al INSS (art. 22 RD-ley 20/2020), y solo se han previsto en la Disposición adicional quinta la gestión directa para el País Vasco y Navarra y en la Disposición adicional cuarta fórmulas de colaboración en la gestión para el resto de CCAA, sin mayor desarrollo.

Esta cooperación de ser real, trataría de, a través de itinerarios personalizados y demandas de empleo de la persona beneficiaria, incentivar la participación en el mal llamado mercado laboral. Es aquí donde deberíamos centrarnos en el art. 4 LE que insiste en que la política de empleo en su diseño y modelo de gestión, para ser más eficaz, aproximándose a las necesidades del territorio, debería tener en cuenta la dimensión local; algo que, todavía, tampoco se ha materializado¹⁷.

Si bien es cierto, no podemos dejar de lado la crítica hacia la política de empleo en España, que ha demostrado que su falta de efectividad en la inserción laboral, pese a la coordinación entre políticas activas y pasivas¹⁸ y destacar que, en un escenario como el actual, de crisis sanitaria, económica y social generada por la COVID-19 se tornan más necesarias que nunca las políticas formativas enfocadas a reducir la denominada “brecha digital”.

Por otra parte, sorprende que esta última obligación no se haya establecido de manera generalizada para todas aquellas personas que deban inscribirse como demandantes de empleo, tal y como analizábamos previamente. Esto así, porque la LGSS prevé para los solicitantes de prestaciones de desempleo no solo su inscripción como demandantes de empleo, sino también las obligaciones correspondientes de compromiso de actividad, búsqueda activa de empleo, participación en acciones de mejora, participación en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales y justificar su asistencia a las ofertas de empleo remitidas por los servicios de empleo correspondientes [art. 299 c), e) f) y g) LGSS].

Si nos centramos exclusivamente en el apartado e) del art. 299 LGSS, se establece para las prestaciones contributivas y no contributivas de desempleo la obligación de los perceptores de búsqueda activa de empleo y participación

17. En este sentido, puede leerse a Domínguez Martín, M.: “El papel (¿protagonista?) de los municipios en el otorgamiento del Ingreso Mínimo vital”, 8 de junio de 2020, accesible en <https://www.idluam.org/blog/el-papel-protagonista-de-los-municipios-en-el-otorgamiento-del-ingreso-minimo-vital/>.

18. En este sentido, puede leerse a Burriel Rodríguez-Diosdado, P.: “La crisis en las políticas de empleo. La modelo Dinamarca y la situación en España”, *Economía Española y Protección social*, núm. VI, 2014, p. 14, entre otras, quién destaca como la efectividad de la vinculación entre ambas políticas no ha sido del todo adecuada, por la falta de fiscalización o control real sobre las mismas.

en acciones de mejora de la ocupabilidad; añadiendo que dicha participación en acciones de mejora que correspondan a su profesión habitual o aptitudes formativas será voluntaria durante los primeros 30 días –desde la inscripción, como demandantes de empleo, se entiende-. Además, esa voluntariedad se ve reflejada en que durante el periodo de 30 días la no participación –o la negativa a participar- no conllevará efectos sancionadores.

Sin embargo, esta obligación no se recoge como tal para las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital, algo que no acaba de encontrar su encaje en el sistema de interconexión de las políticas activas y pasivas de empleo existente en nuestro país, reflejado, entre otros, en el art. 5 Ley de Empleo al mencionar los instrumentos de las políticas de empleo, o más claramente en el art. 41 de la misma Ley, bajo el título de “[c]oordinación de las políticas activas de empleo y la protección económica frente al desempleo”; pero, tampoco refleja esta exclusión el objetivo principal que el ingreso mínimo vital declara tener en su Exposición de motivos: la integración de las personas vulnerables y la incentiación de su participación en el mal llamado mercado laboral.

B. Obligaciones específicas en función de la persona beneficiaria

Por lo que respecta a las obligaciones específicas existen diferencias entre las que corresponden a las personas titulares del ingreso mínimo vital y las que afectan a las personas integrantes de la unidad de convivencia, en caso de una solicitud no individual.

En cuanto a las primeras, a cargo de la persona titular del ingreso mínimo cuando este se ha solicitado en el seno de una unidad de convivencia, podemos establecer la siguiente clasificación de sus obligaciones:

- a) Instrumentales para el nacimiento y el mantenimiento del derecho. Se refiere el art. 33.1 a), b) y c) RD-ley 20/2020 a todas aquellas consistentes en proporcionar documentación e información tanto para el acceso, como para la conservación y la garantía de la recepción de las notificaciones oportunas de la Administración competente. De tal manera que la persona titular debe comunicar cualquier alteración que implique la modificación, suspensión o extinción de la prestación, en 30 días; e, igual plazo, en el caso de cambios de domicilio o del Padrón municipal que afectaran a todas las personas incluidas en la unidad de convivencia, y no solo a ella.
- b) De territorialidad del carácter de la prestación. De manera especial se impone una importante obligación de comunicación de la persona titular, con carácter previo, de las salidas al extranjero y su previsible duración de cualquiera de las personas de la unidad de convivencia.
- c) En ella se contemplan dos cuestiones significativas: se especifica qué considera “salida” comunicable (de 15 a 90 días) y que debe ser justificada; y, se exceptúa

(o parece exceptuar) la salida por máximo de 14 días, una sola vez. No establece diferencias en función del destino de ese viaje, dentro o fuera de la Unión Europea, la obligación permanece inalterable.

- d) Ahora bien, como se indicaba con carácter previo la prestación del ingreso mínimo vital no ha sido incluida en el Anexo X del Reglamento 883/2004, lo que significa, por el momento, que sería exportable en el ámbito de la aplicación de la coordinación europea en materia de Seguridad social y debería tenerse en cuenta, como se señalará más adelante, en materia de sanciones por el incumplimiento de estas obligaciones.
- e) De devolución de lo indebidamente percibido. La persona titular está obligada al reintegro de las prestaciones indebidas relativas al ingreso mínimo vital. En este sentido, nos remitimos al art. 55 LGSS, establecida para la percepción indebida de cualquier tipo de prestación y cuyo reintegro prescribe a los 4 años desde la fecha de su cobro o desde el momento en que pudo ejercitarse la acción de devolución.

Por lo que respecta a las obligaciones específicas de las personas integrantes de la unidad se concretan de manera más simple, aunque no exentas de problemas, a saber: la comunicación del fallecimiento de la persona titular, así como cualquier hecho que “distorsione” la finalidad de la prestación.

Con respecto a la primera, las cuestiones que se dejan en el aire por la escueta redacción son, a mi modo de ver, extensas, a saber: cómo hay que notificar, qué plazo se tiene para ello –o si hay algún margen– para que no se considere como incumplimiento de la obligación sin más, si cualquier persona beneficiaria, independientemente de su capacidad debería comunicarlo y, evidentemente, en qué estado se quedaría la prestación una vez comunicado y verificado este hecho. Es decir, ¿pasaría otra de las personas integrantes de la unidad de convivencia, automáticamente, a ser el titular y, por tanto, hay continuidad en la percepción de la prestación, con un pequeño re-cálculo de las cuantías? O, por el contrario ¿se extingue la prestación sin más? En cuyo caso, el de extinción, ¿podrían las personas beneficiarias, en el mismo momento de la comunicación del fallecimiento, realizar una nueva solicitud o deberían esperar un plazo determinado de tiempo? Y, una más, en caso de extinción, pese a que la situación de vulnerabilidad económica no hubiera desaparecido, si los beneficiarios han percibido prestación, tras el fallecimiento del titular ¿en qué términos deberán proceder al reintegro de prestaciones, aparentemente, indebidas? Es decir, un sinnúmero casi de interrogantes cuya solución es urgente.

Por lo que se refiere a la segunda, de nuevo, la utilización de un vocablo tan abierto como la palabra “distorsionar” genera una inseguridad jurídica que no es propia en un sistema de derecho como el nuestro; la distorsión de la finalidad de la prestación puede tener múltiples interpretaciones, dependiendo de quién la realice y no se puede dejar en manos del órgano administrativo correspondiente el esclarecimiento de dichas obligaciones.

C. Obligación ¿subsidiaria? para las personas beneficiarias de la unidad de convivencia

En la clasificación inicial de este apartado se indicaba que el art. 33 [punto 2 apartado d)] del RD-ley 20/2020 establecía una obligación, aparentemente, subsidiaria por su configuración legal. Esta obligación, dirigida en exclusiva a las personas integrantes de la unidad de convivencia, consiste en que sobre ellas recae cumplir las obligaciones impuestas a la persona titular, que esta no haya cumplido, con independencia del motivo.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, RAE) la palabra “subsidiario/a” en su acepción segunda, de derecho, implica aquello “Dicho de una acción o de una responsabilidad: Que suple a otra principal”¹⁹.

Como puede observarse de la redacción del precepto anteriormente citado esta obligación rige en defecto de cumplimiento de la persona titular, que podríamos indicar que es la obligada principal en una serie de aspectos, tal y como hemos hecho referencia en párrafos anteriores. Pues bien, la literalidad de esta obligación plantea una serie de interrogantes que la propia norma, desde nuestro punto de vista, no resuelve adecuadamente y que pasamos a detallar.

Primero, se refiere a aquellas obligaciones no cumplidas, lo que debería abarcar, igualmente, aquellas que se han cumplido de manera defectuosa o de manera irregular. En este sentido, deberían quedar incluidas las obligaciones documentales, tanto si no se han proporcionado, por ejemplo, los datos para una comunicación eficiente y eficaz de la administración, como si los datos proporcionados son incorrectos o falsos.

Segundo, debe afectar solo a las personas que ostenten capacidad jurídica, ya se trate de una capacidad plena adquirida a partir de los 18 años de edad o entre los 16 y los 18 años por encontrarse emancipado. Pero, ¿cómo deben cumplir esta obligación las personas con capacidad limitada, por ejemplo, los menores de 18 y mayores de 16 que necesiten la autorización de sus padres o tutores para la suscripción de un contrato de trabajo? Dado que estas personas no tienen cumplida la mayoría de edad²⁰ y tampoco, en materia laboral, tienen capacidad plena (art. 7 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), no queda claramente reflejado en la norma si poseen obligación legal en este punto o no, para aquello que no haya cumplido la persona titular del ingreso mínimo. Y, el debate, podría estar en sí, al igual que en materia procesal laboral, tendrían capacidad a estos efectos o no²¹.

Tercero, ¿cuáles son las obligaciones concretas que estarían incluidas? Porque el precepto no detalla específicamente las mismas, sino que hace referencia de manera

19. Obtenido de la versión de la RAE de su página web: <https://dle.rae.es/subsidiario>.

20. La mayoría de edad, como es sabido, se adquiere a los 18 años de edad (art. 12 Constitución Española y art. 315 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil), lo que implica plena capacidad de obrar, solo restringida legalmente para determinados actos.

21. Nos referimos al art. 16.2 y 3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social que reconoce a las personas mayores de 16 y menores de 18 años, que hayan necesitado de autorización para celebrar un contrato de trabajo válido, la capacidad procesal para la defensa de los intereses y derechos relacionados con dicho contrato de trabajo, así como cuestiones conexas en materia de Seguridad social, derecho sindical y representación.

genérica a todas aquellas que deba cumplir la persona titular del ingreso mínimo, lo que, en teoría, abarca tanto las obligaciones documentales y de acreditación, como lo referente a las salidas al extranjero de cualquier miembro de la unidad de convivencia. Pero, quizá sería conveniente desde nuestro punto de vista detallar expresamente todas ellas para aportar claridad e, incluso, mencionar si hay alguna sujeta a excepción.

Cuarto, si están obligados a aquello que no cumpla el titular, la otra interrogante que surge con la lectura de este extenso art. 33 RD-ley 20/2020 es si también lo estarán al reintegro de prestaciones indebidas. Esta cuestión no se encuentra resuelta en este artículo. Sin embargo, posteriormente, en materia de infracciones y sanciones se establece que los sujetos infractores pueden ser todas las personas beneficiarias de la prestación, por lo que, aunque la Ley imponga que estamos ante obligaciones subsidiarias por parte de las personas integrantes de la unidad de convivencia, en este punto, el reintegro, como obligación se configura, realmente, como una responsabilidad solidaria. En sentido contrario se expresa el art. 55 LGSS para todo tipo de prestaciones, al indicar en su apartado segundo, que responderán de manera subsidiaria las personas que hayan contribuido por acción u omisión a hacer posible la percepción indebida, salvo que se demuestre su buena fe.

Y, en este sentido, de nuevo, la definición de la RAE nos aporta algo de claridad, especificando que una obligación solidaria es aquella "Que permite a cada uno de los acreedores recamar por sí la totalidad del crédito, o que obliga a cada uno de los deudores a satisfacer la deuda entera, sin perjuicio del posterior abono o resarcimiento que el cobro o el plazo determinen entre el que lo realiza y sus cointeresados"²².

Si en materia de reintegro de prestaciones indebidas la responsabilidad es en realidad solidaria, ¿lo es también del resto de obligaciones legales establecidas a cargo del titular? Cuestiones que deben ser resueltas con carácter inmediato porque la problemática podría dar lugar a procedimientos judiciales contradictorios y, por supuesto, a indefensión de las personas beneficiarias, si no conocen con claridad cuáles son los términos de sus obligaciones reales.

III. LAS INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE LA PRESTACIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL

El capítulo VIII del RD-ley 20/2020 comprende tres artículos (34-36) que recogen las diferentes infracciones y sanciones en función del incumplimiento de las obligaciones que establecimos en el apartado anterior. Siguiendo el mismo esquema que el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS), se realiza la tipificación de las actuaciones que pueden dar lugar a la imposición de infracciones a las personas beneficiarias de la prestación del ingreso mínimo vital. En este sentido, la graduación de las sanciones también abarca desde las leves hasta las muy graves.

22. Obtenido de la versión digital de la RAE, <https://dle.rae.es/solidario>.

A. Infracciones y sanciones leves

Por lo que se refiere a las infracciones leves, el art. 35.1 RD-ley 20/2020 recoge, exclusivamente, como sancionable las actuaciones relativas a la no presentación de la documentación a la que están obligadas, principalmente, las personas titulares e integrantes de la unidad de convivencia; se refiere la norma tanto a la falta de información sobre los requisitos de acceso a la prestación, a la conservación de la misma una vez concedida y a la información que facilita la notificación de las administraciones públicas con las personas beneficiarias. Pero todas ellas sin que incidan directa o indirectamente en la percepción o conservación indebida de la prestación (art. 34.2 RD-ley 20/2020).

La sanción correspondiente que se contempla consiste solo en un “apercibimiento” lo que traduciríamos por una advertencia que, aunque el precepto no lo especifique debería realizarse por escrito.

B. Infracción y sanciones graves

Con relación al segundo tipo de actuaciones infractoras posibles, las graves, el art. 34.3 RD-ley 20/2020 recoge los siguientes comportamientos²³:

- a) La comisión de una tercera infracción leve, siempre que haya recibido en el último año, sanción por las dos faltas leves similares.
- b) La percepción indebida de la prestación en cuantía de hasta un 50% más de lo que debería haberse percibido, derivada de un incumplimiento o anomalía en las obligaciones instrumentales. En este punto, recordemos, que para la comunicación de cambios que pudieran dar lugar a modificación, suspensión o extinción de la prestación, el plazo que concede la norma es de 30 días –no aclara si naturales o hábiles- desde que se hayan producido.
- c) La no participación en las estrategias de inclusión promovidas por el Ministerio de Inclusión, Seguridad social y Migraciones a las que las personas perceptoras se encuentren obligadas. Pero tal y como hemos analizado en el punto anterior, esta infracción solo puede ser cometida por las personas beneficiarias que compatibilicen el ingreso mínimo vital con rentas de trabajo o actividad económica, pues son las únicas que están obligadas a esta participación según el literal de la norma.
- d) El incumplimiento de las condiciones establecidas –dice la norma- sobre la compatibilidad de la prestación y las rentas de trabajo o de actividad económica que se realice. Y, de nuevo, insistimos en la falta de desarrollo reglamentario de esta cuestión, que implica que se desconozcan las condiciones exactas a las que las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital están obligadas cuando se produce dicha compatibilidad.

23. Concretamente las infracciones graves han sido objeto de modificación a través de la disposición final 5.9 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre.

Con carácter general, las sanciones previstas para las infracciones consideradas como graves, y que también han sido objeto de reciente modificación, implican la pérdida de la prestación por un máximo de 3 meses; se establece que la sanción en su grado mínimo implica la pérdida de un mes, en su grado medio la de dos meses y en su grado máximo de tres meses (art. 35.3 RD-ley 20/2020), pero sin establecer en qué momentos se considerará que las actuaciones infractoras corresponden a uno u otro grado.

Se añade, en caso de conductas infractoras que diesen lugar a la extinción del derecho, la sustitución de esa interrupción temporal, por una devolución de tres mensualidades de la prestación. De tal manera que, se configura como un reintegro de prestaciones indebidas, pero sin serlo, pues la medida tiene carácter sancionador, en la que, tampoco se ha especificado cómo debe procederse a la devolución de los tres meses de prestación.

La modificación del art. 35.3 RD-ley 20/2020 por medio del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre ha traído consigo una mejora en cuanto a la adecuación y graduación de las sanciones, que, sin embargo, sigue sin ser suficiente. En la versión de la norma previa se comprendían sanciones, por ejemplo, por el hecho de no haber comunicado desplazamientos al extranjero de 16 a 89 días que podían implicar la imposibilidad de solicitar una nueva prestación de ingreso mínimo durante un periodo de 3 meses. Sanción que suponía un abismo con respecto a la propia obligación incumplida y en relación, también, con las sanciones impuestas por infracciones leves que, como hemos visto, consisten solo en un “tirón de orejas”.

Aun así, en esta versión mejorada de las infracciones y sanciones por incumplimiento de las obligaciones, desde mi punto de vista, sigue sin haber una adecuación entre la infracción y la sanción; si estamos ante una prestación social cuyo objeto es –al menos así se indica en la Exposición de Motivos del RD-ley 20/2020- cubrir el riesgo de pobreza, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones no deberían conllevar la pérdida de la prestación, si no han mediado actuaciones fraudulentas ni dolosas. Y esto así, porque el riesgo de pobreza, esto es, la situación de necesidad económica que pretende cubrir el ingreso mínimo vital no ha desaparecido con las conductas infractoras descritas; si bien, el hecho de percibir indebidamente la prestación en una cuantía de hasta el 50% más de lo que realmente correspondería puede considerarse grave, la devolución de lo percibido indebidamente –al igual que sucede con otras prestaciones del sistema de Seguridad Social- debería ser prácticamente suficiente para considerar la infracción saldada o sancionada adecuadamente. No nos parece suficiente la mención en el art. 35.1 segundo párr. RD-ley 20/2020 a que la imposición de sanciones tendrá en cuenta “la negligencia, la culpabilidad e intencionalidad, así como la cuantía económica de la prestación indebidamente percibida”, porque sigue siendo demasiado amplio y abierto a interpretaciones variadas mientras no exista un criterio uniformador.

C. Infracciones y sanciones muy graves

En el art. 34.4 RD-ley 20/2020 se contemplan los comportamientos graves “cualificados”, esto es, aquellos que suponen a ojos del legislador una infracción muy grave. Se incluyen los siguientes:

- a) La comisión de una tercera infracción grave, siempre que haya recibido en el último año, sanción por las dos faltas graves similares.
- b) La percepción indebida de la prestación en cuantía de más del 50% de lo que debería haberse percibido, derivada de un incumplimiento o anomalía en las obligaciones instrumentales.
- c) La actuación fraudulenta, aportando datos o documentos falsos, para obtener prestaciones indebidas o superiores a las que le correspondería. La norma no establece si esa percepción indebida está tasada, por lo que debemos entender que cualquier actuación fraudulenta que dé lugar a percepción indebida, independientemente de la cuantía de esta, debe ser integrada como una infracción muy grave.
- d) La no participación reiterada en las estrategias de inclusión promovidas por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en los mismos términos que describíamos con respecto a las infracciones graves.
- e) El incumplimiento reiterado de las condiciones sobre la compatibilidad de la prestación y las rentas de trabajo o de actividad económica que se realice, remitiéndonos a lo mismo que analizábamos en el epígrafe anterior.
- f) La no comunicación ni justificación al INSS con carácter previo de los desplazamientos al extranjero de duración superior a 90 días, en los que, aunque no se indica expresamente, entendemos que se refiere a un tiempo de 91 días o más, de manera continuada.

La realización de alguna de las conductas descritas puede conllevar una sanción consistente en la pérdida de la prestación de hasta 6 meses (art. 35.4 RD-ley 20/2020)²⁴, junto con el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas.

Se prevé, igualmente, de manera compleja que, quién haya sancionado de manera muy grave –a través de resolución administrativa firme– en los cinco años anteriores a la comisión de una infracción muy grave verá extinguido su derecho a la prestación y no podrá ser persona beneficiaria del ingreso mínimo vital durante 5 años (art. 35.6 RD-ley 20/2020). Interpretando este precepto, entendemos que se refiere a generar consecuencias sancionadoras más graves a aquellas personas beneficiarias del ingreso mínimo que cometan una infracción muy grave en materia de esta prestación, pero que, a su vez, hayan cometido en los cinco años previos otra infracción muy grave,

24. La norma contempla en su grado mínimo la sanción de cuatro meses, de cinco meses en su grado medio y de seis meses en su grado máximo. Al igual que en el caso de las infracciones graves si se tratara de una infracción que diese lugar a la extinción del derecho, la sanción consistirá en la obligación de ingresar la cuantía de los seis meses de la prestación, aunque, al igual que antes no se haya determinado cómo.

por la que han sido sancionados, sin que advirtamos aclaración en la norma, de si esa otra infracción muy grave debe estar necesariamente referida a prestaciones u a otra cuestión de las contempladas en la LISOS. Junto con la extraña redacción, queremos advertir, que, si la infracción ya fue sancionada a través de resolución administrativa firme conforme a la normativa, lo que prevé el RD-ley 20/2020 –o, entendemos que prevé– está en contra del principio *non bis in idem*, implícito en el propio principio de legalidad del art. 25 de la Constitución española.

Pero, además, en este punto han permanecido inalterable otras sanciones aparejadas a las salidas al extranjero, esto es: primero, la devolución del importe de la prestación percibido durante la estancia en el extranjero que se concibe como indebida; y, segundo, la imposibilidad de solicitar una nueva prestación durante un período de seis meses desde la fecha de la resolución administrativa de la sanción.

Por lo que se refiere a estas dos sanciones añadidas por las salidas al extranjero, se realizan algunas consideraciones. Si bien están en línea con el concepto de residencia que la propia norma ha recogido como requisito para la solicitud de la prestación [art. 7.1.a) RD-ley 20/2020], por el momento no se ha determinado, de conformidad con el Reglamento 883/2004, que el ingreso mínimo vital no sea una prestación exportable y, por tanto, cualquier sanción que se imponga por este motivo podría considerarse nula al contradecir dicha norma y suponer una vulneración del principio de igualdad y no discriminación en comparación con otras prestaciones de la Seguridad social que sí son exportables, porque no se contemplan en el Anexo X del Reglamento 883/2004.

Al mismo tiempo, tales sanciones por desplazamientos al extranjero por tiempo superior a 90 días podrían haber guardado relación con lo previsto en la LGSS para prestaciones de desempleo, contributivas y no contributivas. En este punto, el art. 271.1.f) LGSS prevé la suspensión de la prestación en caso de que el perceptor traslade su residencia al extranjero por un tiempo continuado inferior a 12 meses –para buscar trabajo, trabajar, perfeccionamiento profesional etc.–, siempre comunicado previamente y aprobado por la entidad gestora; y, en materia del ingreso mínimo vital no se ha previsto semejante prescripción, que sería del todo interesante, pues, manteniendo, en cierta medida, ese criterio territorialista del RD-ley 20/2020, permitiría a las personas la movilidad por diferentes motivos –cuidado de familiares, búsqueda de trabajo u otros–, y la recuperación de la prestación a su regreso, si los requisitos de vulnerabilidad económica continuasen existiendo, no condenándolos a una situación de pobreza en círculo vicioso, porque al presentar una nueva solicitud ya no podrían acreditar el requisito de residencia exigido por la norma.

Junto a las infracciones y sanciones señaladas, tanto para las infracciones graves como para las muy graves el art. 35.5 RD-ley 20/2020 prevé como sanción posible la extinción de la prestación y la imposibilidad de ser persona beneficiaria en un plazo de 2 años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, concurrente con las que den lugar a la infracción grave o muy grave, a saber: primero, el falseamiento en la declaración de ingresos o patrimonio que ha supuesto la determinación de su especial situación de vulnerabilidad; segundo, la ocultación fraudulenta de cambios sustanciales que pudieran dar lugar a la modificación, suspensión o extinción de la

prestación; y, tercero, también se incluirá cualquier otra actuación o situación fraudulenta, que acarree el acceso, aumento o mantenimiento indebido de la prestación.

D. Determinación de las personas infractoras

De manera breve, el art. 34.5 RD-ley 20/2020 indica que las personas responsables de las infracciones serán:

- a) Los beneficiarios de la prestación.
- b) Los miembros de la unidad de convivencia.
- c) Los “cooperadores” a través de la acción u omisión.

La mención expresa a los beneficiarios, por contraposición de los miembros de la unidad, consideramos que es, nuevamente, un error de redacción, puesto que la propia norma insiste en contadas ocasiones en otros conceptos, esto es: las personas titulares y las personas beneficiarias de la unidad de convivencia; conceptos más apropiados, en la línea de todo el articulado de la norma.

En otro orden de cosas, la concurrencia de varias personas de las indicadas en las actuaciones infractoras, y objeto de sanción, genera que queden solidariamente obligadas al reintegro de las prestaciones indebidas (art. 34.5, párr. segundo RD-ley 20/2020). Como hemos indicado previamente, se genera una problemática que necesita con urgencia de corrección; porque en materia de obligaciones, el art. 33 establecía que las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital –que no el titular– responderían subsidiariamente de las obligaciones que la persona titular no cumpliera. Ahora bien, si la obligación que no cumple es la del reintegro de las prestaciones indebidas, se produce aquí una contradicción, cambiando el tipo de responsabilidad subsidiaria, por una solidaria, con todas las consecuencias que eso conlleva, como hemos indicado en líneas anteriores. Y, junto con esta consideración, también se debería contemplar más claramente el grado de participación de los beneficiarios en el incumplimiento de las obligaciones, para graduar correctamente, las sanciones a las que podrían verse sometidos.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Son muchas las cuestiones que tan solo tres artículos del RD-ley 20/2020, arts. 34-36, dejan sin resolver como hemos analizado en el presente artículo, habiéndonos manifestado sobre las problemáticas que pueden generar, así como la inseguridad jurídica existente. Pero, a eso se suma, una deficiente técnica legislativa, confusa y que no guarda relación con nuestro sistema de protección más parecido, el desempleo, en materia de prestaciones de Seguridad social; esto último, relacionado con que, pese a que se insista en la Exposición de Motivos en que es una prestación en la línea de las no contributivas, tenga, como ha declarado parte de la doctrina un claro carácter

híbrido, situándose a medio camino entre las prestaciones no contributivas y la asistencia social, competencia de las CCAA.

La inseguridad jurídica en torno a las obligaciones y sanciones en materia de ingreso mínimo vital debe ser revisada con urgencia, por las graves implicaciones que puede tener sobre personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, de pobreza; y dicha revisión no puede dejar de lado la atención a la coordinación europea de los sistemas de Seguridad social ni al pilar de europeo de derechos sociales.

Son varias las cuestiones que hemos puesto de relieve, a saber:

- Primero, la necesidad de aclaración sobre si es o no una prestación exportable debería ser resuelta, porque al no incluirse en el Anexo X del Reglamento 883/2004 es exportable y, sin embargo, no ha sido desarrollada en esos términos.
- Segundo, la renta mínima es uno de los principios del Pilar Europeo de Derechos sociales, que debe ser adecuada pero que debe garantizar el acceso a bienes y servicios de capacitación, al igual que combinarse con incentivos para la incorporación en el mal llamado mercado laboral. Tal y como hemos analizado, las medidas de política activa de empleo que prevé el RD-ley 20/2020 no va dirigidas a todas las personas beneficiarias, lo que supone una distorsión en el sistema.
- Tercero, el diálogo social no ha sido la herramienta utilizada para la elaboración y diseño del ingreso mínimo vital, cuestión que puede corregirse por la vía del reglamento. Es probable que así se disminuyeran algunos de los problemas que hemos detectado, en estos y en otros preceptos, y que se incorporara de manera efectiva otro de los principios del Pilar Europeo de Derechos sociales.
- Cuarto, es necesaria la revisión de las infracciones y sanciones, entre otras cuestiones, para adecuarlas a la situación concreta que pretende cubrir el ingreso mínimo vital: la pobreza.
- Quinto, urge, igualmente, la revisión de las obligaciones y de su carácter solidario o subsidiario.

Todo ello, insiste sobre la misma idea del presente texto, la creación de un ingreso mínimo –ya que la norma no se decanta por una renta básica- que esté basada y sea acorde con la solidaridad del sistema; lo contrario, parece un sistema de caridad, con un diseño precipitado, y como señalaba Eduardo Galeano “La caridad es humillante porque se ejerce verticalmente y desde arriba; la solidaridad es horizontal e implica respeto mutuo”.

Bibliografía

- AIRef: *Los programas de renta mínima en España. Estudio*, 2019, accesible en https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENTA_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf.
- Álvarez Cortés, J. C.: “Una nueva prestación no contributiva de la seguridad social: El ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 56, 2020.

- Burriel Rodríguez-Diosdado, P.: "La crisis en las políticas de empleo. La modélica Dinamarca y la situación en España", *Economía Española y Protección Social*, núm. VI, 2014.
- Domínguez Martín, M.: "El papel (¿protagonista?) de los municipios en el otorgamiento del Ingreso Mínimo vital", 8 de junio de 2020, accesible en <https://www.idluam.org/blog/el-papel-protagonista-de-los-municipios-en-el-otorgamiento-del-ingreso-minimo-vital/>.
- Ponce de León, R.: "La Autoridad Fiscal propone una renta mínima que reduciría la pobreza severa un 60% con un coste de 3.500 millones", *El Diario.es*, 22 de junio de 2019, accesible en https://www.eldiario.es/economia/Autoridad-Fiscal-propuesta-sindicatos-modificacion_0_912708836.html.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.



Trabajo doméstico y protección social frente a contingencias derivadas del trabajo*

DOMESTIC WORK AND SOCIAL PROTECTION AGAINST WORK RELATED CONTINGENCIES

Josefa Romeral Hernández

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

josefa.romeral@urjc.es 0000-0003-3260-8240

Recibido: 01.12.2020 | Aceptado: 13.12.2020

RESUMEN

La protección social de los empleados del hogar frente a las contingencias del trabajo nace paralela a su integración en el Régimen General como Relación Especial, con la idea de equipar sus derechos a los de la Relación laboral común, sin que hasta el momento se haya culminado. El trabajo presenta un repaso por el régimen jurídico de la protección frente a estas contingencias, poniendo de relieve las deficiencias pendientes de abordar para conseguir la equiparación real y dignificar la profesión, como son la seguridad y salud laboral y la protección por desempleo, entre otras.

ABSTRACT

The social protection of household employees related to work contingencies is created parallel to their integration into the General Regime as a Special Relation, with the aim of equating their rights to those of the common Labor Relation, without it having been completed so far. This work presents a review of the legal regime of protection related to these contingencies, highlighting the deficiencies pending to be addressed in order to achieve real equality and dignification of the profession, such as occupational health and safety and unemployment protection, among others.

PALABRAS CLAVE

Empleados del hogar
Contingencias profesionales
Protección social
Seguridad y salud
Desempleo

KEYWORDS

Household employees
Professional contingencies
Social protection
Health and security
Unemployment

* El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación "Sostenibilidad y suficiencia del sistema público de pensiones: ¿un diálogo imposible?", RETOS 2017 Ref. DER2017-86394-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad –hoy Ministerio de Ciencia e Innovación– (Agencia Estatal de Investigación) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

SUMARIO

- I. NOTAS CONFIGURADORAS DEL TRABAJO DOMÉSTICO
- II. CONTEXTO NORMATIVO
- III. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA
- IV. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO
- V. SISTEMA DE COTIZACIÓN
 - A. Bases de cotización
 - B. Tipos de cotización
 - C. Beneficios de cotización
- VI. PROTECCIÓN FRENTE A CONTINGENCIAS DERIVADAS DEL TRABAJO
 - A. Condiciones de seguridad y salud
 - B. Contingencias profesionales
 - C. Desempleo
 - D. Subsidio extraordinario para hacer frente al COVID-19
- VII. CONCLUSIONES
 - Bibliografía

I. NOTAS CONFIGURADORAS DEL TRABAJO DOMÉSTICO

El trabajo doméstico es una de las fuentes de empleo más importantes tanto por el número de trabajadores que ocupa¹, como por su contribución al funcionamiento general de la economía y la vida social². Estos trabajadores contribuyen al crecimiento de la riqueza y el PIB de los países al liberar a otras personas de los quehaceres domésticos para dedicarse al desempeño de actividades económicas, educativas o sociales. Al mismo tiempo, incrementan el bienestar social con su atención a enfermos, ancianos y niños, lo que permite hacer efectiva la conciliación de la vida laboral y familiar. Factores sociales y demográficos como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el envejecimiento de la población y el aumento de la esperanza de vida, entre otros, han aumentado la demanda de esta actividad a lo largo de décadas en nuestro país³. Según un estudio de OIT, España es el país de Europa con mayor número de empleados domésticos, seguido de Francia e Italia⁴.

Ahora bien, a partir de 2012, las sucesivas crisis económicas y modificaciones legislativas inciden en las cifras de afiliados, que no en el empleo, lo que demuestra una tendencia al incremento del trabajo sumergido en este sector de actividad⁵. Según la

1. La OIT en su informe sobre Trabajo doméstico (2015), basándose en estadísticas oficiales, estima que los trabajadores domésticos alcanzaron los 52,6 millones. Puede verse documento en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_173363.pdf.

2. Según los datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social "Anuario de Estadística laboral para 2019", el número de trabajadores afiliados y en alta en la Seguridad Social en 2019 es de 18.787.4, de estos, 402.500 lo son al régimen especial de Empleados de Hogar. Pueden verse las estadísticas en <http://www.mites.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2019/index.htm>.

3. De acuerdo con las encuestas de población activa (EPA), en 1995 el número de empleados domésticos era 355.000, esta cifra fue aumentando hasta situarse en 2008 en 748.000. El crecimiento se manifiesta hasta 2012, poniendo de relieve una subida entre 2011 y 2012 de 54.000 empleados.

4. *Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection*, ILO, 2013, pp. 19, 24 y 35.

5. En 2015 la cifra de empleados afiliados a la Seguridad Social cae a 627.800, hasta situarse en 402.500 en 2019.

encuesta de población activa en 2019 más de un 34% de la población activa dedicada al trabajo en el hogar realizaría su actividad en modo irregular⁶.

Sin embargo, a pesar de la importancia tanto social como económica de la profesión, es una de las formas más precarias, peor remuneradas y desprotegidas de empleo. Son muchos los países en los que los trabajadores domésticos han estado excluidos de la protección de la normativa laboral⁷, y en los que lo está, como en el nuestro, se hace de forma limitada en relación a otras categorías de trabajadores. Esta situación se debe a las particularidades que envuelven el trabajo doméstico y su consideración social:

1. El contenido del trabajo incluye una multiplicidad de tareas consideradas socialmente competencia de las mujeres (limpieza, comida, cuidado de niños, enfermos, anciano, etc.), lo que demuestra la alta feminización del sector. A nivel mundial la feminización alcanza el 88,7% de la población que lo ocupada, de las cuales el 8,6% son niñas, constituyendo una fuerza de trabajo dispuesta a la emigración en los países en desarrollo con escasas oportunidades de empleo; circunstancias que ponen de manifiesto la vulnerabilidad del colectivo que lo integra, expuesto a explotación y abusos en el desempeño del trabajo, e incluso tráfico ilegal de personas. En España de los 402.500 trabajadores en alta laboral en el Sistema Especial de empleados del hogar en 2019, el 94% son mujeres. Del total de trabajadores en alta en 2019, el 43% son extranjeros y de estos el 91% son mujeres⁵.
2. La catalogación social de las tareas desarrolladas como propias de la mujer cualitativamente lleva asociada una desvalorización profesional. El trabajo doméstico se considera el trabajo carente de valía económica, no generador de riqueza sino medio de satisfacción de necesidades familiares, lo que provoca vulnerabilidad económica de quien lo ejerce, con salarios bajos, en muchos casos invisible, y condiciones de trabajo precarias.
3. Otra causa de la precarización del trabajo doméstico está conectada con el lugar en el que se desarrolla: el domicilio del empleador donde se desenvuelve la vida familiar y se desarrollan derechos fundamentales como la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio; lo que imprimen un halo de indemnidad a las condiciones de trabajo, difícilmente controladas por la Autoridad Laboral. A ello se une que al desarrollarse el trabajo en el círculo de convivencia familiar es difícil su organización como colectivo y el ejercicio de la actividad sindical; lo que, unido a la despreocupación tradicional de los sindicatos por este sector de actividad, provoca la ausencia de negociación colectiva.

Las variaciones absolutas acumuladas son de un -4,7% en 2017, -8,7% en 2018 y 13,1% en 2018.

6. Según los datos de las encuestas de población activa, en 2019 son 628.800 personas dedicadas al servicio doméstico, de los cuales solo 402.500 trabajadores afiliados al Sistema Especial.

7. Según la OIT escasamente un 10% del total de trabajadores domésticos mundiales cuenta con una protección equiparable a la de otras categorías de trabajadores. *IV informe sobre trabajo decente para los trabajadores domésticos*, 99ª reunión, 2010.

El aislamiento, la invisibilidad y la precariedad puede incrementarse cuando el trabajo se desarrolla en régimen interno, en los que los límites de la jornada son más difusos, la valoración del alojamiento y la manutención pueden absorber una parte considerable del salario, y pueden incrementarse los riesgos psicosociales y el abuso sexual dada la dificultad de control y comunicación. Pero no podemos olvidar que en la relación laboral la trabajadora también goza del derecho a la dignidad, tanto en relación con su persona como en las condiciones de vida.

4. Derivado de los movimientos transnacionales de trabajadores domésticos, y de la actuación en este sector de agentes intermediadores, que unas veces actúan dentro de Ley y otras al margen, constituidos como mafias, puede aumentar la precariedad laboral de este colectivo, e incluso fomentar la explotación humana, a través de prácticas denigrantes como la limitación de movimiento reteniendo sus pasaportes, o amenazas de deportación.

Estas circunstancias hacen del trabajo del hogar una profesión desvalorizada socialmente, en muchos casos oculta y envuelta en precariedad y pobreza, algo que no tiene razón de ser en el tiempo que vivimos, máxime cuando estas trabajadoras dedican su actividad al bienestar y salud de las familias (cuidado de niños, ancianos, enfermos, discapacitados, etc.) y limpieza de los hogares, permitiendo el desarrollo profesional de los sujetos y aumentando la calidad de vida de quienes las emplean, cubriendo, en muchas ocasiones, obligaciones que se desatienden desde los Servicios Sociales y el Estado.

Teniendo en cuenta esta situación, la OIT se plantea la necesidad de integrar a estos trabajadores dentro de su objetivo fundamental de trabajo decente, y de proporcionar incentivos y orientación a los Estados miembros para facilitar el acceso a condiciones de trabajo dignas a este colectivo. Con este objetivo se aprueba el Convenio 189 y la Recomendación 201⁸, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, el cual establece un cuadro de derechos laborales básico y las actuaciones recomendadas para su consecución.

A nivel interno, aunque hemos avanzado en la regulación de derechos, la protección que nuestro ordenamiento jurídico brinda a las trabajadoras/es del sector tiene limitaciones, que para solventarlas son necesarias alguna reforma legislativa que atienda las lagunas pendientes. Sin duda, la ratificación de este Convenio ayudaría al avance en muchas de ellas como son la extensión de la prevención de riesgos laborales, el diseño de medidas para la actuación por parte de la Inspección de Trabajo, promoción de la negociación colectiva, el control sobre las prácticas abusivas de las agencias de colocación, y protección por desempleo. Todas ellas medidas recogidas en el Convenio 189 de la OIT, y que, algunas intentaremos poner de manifiesto en

8. Adoptados en la 100ª reunión de la Comisión Internacional del Trabajo celebrada el 16 de junio de 2011. Estos textos entraron en vigor el 5 de septiembre de 2013.

este estudio para contribuir al avance en la mejora de las condiciones de trabajo de estos trabajadores y la dignificación de la actividad⁹.

II. CONTEXTO NORMATIVO

La regulación de la protección social para los trabajadores domésticos no ha sido tarea fácil a través del tiempo. Los primeros seguros sociales hunden sus raíces en el mutualismo laboral. El Decreto de 17 de marzo de 1959¹⁰ constituyó el Montepío Nacional del Servicio Doméstico con el fin de proporcionar a este colectivo las prestaciones establecidas en la Ley de 19 de Julio de 1944, que no había conseguido consolidarse¹¹. La Ley de Bases de 1963, segundo hito en la carrera de protección de estos empleados, en su apartado 10.e) contempló el Régimen Especial de los Servidores domésticos, regulado posteriormente por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, bajo la denominación de Régimen Especial de Empleados de Hogar. Este Régimen pervivió durante más de 4 década, hasta la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (LAAMSS)¹² que, en el marco del proceso de racionalización y simplificación del sistema, decidió transformar el Régimen Especial en Sistema Especial.

El fundamento de la transformación sienta su base en el Pacto de Toledo (1995)¹³, que determina un principio de homogeneización gradual de la regulación de los distintos regímenes especiales y la ampliación de las contingencias protegidas, lo que debe culminar en una equiparación de la acción protectora del Régimen General. Las posteriores modificaciones fueron eludiendo una actuación en este sentido, y, sería el Acuerdo para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones del año 2011 con el que finalmente se materializó el proceso de integración en la Disposición Adicional Trigésima novena de la LAANSS, mediante la creación de un Sistema Especial en los términos y alcance precisados en dicha disposición.

La primera modificación se había llevado a cabo por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos Generales del Estado para 2011, que añade la disposición quincuagésima tercera a la Ley General de Seguridad Social, por la que se extiende desde el 1 de enero de 2011 la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar que hasta entonces estaban privados de ella. El desarrollo de la disposición adicional quincuagésima

9. Puede verse un estudio completo del contenido del Convenio en Quesada Segura, R.: "La dignificación del Trabajo doméstico. El Convenio nº 189, OIT 2011", *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 27, 2011. Lousada Arochena, J. F.: "Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT", *Lan Harremanak*, núm. 39, 2018. Cabeza Pereiro, J.: "El trabajo doméstico en la normativa de la OIT", *Trabajo y Derecho*, núm. extra 9, 2019.

10. BOE de 24 de marzo.

11. La Ley de 19 de julio de 1944 ordenó la constitución de un seguro total para el servicio doméstico, que gestionase todas las prestaciones de los seguros sociales que estaban vigentes, sin embargo, derivado de las reticencias con las que fue acogida la medida nunca vio la luz.

12. BOE de 2 de agosto.

13. Y sus actualizaciones de 2003 y 2011.

tercera de la Ley General de 1994 tendría lugar por el RD 1596/2011, de 4 de noviembre, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales. Paralelo en el tiempo la Ley 27/2011 –modificada por el RD-ley 29/2012, de 28 de diciembre¹⁴, de mejora de la gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar– integra el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar en el Régimen General, mediante un nuevo Sistema Especial. Estableciéndose un periodo de adaptación transitorio que debía culminar en 2019 con la plena integración en el Régimen General de la Seguridad Social.

En la actualidad el Sistema Especial de empleados de hogar se encuentra regulado en la Sección 1ª de Capítulo XVIII del Título II de la LGSS, aprobada por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre¹⁵, denominada “Sistema Especial para empleados de hogar”, procediéndose, por su Disposición derogatoria única, a la derogación de la disposición trigésima novena de la LAAMSS.

En consonancia con los avances en protección social, la disposición adicional trigésima novena del RD 27/2011 habilita al Gobierno para modificar la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar. Con este fin se aprueba el RD 1620/2011, de 14 de noviembre¹⁶, que viene a derogar el RD 1424/1985, de 1 de agosto, que regulaba la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar. Puede decirse que la voluntad de ambas normas radica en la aproximación del régimen jurídico aplicable a estos trabajadores al común o general en materia laboral y de seguridad social, sin que en ningún caso se consiga plenamente. El régimen jurídico laboral, aunque se aproxima al previsto en el ET sigue siendo una relación laboral de carácter especial; y el régimen de protección social, aunque la nueva normativa declara la integración en el Régimen General de la Seguridad Social, lo hace a través de un sistema especial; luego no se produce una sustitución real del Régimen Especial, sino una mera modificación del régimen jurídico variando su ubicación dentro de la estructura del sistema. Las especiales diferencias que fundamentaban un trato diferenciado en la protección no desaparecen. Por tanto, la búsqueda simplificación y racionalización del sistema no se conseguirá en tanto la homogeneización de la acción protectora no sea efectiva¹⁷.

Paralelo en el tiempo se incorpora la actuación de la OIT en 2011 con la adopción del convenio 189 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos, y la Recomendación 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos que lo complementa. Por lo que respecta a la protección social dirige un mandato a los Estados a fin de garantizar “condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive lo relativo a la maternidad”. Como hemos señalado anteriormente, este Convenio no ha sido ratificado por España, pese a que desde instancias comunitarias se promueve su adhesión “con el fin de reforzar los derechos de los trabajadores domésticos y

14. BOE de 31 de diciembre.

15. BOE de 3 de octubre.

16. BOE de 17 de noviembre.

17. En este sentido *vid.*, Rodríguez Cardo, I. A.: “El Sistema Especial de empleados de hogar: una revolución inconclusa”; *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013, p. 151.

asistenciales europeos”¹⁸. Desde el Parlamento Europeo se insiste en que “el trabajo doméstico debe ser una profesión libremente elegida, que garantice a los trabajadores un amparo adecuado y humano en términos de derechos, protección, dignidad de vida y perspectivas de desarrollo personal”¹⁹. Entre las propuestas se encuentra la solicitud a la Comisión que proponga con urgencia una Directiva dirigida, entre otros objetivos, al establecimiento de unas normas mínimas y comunes de protección social; propuesta que todavía no ha prosperado, y que sería decisivo al abrir una vía para la articulación de normas que facilitarían la equiparación de derechos de estos trabajadores y su protección social.

III. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA

Según establece el art. 250 de la LGSS, se incluyen en el Sistema Especial para empleados de hogar los trabajadores sujetos a la relación laboral especial a que se refiere el artículo 2.1.b) del ET. Quedando excluidos los trabajadores que presten servicios domésticos no contratados directamente por los titulares del hogar familiar, sino a través de empresas, personas jurídicas de carácter civil o mercantil, que deberán ser dados de alta en el Régimen General²⁰. Con esta dicción, para poder delimitar su ámbito de aplicación tenemos que recurrir al RD 1620/2011, de 14 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

Al respecto, el art. 1.2 del RD 1620/2011 considera relación laboral especial del servicio del hogar familiar la que conciertan el titular del mismo como empleador, y el empleado que, dependientemente y por cuenta de aquél presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar. Por tanto, en caso de no existir retribución estaríamos ante un trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad excluidos de la relación laboral²¹; igualmente estaría excluida la relación concertada entre familiares cuando quien preste la actividad no tenga la condición de asalariado en los términos del artículo 1.3 e) del ET²².

En cuanto al empleador, sólo puede serlo una persona física como titular del hogar familiar (cabeza de familia), que será el receptor de las tareas domésticas; por tanto, no puede serlo una persona jurídica. En este sentido, se excluye expresamente de la relación laboral de carácter especial las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, aun cuando su objeto entrañe la prestación de servicios o tareas domésticas, los cuales se regirán por la normativa laboral común²³. Tampoco están incluidas las relaciones que en este ámbito puedan concertarse a través de em-

18. Parlamento Europeo: “Informe sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE” [2014/2094 (INI)], de 5 de abril de 2016, p. 16.

19. Parlamento Europeo: “Informe sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE” ob. cit., p. 29.

20. Según lo previsto en la Disposición adicional decimoséptima de la Ley 27/2011.

21. Art. 2.1.e) RD 1620/2011.

22. Art. 2.1.f) RD 1620/2011.

23. Art. 2.1.a) RD 1620/2011.

presas de trabajo temporal²⁴. Cuando se trate de un grupo de dos o más personas sin vínculos familiares, el empleador será quién conviva en la vivienda y ostente la titularidad de la misma por cualquier título, o aquél que asuma la representación de las personas integrantes del grupo, pudiendo recaer de forma sucesiva en cada una de ellas²⁵.

El objeto de la prestación laboral especial son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de alguna de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que formen parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos²⁶.

Se excluyen de esta relación laboral especial, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza laboral, las relaciones de colaboración y convivencia familiar, como las denominadas relaciones “a la par”, mediante las que se prestan algunos servicios como cuidados de niños, la enseñanza de idiomas u otros de los señalados anteriormente, siempre y cuando estos últimos tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos²⁷.

También se excluye de esta relación especial a los cuidadores profesionales que atienden temporal o permanente a personas dependientes en su domicilio, cuando son contratados por instituciones públicas o por entidades privadas de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia²⁸. También quedan excluidos los cuidadores no profesionales, personas de la familia o del entorno de la persona dependiente y no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, de acuerdo con la Ley 39/2006.

Por último, se presumen la existencia de una relación laboral de carácter común, y por tanto excluida de la relación laboral especial la relación del titular de un hogar familiar con un trabajador que, además de prestar servicios domésticos en aquél, deba realizar, con cualquier periodicidad, otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador. Esta presunción se entiende salvo prueba en contrario que acredite que la realización de los servicios no domésticos tienen un carácter marginal o esporádico con respecto al servicio puramente doméstico²⁹.

IV. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

Uno de los grandes avances en protección social de los trabajadores domésticos introducido por la integración del Régimen Especial en el Régimen General es la desaparición

24. Art. 2.1.b) RD 1620/2011.

25. Art. 1.3.b) RD 1620/2011.

26. Art. 1.4 RD 1620/2011.

27. Art. 2.2 RD 1620/2011.

28. Art. 2.1.c) RD 1620/2011.

29. Art. 2.3 RD 1620/2011.

de la diferenciación entre empleados de hogar permanentes y discontinuos. En el nuevo sistema la inclusión es obligatoria para todos los trabajadores que desarrollan su trabajo en el hogar familiar, ya sea dependiendo de un solo empleador o de varios, y cualquiera que sea el número de horas que un trabajador realice para cada empleador, aunque, como se verá, con posibles especialidades para quienes trabajan para un solo empleador menos de 60 horas al mes, cuando así lo acuerden con este último³⁰.

Según la redacción dada por el RD 1596/2011, de 1 de enero de 2012, de extensión de la acción protectora por contingencias profesionales, el titular obligado a cursar las altas, bajas y variaciones de datos del empleado del hogar era el titular del hogar familiar, con independencia de que la jornada de trabajo fuera a tiempo completo o parcial, y de que el trabajador preste sus servicios para uno o varios empleadores. Por tanto, en el caso de que el trabajador prestara servicios para varios empleadores, el acto de encuadramiento le correspondía a cada uno de ellos, cuestión que introducía cierta complejidad al sistema, pues cada empleador debía obtener el pertinente código de cuenta de cotización para dar de alta al trabajador, comunicar las variaciones de datos producidas y dar de baja al trabajador, y el primero de ellos eventualmente proceder a la afiliación.

Esta situación cambia a partir de 1 de abril de 2013, tras la aprobación del RD-ley 29/2012 de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados del Hogar, aprobado para subsanar ciertas anomalías de funcionamiento. El art. 2 de esta norma da nueva redacción al artículo 43.2 del RD 84/1996, de 26 de enero, sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, para incluir las oportunas referencias al Sistema especial, introduciendo un papel más activo al trabajador en el cumplimiento de los actos formales, con el fin de aligerar la carga a los pequeños empleadores y con ello favorecer la cotización.

Con la modificación introducida por el RD-ley 29/2012, se establecen reglas específicas para quienes prestan servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador. Así, Los trabajadores ya incluidos en el Sistema Especial el 1 de abril de 2013 y que presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador, podrán asumir el cumplimiento de las obligaciones en materia de encuadramiento, cotización y recaudación en dicho sistema, cuando así lo acuerde con sus empleadores³¹. Como vemos la nueva fórmula atiende a la jornada realizada para cada empleador de forma individual, y no al hecho de que el trabajador pueda ser considerado trabajador a tiempo completo a efectos de Seguridad Social al desarrollar un número de horas global igual o superior a la jornada ordinaria de un trabajador a tiempo completo, al computar las horas desarrollados para todos sus empleadores.

Prescindiendo de esta valoración, la nueva reglamentación permite al empleado del hogar realizar los actos de encuadramiento siempre que no supere el margen

30. Ampliación introducida por el RD-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social.

31. Disposición transitoria única del RD-ley 29/2012.

numérico y así lo acuerde con el empleador. Luego por defecto la obligación recae en el empleador, y solo a través de pacto será trasladada al empleado. El trabajador podrá así asumir dicha responsabilidad respecto de unos empleadores y no de otros, en función del tiempo de trabajo que desarrolle con cada uno y de si ha acordado o no con el empleador correspondiente la asunción de tales cargas. El acuerdo puede alcanzarse en el momento de celebración del contrato o posteriormente. Se trata por tanto de un pacto de doble dirección, pudiendo el empleador asumir nuevamente las obligaciones, aunque previamente se hubieran atribuido al trabajador.

Con el fin de evitar fraudes la norma exige que las solicitudes relativas a los actos de encuadramiento presentadas por los empleados vayan firmadas por sus empleadores. Y, en todo caso los empleadores están habilitados para presentar la solicitud de baja en caso de extinción de la relación laboral. Las variaciones de datos que determinen o permitan un cambio del sujeto responsable del cumplimiento de estas obligaciones surtirán efecto a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se efectúe su comunicación.

En el caso de ser el trabajador quien realice los actos de encuadramiento también deberán formalizar la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de su elección, salvo que sus empleadores ya tuvieran aseguradas dichas contingencias respecto a otros empleados incluidos en este sistema especial, en cuyo caso la citada cobertura corresponde a la entidad gestora o colaboradora elegida por el titular del hogar familiar. Cuestión que puede complicar la gestión de las contingencias cuando intervengan diferentes mutuas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En las solicitudes de alta en este sistema especial, con independencia del sujeto que la presente, deberán figurar, además de los datos establecidos con carácter general: el código de la cuenta de la entidad financiera en la que ha de domiciliarse el pago de la cotización; los datos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y el contenido mínimo del mismo, consistente en el número de horas de trabajo semanales, importe del salario pactado, tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias; así como, en su caso, el importe del salario mensual acordado en especie, y la existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta junto con la retribución por hora pactada, todo ello relevante a efectos de cotización³².

V. SISTEMA DE COTIZACIÓN

La integración de los Empleados del Hogar en el Sistema Especial supuso una transformación importante en la protección de estos trabajadores, pues no sólo implicó que la obligación de cotizar recayera sobre el empleador con independencia de la modalidad del servicio prestado (jornada completa o parcial), sino que para alcanzar

32. Art. 43.2, párrafo 5º RD 84/1996.

la convergencia con el Régimen general se implantó un régimen de cotización basado en los salarios percibidos por hora de trabajo. Sin embargo, para alcanzar la equiparación, sin encarecer de forma repentina el coste para el empleador, se estableció un periodo transitorio consistente en el establecimiento de un sistema de tramos, lo que permitiría acercar progresivamente las bases de cotización al salario real percibido.

Este período transitorio debía culminar en 2018 sin embargo, la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado de 2018, lo amplió hasta el año 2023, de modo que sería a partir de 2024 cuando la cotización se efectuase sin sujeción a tramos. Ahora bien, el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, vuelve a modificar dicha previsión adelantando a 2021 la cotización sin sujeción a tramos, es decir, conforme a las reglas del Régimen General.

El sujeto responsable del ingreso de las cuotas en el Sistema Especial es el empleador, conforme a la normativa establecida en el Régimen General de la Seguridad Social. No obstante, cuando el empleado de hogar preste sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador y siempre que hubiera acordado con este último la asunción de obligaciones en materia de encuadramiento en el Sistema Especial, será el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar a dicho sistema, por lo que le corresponde ingresar la aportación propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga el acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales³³. En este caso el empleador estará obligado a entregar al trabajador, además del recibo de salarios, la aportación y cuota que, por los días del mes en que hubiera estado a su servicio, le corresponda por las contingencias comunes y profesionales. En caso de incumplimiento del ingreso de cuotas por parte del trabajador, el empleador será responsable subsidiario, salvo que acredite la entrega de sus aportaciones y cuotas por cualquier medio admitido en derecho³⁴.

Aunque el propósito de la Ley es facilitar el encuadramiento de estos trabajadores dando facilidades para ello, no parece acertado presuponer una relación de igualdad en la obligación entre empleador y trabajador que no responde a la realidad, y que puede dificultar o, incluso provocar la salida de muchos trabajadores del sistema dada la complejidad que encierra la gestión, sobre todo cuando sean varios empleadores³⁵.

La duración de la obligación de cotizar sigue las mismas pautas que en el Régimen General, por tanto, el empleador deberá seguir aportando al trabajador su parte de la cotización durante las suspensiones del contrato por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, en tanto la prestación no sea asumida por la Entidad Gestora o colaboradora, esto será entre el cuarto y el octavo día en el supuesto de contingencias comunes y desde el día

33. Art. 34 *bis* del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, añadido por el RD-ley 29/2012.

34. Art. 34 *bis.2* del RD 2064/1995.

35. En este sentido Fernández Orrico, F. J.: "Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial de Empleados del Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 2012", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011.

siguiente al hecho causante cuando estemos en contingencias profesionales. Cuando los empleados de hogar tengan la condición de sujetos responsable de la obligación de cotizar, durante las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la entidad gestora o colaboradora a la que corresponda el pago del respectivo subsidio descontará de éste el importe de la totalidad de la cotización³⁶.

En el Sistema Especial la cotización se limita a los conceptos de contingencias comunes y profesionales, sin que el proceso de convergencia con el Sistema General avanzara en este punto; de manera que en este Sistema Especial no se prevé la cotización por los conceptos de recaudación conjunta, como la formación profesional, quedando excluido del catálogo de prestaciones el desempleo. Tampoco se extiende la acción protectora del FOGASA a este ámbito de actividad³⁷.

A. Bases de cotización

Como se ha señalado, el Sistema Especial cambia el régimen de cotización pasando de la cuota fija a la correspondencia entre la base y el salario percibido. Así, las bases de cotización se determinarán en función de la retribución percibida por el empleado de hogar, aunque con un período de aplicación paulatina que debía culminar en 2019 pero que la Ley de Presupuestos Generales de 2018 amplió hasta el 2023, y que el RD-ley 28/2018 lo adelanta a 2021. A partir del año 2021, se determinarán conforme a lo establecido en el artículo 147 de la LGSS, sin que la cotización pueda ser inferior a la base mínima que se establezca legalmente.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinan en función del tramo en el que quede comprendida la retribución mensual percibida por el empleado de hogar. Para el año 2012 se establecieron 15 tramos en la escala de cotización, y con vistas al acercamiento progresivo de la cotización a las reglas previstas en el Régimen General, se contempló que en el año 2013 se estableciera un nuevo tramo 16^a, en el que la base fuera la del tramo 15^o incrementada en un 5% para retribuciones superiores a la base mínima del Régimen General en dicho ejercicio; y para los años sucesivos, las bases de cotización se actualizarían en la misma proporción que la base mínima de cotización del Régimen General en cada año, a excepción de la correspondiente al tramo 16^o, que se incrementaría en un 5% anual.

Sin embargo, derivado del bajo ingreso a las arcas de la Seguridad Social por este colectivo y los costes sociales que implicaba, el sistema de tramos fue modificado por el RD-ley 29/2012 con arreglo a una nueva escala de 8 tramos, lo que conllevó un aumento de la cuota a ingresar. En un intento de corrección el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, modifica la perspectiva creada por la

36. Art. 34 *bis*.3 del RD 2064/1995.

37. Art. 3.b) RD 1620/2011.

LPGE del 2018 dando una nueva redacción a la disposición transitoria décimo sexta de la LGSS. En esta modificación se establece dos nuevos tramos en la escala de retribuciones, dándose una total equivalencia para el último tramo retributivo entre la retribución mensual y la base de cotización, y fija como novedad las horas máximas de realización por tramo, a efectos del control respecto al salario mínimo a declarar en función de las horas trabajadas.

Desde el 1 de enero de 2019, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales de este sistema especial se calculan según la escala siguiente, en función de la retribución percibida por los empleados del hogar por cada relación laboral, sin más límite que la base máxima de cotización³⁸.

Tramo	Retribución mensual (Euros/mes)	Base de cotización (Euros/mes)	Máximo horas trabajadas
1.º	Hasta 240,00.	206,00	34
2.º	Desde 240,01 hasta 375,00.	340,00	53
3.º	Desde 375,01 hasta 510,00.	474,00	72
4.º	Desde 510,01 hasta 645,00.	608,00	92
5.º	Desde 645,01 hasta 780,00.	743,00	111
6.º	Desde 780,01 hasta 914,00.	877,00	130
7.º	Desde 914,01 hasta 1.050,00.	1.050,00	160
8.º	Desde 1.050,01 hasta 1.144,00.	1.097,00	160
9.º	Desde 1.144,01 hasta 1.294,00.	1.232,00	160
10.º	Desde 1.294,01.	Retribución mensual Hasta llegar a la base máxima establecida para el régimen general en 2020: 4.070,10 Euros/mes ³⁹	160

Para determinar la retribución mensual del empleado de hogar, el importe percibido mensualmente deberá ser incrementado con la parte proporcional de las pagas extraordinarias que tenga derecho a percibir el empleado (art. 147 LGSS). Durante el año 2020 las retribuciones mensuales y las bases de cotización de la escala se incrementan en proporción a la subida del salario mínimo interprofesional. A partir de 2021 las bases de cotización se determinarán conforme al Régimen General (art. 147 de la LGSS); es decir, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, a lo que se añadirá la parte proporcional de pagas extraordinarias, sin que la cotización pueda ser inferior a la base mínima que se establezca legalmente⁴⁰. Para determinar la base de cotización por contingencias profesionales, también deben sumarse las horas extraordinarias

38. Arts. 4 RD-ley 28/2018 y 14 Orden TMS/83/2019 y DT 16ª LGSS.

39. La DA 2ª Real Decreto-ley 18/2019, de 27 de diciembre, prórroga para 2020 la Orden TMS/83/2019, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2019.

40. DT 16.1.a) LGSS, modificada por RD-ley 28/2018.

realizadas cuando estemos en trabajo a jornada completa y, en su caso, las horas complementarias cuando la relación laboral sea parcial⁴¹. Recordemos que los trabajadores a tiempo parcial tienen prohibido la realización de horas extraordinarias [art. 12.4.c) del ET, en relación con el 246 de la LGSS].

El SMI para 2020 es de 950 € al mes en 14 pagas, lo que equivale a un salario anual de 13.300 € (a jornada completa, 160 horas al mes)⁴². Recordemos que en el salario mínimo se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero. En el supuesto de los trabajadores del hogar que presten servicio por horas en régimen externo el valor mínimo está fijado en 7,43 euros por hora efectivamente trabajada, en la que se incluye todos los conceptos retributivos (pagas extras y tiempo de descanso). Igualmente, en las cuantías del salario mínimo por horas se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de está⁴³. Estamos a la espera de que el Gobierno fije la cuantía del SMI y por horas para el año 2021.

B. Tipos de cotización

La redacción anterior de la Disposición Transitoria decimo sexta de la LGSS, vigente hasta el 31 de diciembre de 2018, preveía que desde el año 2013 al 2018 el tipo de cotización se incrementara anualmente en 0,90 puntos porcentuales, fijándose su cuantía y distribución entre empleador y empleado en las respectivas leyes de presupuesto generales del Estado. A partir de 2019, tanto el tipo como su distribución son los que se establezcan con carácter general para el Régimen General de la Seguridad Social⁴⁴. En el caso de las contingencias comunes se fija en un 28,30% del que el 23,60% corresponde al empleador y el 4,70% al empleado de hogar.

Por lo que respecta a la cotización por contingencias profesionales se aplica el tipo de cotización previsto en la tarifa de primas vigente con carácter general⁴⁵, siendo la cuota resultante a cargo exclusivo del empleador. Concretamente, el tipo previsto para las actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico, se encuentra recogido en el epígrafe 97 (Código CNAE), y será del 1,50% (0,80% para IT y 0,70% para incapacidad permanente y muerte y supervivencia). De momento y hasta la publicación del nuevo SMI se mantienen estos porcentajes.

No existe obligación de cotizar por FOGASA ni tampoco por desempleo, ya que ambos están excluidos en el sistema especial, al igual que ocurría en el Régimen Especial.

41. El régimen de las horas extraordinarias de los empleados del hogar es el establecido en el ET art. 35, salvo lo dispuesto en el apartado 5 (art. 9 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre). La cotización por horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial está regulada en el art. 246 LGSS.

42. Art. 1 del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020.

43. Art. 4 Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020.

44. Art. 4 RD-ley 28/2018 y art. 14 Orden TMS/83/2019.

45. Se encuentra recogida en la DA 4ª de la Ley 42/2006, en su nueva redacción dada por el RD-ley 28/2018.

C. Beneficios de cotización

La Disposición transitoria única de la Ley 27/2011 contempló para los ejercicios de 2012, 2013 y 2014, la aplicación de una reducción del 20 por 100 en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes en el Sistema Especial de Empleados de Hogar, a los empleadores que hayan contratado, bajo cualquier modalidad contractual, y dado de alta en el Régimen General a un empleado de hogar a partir del 1 de enero de 2012, siempre y cuando el empleado no hubiera figurado de alta a tiempo completo en el citado Sistema Especial para el mismo empleador, dentro del período comprendido entre el 2 de agosto y el 31 de diciembre de 2011.

La indicada reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45 por 100 para familias numerosas, en los términos previstos en los artículos 2 y 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, siempre que los dos ascendientes o el ascendiente, en caso de familia monoparental, tal como se define en el apartado 3 del citado artículo 2, ejerzan una actividad profesional por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar. Cuando la familia numerosa ostente la categoría de especial, para la aplicación de este beneficio no será necesario que los dos progenitores desarrollen cualquier actividad retribuida fuera del hogar. En cualquier caso, la bonificación indicada sólo será aplicable por la contratación de un único cuidador por cada unidad familiar que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa.

Los beneficios en la cotización consistentes tanto en reducciones en la cotización a la Seguridad Social a cargo del empleador, como en bonificaciones de cuotas a cargo del mismo, no serán de aplicación en los supuestos en que los empleados de hogar que presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador asuman el cumplimiento de las obligaciones en materia de encuadramiento, cotización y recaudación en dicho sistema especial, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley General de la Seguridad Social. Si nos ceñimos a la literalidad del precepto, esta restricción al disfrute de la reducción o bonificación al empleador solo se contempla en el caso de que el trabajador doméstico asuma la obligación de encuadramiento, cotización y recaudación al sistema; luego en el caso de reparto de cargas, o la asunción por el empleador de la obligación, podría mantenerse el derecho a estos beneficios.

Aunque esta reducción estaba prevista que agotara sus efectos en 2014, las sucesivas leyes de presupuestos han venido prorrogando lo que dispuso la citada disposición transitoria de la Ley 27/2011. Sin embargo, la Ley 3/2017 de PGE para 2017 no incluye referencia alguna a esta reducción, por lo que deja de aplicarse a partir del 1 de julio de 2017, pero solo durante los meses de julio y agosto, ya que la Disposición Adicional 1ª del RD-ley 14/2017, repuso la reducción con efectos del 1 de septiembre de 2017 y hasta el 31 de diciembre de 2018. Durante 2019 se mantiene vigente en base a las previsiones del art. 4.2 del RD-ley 28/2018. Igual previsión se mantiene para el ejercicio 2020 tal como dispone el artículo 7.3 del Real Decreto-ley 18/2019, de 27 de diciembre.

Parece claro que con esta medida se pretende reducir la carga que para las familias supone la contratación de un empleado del hogar, además de incentivar a los titulares del hogar familiar a dar de alta a sus empleados de modo que pueda aflorar el empleo sumergido. Por tanto, parece pertinente que las ayudas se mantengan para incentivar el mercado de trabajo. Además, debería estudiarse la posibilidad de aumentar el colectivo beneficiario de ayudas, sobre todo a las personas mayores pensionistas que contraten empleados para atender las labores de la casa y su cuidado personal, porque con ello además de incentivar el empleo se sule la labor que deberían estar haciendo los servicios sociales, y se estaría brindado a este sector de población la posibilidad de una mejor calidad de vida.

En todo caso estas reducciones y bonificaciones no excluyen la aplicación de otros posibles beneficios, como los dirigidos a contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan tenido que suspender el contrato por estas causas, en cuyo caso se obtendrá una bonificación del 100% de la aportación empresarial por contingencias comunes en tanto dure la contratación. Igualmente, los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural en los términos establecidos en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores tendrán derecho a una bonificación del 100% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales⁴⁶. Esta bonificación solo será de aplicación en tanto coincidan en el tiempo la suspensión de la actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituido⁴⁷.

VI. PROTECCIÓN FRENTE A CONTINGENCIAS DERIVADAS DEL TRABAJO

El trabajo doméstico es la actividad laboral que mayor incidencia tiene en la generación de la brecha de género y las pensiones debido a la baja retribución que tradicionalmente han percibido estos trabajadores, lo que ha condicionado el esfuerzo económico en la contribución a la Seguridad Social generando así una exigua protección, que hace que sea el colectivo que más recurrente a las prestaciones mínimas y complementos a mínimos. La escasa contribución al sistema a su vez ha justificado la ausencia de protección social, caracterizada por una intensa presencia del principio de solidaridad. En el antiguo Régimen especial la relación afiliado-pensionista era muy escasa, lo que hacía necesario la compensación con las aportaciones del Régimen General.

46. Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, redactado por la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

47. Disposición Adicional 2ª de la Ley 12/2001, modificada por la Ley Orgánica 3/2007.

La necesidad de incrementar la protección en este sector de actividad, unido a la necesaria recaudación para el sostenimiento del sistema llevó al legislador a impulsar el aumento del número de cotizantes propiciando así la emergencia del trabajo sumergido, en especial el realizado a tiempo parcial, además de elevar las bases de cotización⁴⁸. La reformulación de la protección social del servicio doméstico, como ya hemos visto, vino de la mano del Pacto de Toledo de 1995, que estableció la necesidad de simplificación e integración de los Regímenes especiales en el General; ello unido al marco jurídico creado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴⁹, que propugnaba mayor visibilidad y protección al trabajo de la mujer. En este proceso de equiparación progresiva con el Régimen General, la disposición final tercera, nueve, de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, añadió la DA quincuagésimo tercera a la LGSS de 1994, que extendía la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de empleados del hogar, hasta entonces privados de esta protección. El desarrollo reglamentario llegaría casi un año después con la aprobación del RD 1596/2011, de 4 de noviembre.

En este proceso, la Disposición adicional trigésimo novena de la LAAMSS, consolidó esta extensión, declarando que dentro del catálogo de la acción protectora del nuevo Sistema Especial se recogen las especialidades más características de las contingencias profesionales, pero dejando fuera la protección por desempleo, contingencia de gran importancia para conseguir la equiparación con el Régimen General. Igual ocurre con la Seguridad y salud en el trabajo, derecho que sigue sin reconocerse en el ámbito de esta relación laboral y que, como veremos, es de suma importancia a efecto de protección frente a los riesgos profesionales.

Como se ha puesto de manifiesto en otro apartado del estudio, paralelo en el tiempo, a nivel Internacional, se aprueba el Convenio 189 de la OIT, sobre trabajadores domésticos, el cual dirige un mandato a los Estados a fin de que garanticen una protección de Seguridad Social no menos favorables que al resto de trabajadores. En la misma dirección de equiparación y protección introduce la obligación de adoptar de forma progresiva medidas eficaces que garanticen el derecho a la Seguridad y Salud en el trabajo.

La extensión de las contingencias profesionales llevaba aparejada la contribución a la financiación de las prestaciones que pueden derivarse del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, así como la regulación de las responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones formales. Sin embargo, el bajo esfuerzo económico que caracterizaba a esta actividad, y la necesidad de no incrementar en exceso el coste para las familias llevo al legislador a regular la equiparación de forma progresiva en el tiempo, lo que se ha extendido hasta la actualidad con el consiguiente perjuicio

48. Benito Benítez, M. A.: *El impacto de género en el sistema de pensiones*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 77, señala que, si bien el aumento de la cotización lleva a la mejora de derechos, no puede obviarse que la pugna entre derechos es tan grande que pueden mermados los sociales en pro de la sostenibilidad del sistema.

49. BOE de 23 de marzo.

para el disfrute de los derechos de prestaciones, concretamente las derivadas de las contingencias del trabajo. Es evidente que para poder equiparar de forma real los derechos a la relación laboral común, se precisa equiparar la técnica de cálculo de las cuotas con la prevista en el Régimen General, incluyendo el salario íntegro percibido por el trabajador.

Por suerte, el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas en materia social, laboral y de empleo, prevé la convergencia entre las cotizaciones y los salarios para 2021, lo que favorecerá la obtención de prestaciones más dignas a estos trabajadores, con el consiguiente aumento de ingresos al sistema. Claro está que el incremento en las cuotas como consecuencia de la aplicación de la fórmula general de cálculo, unido a la subida del SMI, puede generar un repliegue del sistema hacia el trabajo sumergido. Para evitar este efecto y motivar el aseguramiento, sería conveniente incrementar las políticas de empleo en este sector con bonificaciones a las familias que motive la declaración de estos empleados.

Otra particularidad que sigue incidiendo en la merma de derechos es la diferencia en el cómputo del coeficiente de parcialidad en los contratos a tiempo parcial, y la integración de lagunas de cotización a efectos de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, y jubilación. En el caso del trabajo a tiempo parcial para la acreditación de los periodos de cotización necesarios al efecto de causar derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, muerte y supervivencia, además de la jubilación, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se les aplica el art. 247 LGSS⁵⁰. Ahora bien, desde el año 2012 hasta

50. El artículo 247 de la LGSS, a efectos del cómputo de los periodos de cotización necesarios por los trabajadores a tiempo parcial para causar derecho a las prestaciones establece:

- a) "Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período. Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.
- b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.
- c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación".

el 2020, a efectos de determinar el coeficiente de parcialidad a que se refiere la regla a) del artículo 247, las horas efectivamente trabajadas en el Sistema Especial se determinarán en función de las bases de cotización divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios⁵¹.

La referencia para la protección de las contingencias profesionales al Régimen General implica la remisión a los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional de los arts. 156 y 157 de la LGSS; sin embargo, se echa en falta alguna referencia al accidente *in itinere*, por cuanto en los casos de pluriempleo la prueba puede resultar compleja.

A. Condiciones de seguridad y salud

Como es sabido, el art. 3.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 de noviembre⁵², opta por dejar la relación laboral especial de los empleados del hogar fuera de su ámbito de aplicación, camino que sigue el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, regulador del nuevo régimen jurídico de la relación laboral de estos trabajadores. Dado que ninguna de las dos normas especifica las razones de la exclusión, mucho se ha especulado desde la doctrina sobre ello, y muchos pueden ser los fundamentos, aunque las razones de peso pueden estar: en la orientación de la Directiva comunitaria 89/391⁵³, traspuesta al ordenamiento interno por la LPRL, que excluye del término “trabajador” a los trabajadores al servicio del hogar familiar [art. 3.a)], por tanto, el legislador se ciñe en este punto a los criterios comunitarios y los traslada al derecho interno sin más. Ello fundamentado en las propias características de la actividad y el lugar de prestación del servicio, el hogar familiar, que dificulta el control del cumplimiento de las obligaciones ante la posible vulneración de derechos a la intimidad personal y familiar, y la inviolabilidad del domicilio; a lo que se une la particularidad del empleador, carente de la solvencia atribuible a una empresa; así lo determina la jurisprudencia cuando ha tenido ocasión de pronunciarse⁵⁴.

Sin embargo, este argumento no parece del todo razonable puesto que existen otras relaciones laborales como el trabajo a distancia o teletrabajo, a los que se les

51. DT 16ª.2 LGSS, en su nueva redacción dada por el RD-ley 28/2018.

52. BOE de 10 de noviembre.

53. Relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

54. STSJ del País Vasco de 28 de mayo de 2018 (rec. 681/2019), determina que no existe responsabilidad del empleador en un supuesto de daños sufridos por incendio en el domicilio, al no existir deuda de Seguridad y salud. La STSJ de las Islas Baleares, núm. 588/2005, de 3 de noviembre (rec. 371/2005), declara que no puede “exigirse al cabeza de familia, que emplea en su propio hogar y sin ánimo de lucro, el conjunto de obligaciones establecidas en la mencionada norma (PRL) para los empleadores en general, ni exigirse la deuda de seguridad con la amplitud que establece dicha normativa. Así, aunque el art. 13 del RD 1424/85 obliga al cabeza de familia a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, esta obligación no tiene el alcance previsto en los arts. 14 y 15 LPRL, en los que ordena al empleador la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud, debiendo preverse incluso las distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador”.

aplica la normativa preventiva⁵⁵, y así lo regula el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (arts. 15 y 16). Tampoco parece que se justifique en el contenido de la actividad puesto que cuando las mismas tareas son realizadas bajo la cobertura de una relación laboral común por haber sido contratados a través de instituciones públicas, entidades privadas, o una ETT, también están incluidos en la LPRL [art. 2.1. b) y c) RD 1620/2011]. Igual ocurre con los cuidadores profesionales de ayuda domiciliaria, cuyas tareas de cuidado van unidas a las domésticas. Por otro lado, la dificultad de control también existe en relación con el cumplimiento de las obligaciones laborales, sin que por ello se hayan dejado de regular las actuaciones para su control (art. 12 del RD 1620/2011).

Por tanto, dadas las especialidades de la relación laboral, lo más razonable hubiese sido que el legislador optase por la aplicación de la normativa preventiva salvo en aquellas cuestiones que puedan entrar en colisión por las peculiaridades de la relación, invocando la necesidad de un desarrollo reglamentario de adaptación a las particularidades, tal y como se hace con otros colectivos: personal civil de centros y establecimientos militares incluidos con especialidades, funciones públicas de policía, seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública⁵⁶; o, las especialidades reguladas por la reciente norma sobre trabajo a distancia, RD-ley 28/2020.

A pesar de la exclusión directa por la LPRL⁵⁷, no significa que no les sean de aplicación otras normas generales. No hay duda de que es aplicable el art. 40.2 de la CE que encomienda a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo, lo que implica la obligación de la Administración de diseñar programas orientados a la protección y salud de estos trabajadores. El art. 4.2 d) del ET, del que se desprende el derecho a la integridad física, así como a una adecuada política de seguridad e higiene. El propio RD 1620/2011 indica que el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo que debe adoptar medidas eficaces, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, cuyo incumplimiento será causa justa de dimisión del empleado (art. 7.2). Con todo, sigue siendo una previsión de deber genérico del empleador, carente de contenido mínimo que oriente su cumplimiento, máxime si tenemos en cuenta las características del empleador, por lo general desconocedor de las normas laborales. A ello se une la ausencia de un listado de infracciones y sanciones, así como la inexistencia de medidas de control de aplicación de medidas; lo que convierte a la prescripción legal en mera declaración de intenciones de carácter programático sin contenido material práctico⁵⁸.

55. El precepto regula en el punto cuarto que los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la LPRL y su normativa de desarrollo.

56. En este sentido, entre otros, Sempere Navarro, A. V.; García Blasco, J.; González Labrada, M. y Cardenal Carro, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 68.

57. Considerada por la jurisprudencia como absoluta, STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de junio de 2007 (rec. 4056/2006) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2013 (rec. 2423/2012), entre otras.

58. En el mismo sentido, García González, G.: "Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España", *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, p. 97.

La falta de especificación legal de las obligaciones ha determinado, por un lado, escasa litigiosidad en caso de accidentes de trabajo por falta de medidas de seguridad, y por otro, la sistemática desestimación de las reclamaciones cuando se han planteado⁵⁹. Ello tiene consecuencias importantes, no solo en el plano de la prevención sino también a nivel de resarcimiento de los daños sufridos. Al no concretar la norma las obligaciones preventivas, resulta prácticamente inviable la imputación de responsabilidad civil al empleador derivada de las deficientes condiciones de seguridad y salud laboral. Así, no existe responsabilidad del empleador, al no concurrir incumplimiento preventivo en el accidente de trabajo sufrido por la empleada del hogar a consecuencia de no contar con los equipos de protección individual necesarios para realizar una tarea concreta⁶⁰. Tampoco puede imponerse al titular del hogar familiar una vigilancia constante de la ejecución de los trabajos en el ámbito doméstico a fin de prevenir todas y cada una de las posibles negligencias en que pueda incurrir el trabajador, a diferencia de lo que se exige en el ámbito de la LPRL⁶¹.

Derivado de ello, la práctica totalidad de los casos que han sido conocidos por jueces y tribunales se han resuelto eximiendo de responsabilidad al empleador titular del hogar familiar en base a la concurrencia de negligencia o imprudencia de la empleada de hogar o por la existencia de caso fortuito⁶². Lo que aboca a estos trabajadores a una desprotección total frente a los riesgos laborales. A todo ello tenemos que añadir la disminución de la cuantía de las prestaciones derivadas de la materialización de las contingencias, dado que muchas de ellas no serán consideradas accidente de trabajo o enfermedad profesional. Paradójicamente, la reglamentación en materia de Seguridad

59. Las STSJ de Andalucía de 15 de febrero de 2018 (rec. 782/2017) y STSJ de la Comunidad Valenciana 13 de marzo de 2013 (rec. 2423/2012) señalan el difuso deber de seguridad que no se materializa en obligaciones concretas, y que es radicalmente distinto al establecido con carácter general por el texto de la LPRL.

60. STSJ del País Vasco de 4 de noviembre de 2003 (rec. 1857/2003), que desestima la demanda de responsabilidad civil interpuesta contra el cabeza de familia al considerar que “el empleador no incurrió en ningún ilícito laboral puesto que no se acredita la existencia de norma alguna que le obligara a facilitar a la demandante algún tipo de calzado especial o a construir en el jardín de su casa un camino o sendero de piedra para facilitar el paso a la trabajadora. La misma tesis de fondo se observa en la ya citada STSJ de las Islas Baleares, núm. 588/2005, de 3 de noviembre, en la que igualmente se desestima una demanda de responsabilidad civil por daños, a pesar de que la trabajadora cayó de una altura de siete metros cuando limpiaba una ventana sin que se hubiesen adoptado medidas de seguridad.

61. STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2013 (rec. 2423/2012) y STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 27 de noviembre de 2015 (rec. 976/2015), sobre trabajadora que sufre daños graves al explotarle un líquido cuando desatascaba el baño.

62. STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2019 (rec. 4490/2019), se considera caso fortuito el fallecimiento de la empleada al precipitarse por un balcón cuando limpiaba un tendedero. STSJ Castilla y León de 9 de enero de 2017 (rec. 2229/2016); STSJ de las Islas Baleares de 3 de noviembre de 2005 (rec. 371/2005) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2013 (rec. 2423/2012) se pronuncian en el mismo sentido considerando los accidentes como casos fortuitos. En sentido contrario, se encuentra la aislada SAP de Asturias de 27 de enero de 2005 (rec. 505/2004), que determina la responsabilidad civil del empleador frente al accidente de trabajo sufrido por una empleada del hogar que cayó limpiando una persiana. Debe considerarse que, en este caso, el empleador había dado una orden expresa para que realizara la tarea, estando presente durante su ejecución, así como en el momento de ocurrir el accidente. Señala la resolución que: “La demandada, que además se hallaba presente en la cocina, no consta que ordenase a su empleada la adopción de alguna medida de precaución, ni la adoptó personalmente a pesar de que en aquella posición era previsible la posible caída de la limpiadora; sin que pueda acogerse el argumento de que ello correspondía a la empleada, pues obviamente la asistente doméstica (...) es una trabajadora por cuenta ajena, que ha de seguir las instrucciones o indicaciones de la dueña de la casa; sin que sea apreciable en la actuación de aquella omisión o descuido que le sea imputable”.

Social extiende las contingencias profesionales a estos trabajadores, pero no se atiende la prevención de los riesgos que pueden determinar la aparición de tales contingencias. En definitiva, la protección de la salud laboral de este colectivo pone más énfasis en el enfoque reparador que en el preventivo, lo cual resulta incongruente por el coste social que implica, no solo la desprotección de los trabajadores sino el desembolso en prestaciones que podría evitarse con la observancia de normas de salud laboral.

Por tanto, no podemos seguir obviando la necesidad de prestar atención a la seguridad y salud de este colectivo, pues además de ser una necesidad de equiparación de derechos con el resto de trabajadores, dadas las variadas tareas que desempeñan están expuestos a múltiples riesgos como los derivados del contacto con sustancias químicas utilizadas para la limpieza, en muchas ocasiones tóxicas, riesgos biológicos por la manipulación de alimentos, los derivados de movimientos repetitivos y manejo manual de cargas en el cuidado de enfermos y ancianos, contagio de enfermedades portadoras por los miembros del hogar familiar, estrés relacionado con los horarios y las pautas de trabajo, acoso moral, sexual y violencia⁶³, o riesgos de accidentes derivados del manejo de aparatos y herramientas eléctricas, entre otros. La exposición a estos riesgos supone que pueden ser víctima de daños a la salud; esto es, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de muy diversa índole. A lo que hay que añadir el perfil de las trabajadoras, por regla general con una escasa formación y frecuentemente inmigrantes, lo puede dar lugar a situaciones de discriminación múltiple que deberían ser prevenidas⁶⁴.

En este sentido, la OIT señala que para garantizar la seguridad y salud de estos trabajadores y prevenirlos de accidentes, enfermedades y muertes, se deben eliminar o reducir al mínimo, en la medida en que sea razonablemente factible, los peligros y riesgos relacionados con el trabajo. Para ello, se introduce la obligación de adoptar de forma progresiva medidas eficaces que garanticen el derecho a la Seguridad y Salud en el trabajo, y crear entornos de trabajos seguros y saludables [art. 13 del Convenio 189 y apto. 19.a) Rec. 201]. En la misma línea señala la necesidad de establecer un sistema de inspección suficiente y apropiada, y sanciones adecuadas en caso de infracción de la legislación laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, especificando las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, con el debido respeto a la privacidad [art. 17 del Convenio 189 y apto. 19.b) Rec. 201]. Como se observa la prevención de riesgos constituye sin duda uno de los puntos angulares que separan la equiparación de derechos de los empleados del hogar con la relación laboral común, y que dificulta la ratificación del Convenio⁶⁵.

63. STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 16 de julio de 2019 (rec. 91/2019), deniega la responsabilidad por daños derivados de agresión a la trabajadora por el empleador.

64. Ver al respecto Martínez Yáñez, N. M.: "Algunas consideraciones sobre la Igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo", *Lan Harremanak*, núm. 25, 2011, p. 181.

65. Puede verse sobre la materia, Romeral Hernández, J.: "El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar", *Aranzadi Social*, núm. 7, noviembre 2013.

B. Contingencias profesionales

La extensión de la protección de los riesgos profesionales supuso que estos trabajadores tendrían derecho a las mismas prestaciones que los trabajadores por cuenta ajena. Dentro del catálogo de la acción protectora se recoge: la incapacidad temporal (arts. 169 a 176 LGSS) y permanente derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional (arts. 169 a 176 LGSS); indemnización por lesiones permanentes no invalidantes (arts. 201 a 203 LGSS), prestaciones por muerte y supervivencia (art. 216 a 234); prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia (art. 186 a 189 LGSS); indemnización especial a tanto alzado que se reconoce en el contexto de las prestaciones por muerte y supervivencia (art. 227 LGSS), y prestación por cuidado de menores afectados de cáncer o enfermedad grave (arts. 190-192 LGSS). La base reguladora para el cálculo de las prestaciones será la base de cotización del mes anterior a la contingencia dividida entre 30, no es necesario acreditar periodo de cotización al derivar de accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 165 LGSS). El importe de la prestación variará dependiendo del régimen jurídico de la contingencia a percibir, contenido en la LGSS. En el caso del subsidio por incapacidad temporal, a diferencia de la normativa contenida en el REEH ahora el derecho nace desde el día siguiente al de la baja médica.

Ahora bien, como se ha señalado anteriormente, va a resultar complicado demostrar que muchos de los padecimientos y lesiones son derivados del trabajo dado que no tienen derecho a la prevención de riesgos laborales, imprescindible para evaluar los riesgos a que están expuestas, que serán los generadores de los accidentes y enfermedades profesionales. En consecuencia, muchas contingencias generadoras de prestaciones pueden concederse por cuantías más exiguas al considerarse padecimientos comunes, lo que a su vez repercutirá en pensiones, igualmente, más deficitarias, que hará necesario la complementación a mínimos. En el caso de por riesgo durante el embarazo y la lactancia, al no tener derecho a la prevención de riesgos laborales, no es posible aplicar el procedimiento del art. 26 de la LPRL, ni evaluar la circunstancia generadora del riesgo, luego, en caso de darse la incompatibilidad deberá pasar directamente a suspensión del contrato de trabajo.

Merece la pena señalar que las prestaciones por contingencias profesionales experimentarán una mejora cuando se haga realidad la coincidencia de las bases de cotización con el salario real percibido por el trabajador doméstico, a lo que se sumarán las horas extraordinarias, si las hubiera, en el caso de trabajador a jornada completa, o las complementarias si fuera a tiempo parcial. Recordemos que actualmente la base de cotización se fija en función de una escala, por lo que la suma de las horas extraordinarias, en el caso de comunicarse su realización, tiene una repercusión indirecta en el cálculo de la base reguladora de la prestación en función de si su cómputo implica o no un cambio en el tramo de cotización.

El empleador deberá formalizar la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o mutua de su elección⁶⁶. En el caso de que el titular del hogar

66. Art. 8 RD 1596/2011.

realice una actividad en la misma provincia por la que se le haya asignado un Código de cuenta de cotización. Las cotizaciones del empleado de hogar serán obligatoriamente cubiertas por esta Mutua de AT y EP⁶⁷. En el caso de ser el trabajador quien realice los actos de encuadramiento también deberán formalizar la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de su elección, salvo que sus empleadores ya tuvieran aseguradas dichas contingencias respecto a otros empleados incluidos en este sistema especial, en cuyo caso la citada cobertura corresponde a la entidad gestora o colaboradora elegida por el titular del hogar familiar. Como se deduce de las posibilidades, en situaciones de pluriempleo pueden estar implicadas varias entidades, lo que añade complejidad burocrática a los procesos.

En cuanto a las responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones, el art. 251 de la LGSS recoge que “con respecto a las contingencias profesionales del Sistema especial de empleados del hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el art. 167”. Ello supone aligerar de responsabilidad a los sujetos incumplidores de la obligación de encuadramiento en el Sistema en orden a las prestaciones derivadas del incumplimiento de dicha obligación. Suponemos que el legislador opta por esta decisión para aliviar la presión a los titulares del hogar familiar sobre el argumento de que establecer el mismo régimen de responsabilidades para una empresa que para un titular del hogar puede ser desproporcionado; considera así que las sanciones administrativas son suficientemente disuasorias, pero se olvida en este punto del perjuicio que ello genera a las arcas del Estado, dado que la entidad gestora no podrá ejercer el derecho de repetición del coste para el sistema⁶⁸. Y, aunque, puede parecer que la medida solo perjudica al Sistema de Seguridad Social puesto que el trabajador tendrá derecho a las especialidades vinculadas a las contingencias profesionales, como el alta presunta de pleno derecho, o el principio de automaticidad de las prestaciones⁶⁹, se trata de una norma que disminuye sus derechos y motiva el incumplimiento de las obligaciones al Sistema Especial.

Derivado de esta exoneración de responsabilidades del empleador el trabajador no podrá exigir el Recargo de Prestaciones derivado del incumplimiento de medidas de seguridad. Así lo regula expresamente el art. 3 del RD 1596/2011: “no será de aplicación a los empleados del hogar el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el artículo 123 de la Ley General de Seguridad Social”. Entendemos que el legislador introduce esta exoneración derivado de la inaplicación de la Ley de Prevención de Riesgos en este ámbito, y de la dificultad que entraña la verificación de las circunstancias en que se haya producido el accidente derivado de la inviolabilidad

67. Así determinado por la TGSS, en su informe sobre el balance de la integración de los trabajadores del Sistema especial para empleados de hogar en el Régimen General (septiembre de 2012), p. 47.

68. STSJ Andalucía de 13 de diciembre 2017 (rec. 1373/2027), desestima la responsabilidad del empleador por las prestaciones derivadas de un accidente que termina en ictus de la trabajadora en el domicilio de prestación de servicios, sin afiliación y cotización.

69. Ver, Selma Penalva, A.: “Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los empleados de hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2012, pp. 156 y ss.

del domicilio familiar. Pero no podemos obviar que, aunque los trabajadores domésticos no gozan de la protección de la LPRL, el empleador debe velar por las buenas condiciones de seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, adoptando para ello medidas eficaces teniendo en cuenta las características del trabajo doméstico (art. 7.2 RD 1620/2011). Al respecto, el art. 164 de la LGSS, regulador del recargo de prestaciones, no hace remisión a la LPRL sino a la inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad y salud, o la adecuación personal al trabajo, y con ello se genere un daño al trabajador. Luego, salvando la limitación en cuanto a la particularidad del hogar familiar, el precepto puede ser operativo en este ámbito laboral.

C. Desempleo

La protección por desempleo para los trabajadores del hogar es una reivindicación histórica prácticamente generaliza por la doctrina laboralista, como una necesidad de justicia social y necesaria, tanto en el proceso de equiparación de derechos como en el camino a la igualdad por razón de género. La ausencia de protección por desempleo pudo tener su justificación en el momento en que se reguló por primera vez el Régimen especial de empleados del hogar a través del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, en que el trabajo doméstico estaba excluido del Derecho del Trabajo dando lugar a un aseguramiento más próximo al trabajo autónomo que al trabajo por cuenta ajena. Pero hoy día no se sostiene la exclusión, recordemos que el art. 41 de nuestra Constitución, establece un mandato a los poderes públicos para el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”.

Hasta el momento, los empleados del hogar son los únicos que como trabajadores incluidos en el sistema de Seguridad Social quedan fuera de la protección por desempleo en España [art. 251 d) LGSS]. La Ley 27/ 2011, de 1 de agosto, introdujo en su Disposición Adicional Trigésima novena la incorporación de los empleados de hogar en el régimen general de la seguridad social. Esta incorporación se produce mediante la transformación del Régimen especial a un Sistema especial integrado en el Régimen General. Esta norma fija como principio general, que los trabajadores incluidos en el nuevo sistema especial gozaran de los mismos derechos y prestaciones que los trabajadores incluidos en el régimen general, pero la configuración normativa presenta la restricción de la protección por desempleo, lo que los separa sustancialmente del Régimen General. Contrasta esta exclusión con la línea mantenida por nuestro ordenamiento jurídico de progresiva cobertura de la protección por desempleo a colectivos de trabajadores por cuenta ajena que han estado, o aún están, incluidos en regímenes especiales, como los trabajadores agrarios, del mar, ferroviarios, jugadores profesionales del fútbol, representantes de comercio, minería de carbón, toreros y artistas⁷⁰.

70. Quesada Segura, R.: “El régimen especial de seguridad social de empleados de hogar”, en Camps Ruiz, L.M.; Ramírez Martínez, J. M. y Sala Franco, T. (coords.): *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 858.

Consciente la norma de la restricción dejó abierta una vía para que en el futuro la protección por desempleo se pudiera incluir en el ámbito del SEEH, remitiendo la cuestión a la futura regulación de las condiciones de trabajo. En cumplimiento de la remisión, el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, vuelve a aplazar la protección por desempleo de los empleados del hogar. Al efecto, su Disposición adicional 2ª prevé que en el mes siguiente a la entrada en vigor de la norma, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social proceda a constituir un grupo de expertos, para que realice un informe con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 sobre la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera. La manifestación de los propósitos del legislador se ha dilatado en el tiempo hasta nuestros días, en que ningún trabajador podrá percibir esta prestación si finaliza su relación contractual con su empleador.

Las razones que se esgrimen para privar de desempleo a estos trabajadores están relacionadas, una vez más, con las peculiaridades del trabajo doméstico: La dificultad de contabilizar las horas realmente trabajadas, a efectos de cotización vinculada al tiempo de trabajo y al salario; la posibilidad de que el trabajo sea de intensidad variable durante la jornada semanal o mensual⁷¹; la frecuente situación de pluriempleo como consecuencia del carácter parcial del trabajo doméstico, lo que provoca, de forma asidua, la pérdida de alguno de los empleos a tiempo parcial pero manteniéndose vigentes otras relaciones de trabajo; y, sobre todo, la dificultad de controlar el fraude derivados del lugar de prestación del trabajo y la facultad de desistimiento como causa de extinción del contrato, además de los elevados costes que implica extender esta prestación⁷².

Sin embargo, las circunstancias aducidas no son suficientes para justificar la falta de protección ante la situación de desempleo y la diferencia de trato en relación a otros trabajadores por cuenta ajena frente a situaciones de necesidad. Este año con motivo de la pandemia derivada de la Covid-19, a los trabajadores domésticos se les ha reconocido un nuevo subsidio temporal para paliar los efectos durante la situación del estado de alarma. Luego, cuando las circunstancias apremian se busca la forma para proteger frente a situaciones de emergencia; Igualmente, debe buscarse la fórmula, teniendo en cuenta las peculiaridades de la relación laboral, para ofrecer cobertura frente a situación legal de desempleo, en equidad con el resto de trabajadores por cuenta ajena⁷³. El art. 14 del Convenio 189 OIT, hace inaplazable la necesidad de equiparar los trabajadores domésticos al resto de trabajadores en materia de protección social.

71. Dificultades que se pusieron de manifiesto en las discusiones sobre el Convenio 189. Tomei, M. y Belser, P.: "Nuevas normas de la OIT sobre trabajo decente para los trabajadores domésticos", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 130, núm. 3-4, 2011, p. 474.

72. Muñoz Molina, J.: "Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados del hogar", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2013, p. 77.

73. Puede verse una propuesta de modificación legislativa para la extensión de la protección en García Testal, E.: "La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España", *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, pp. 105 y ss.

La exclusión de los trabajadores domésticos de la protección por desempleo afecta a cuestiones esenciales que perpetúan la discriminación de un colectivo esencial para el avance de las sociedades modernas y la igualdad de género. La inexistencia de prestaciones económicas sustitutivas del salario, genera lagunas de cotización que inciden en la brecha salarial de la mujer, con jubilaciones escasas que las hace merecedoras de los complementos a mínimos; por otro lado, la ausencia de esta protección genera la falta de participación en las medidas de intervención estatal destinadas a personas en situación de desempleo, y la no incorporación a programas de recolocación, formación, o reinserción (a que se refiere el art. 265.2 LGSS y el art. 36 de la Ley de Empleo), lo que perpetúa la pobreza de un colectivo carente de recursos puesto que en su mayoría está compuesto por trabajadoras migrantes con baja formación. De manera que, siendo la pérdida salarial la más inmediata e importante, no pueden desdeñarse los efectos colaterales que la ausencia de protección por desempleo provoca y que es necesario remediar. Tampoco tenemos que obviar que la falta de protección por esta contingencia puede contribuir al trabajo invisible; de manera que la equiparación de derechos puede ser un acicate que motive el alta de los trabajadores en el sistema, algo que a la larga puede revertir en menor coste social.

D. Subsidio extraordinario para hacer frente al COVID-19

La pandemia que sufrimos en la actualidad y el estado de alarma decretado por el Gobierno para frenar la enfermedad, han creado una situación de inactividad sin precedentes en nuestra historia moderna, lo que ha hecho necesario medidas de protección para intentar minorar los efectos por la carencia de actividad productiva. Dado que el colectivo de empleados del hogar no tiene protección por desempleo se aprueban medidas para intentar paliar la desprotección en estos momentos de crisis sanitaria.

El Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo⁷⁴, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a los efectos del COVID-19, regula en su art. 30 el derecho al subsidio de desempleo excepcional por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la seguridad Social. Se pueden beneficiar de este subsidio las empleadas del hogar que, estando en situación de alta antes la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se encontraran en alguna de las siguientes situaciones:

- Que hayan dejado de prestar servicios, de manera total o parcial, y con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad, en uno o varios domicilios con motivo de la crisis sanitaria de la COVID-19.

74. De entrada en vigor el 2 de abril de 2020.

- Que se haya extinguido su contrato de trabajo por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora y que esta extinción se deba a la crisis sanitaria de la COVID-19.

En ambos supuestos, los hechos causantes deberán haberse producido con posterioridad al día 14 de marzo, fecha de entrada en vigor del RD 463/2020 en el que se declaró el estado de alarma. Para la solicitud de la prestación se requiere la acreditación de la situación mediante una declaración responsable firmada por la persona empleadora, en caso de pluriempleo por las personas empleadoras, en la que se haga constar el cese total o la disminución parcial de los servicios, junto con la fecha en la que se inicia y, en su caso, finaliza la situación. Esta declaración debe incluir los datos relativos a la jornada, horas de trabajo según contrato, salario, y a quién corresponde el ingreso de la cotización: todo ello relevante a efectos del importe del subsidio a percibir.

La cuantía del subsidio se determina aplicando el 70% a la base reguladora correspondiente a la actividad que hubiera dejado de realizar. La base diaria correspondiente a cada trabajador afectado se calcula en función de su base de cotización correspondiente al mes anterior al hecho causante dividida entre treinta. La cuantía no puede superar el importe del Salario Mínimo Interprofesional de 950 € en 2020, una vez excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

El subsidio se diseña compatible con las actividades por cuenta propia o por cuenta ajena que se desarrollen en el momento de su devengo, incluyendo las que determinan el alta en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, siempre que la suma de los ingresos derivados del subsidio y el resto de las actividades no fueran superior al Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. La persona beneficiaria debe comunicar cualquier variación que se produzca en su situación laboral o en sus retribuciones durante todo el periodo de percepción en el plazo máximo de tres días naturales. La falta de comunicación o la falsedad en los datos supone la extinción del subsidio con devolución de las cantidades indebidamente cobradas, además de la sanción que eventualmente corresponda.

La duración de la prestación extraordinaria se instaura con una vigencia de hasta un mes después de que finalice el estado de alarma decretado por el Gobierno, o hasta la fecha en que la trabajadora se reincorporó a su trabajo con la jornada habitual, siempre y cuando se mantengan los requisitos exigidos para ser beneficiario durante todo el periodo. Como era de esperar, durante su percepción no efectuará cotización a la Seguridad Social, lo que demuestra el carácter asistencial del subsidio⁷⁵. Evidentemente en los casos de reducción de jornada se cotiza en proporción a la reducción⁷⁶.

75. Aclaración hecha por la Disposición 13ª de la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal.

76. Puede verse un análisis más detallado de esta prestación en Álvarez Cortés, J. C.: "El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección asistenciada e imperfecta. A propósito del Real Decreto-ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 233, 2020.

Como se observa, la prestación se diseña con cierta austeridad dada la limitación de ingreso que debe percibir el trabajador para ser beneficiario del subsidio, propio de una ayuda asistencial. Pero puede servir como práctica para el diseño de una protección por desempleo estable y ordinaria para este colectivo históricamente segregado; lo que puede permitir aflorar buena parte del trabajo sumergido del sector.

VII. CONCLUSIONES

El trabajo doméstico es una de las fuentes de empleo más importantes por su contribución al crecimiento de la riqueza y bienestar social; sin embargo, sigue siendo uno de los empleos peor pagados y desprotegidos en nuestro ordenamiento jurídico. Ello se debe, entre otras, a la desvalorización social de las tareas que lo integran, consideradas tradicionalmente como de cometido de la mujer, carente de valía económica y en muchas ocasiones desarrollado por inmigrantes, lo que le añade un matiz más para la segregación.

La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, junto con la extensión de las contingencias profesionales, sin duda ha supuesto un avance importante en el reconocimiento de derechos; sin embargo, sigue habiendo lagunas de protección necesarias de abordar para mejorar las condiciones de trabajo del colectivo y avanzar en la igualdad social.

Una de las diferencias esenciales con el Régimen General es el sistema de cotización por tramos, lo que genera un desajuste entre la cotización y el salario real percibido –sistema que esperamos sea ajustado en el año entrante para el bien de los cotizantes y el sistema de protección–; a ello se suma la diferencia en el cómputo del coeficiente de parcialidad en los contratos a tiempo parcial, y la falta de integración de lagunas a efectos del cálculo de la base reguladora de pensiones. Todas ellas circunstancias que poco a poco van generando una brecha en la carrera de cotización que se ve reflejada en las prestaciones a las que tendrán derecho y, sobre todo, en las pensiones, lo que perpetúa el empobrecimiento del colectivo con prestaciones mínimas, y la necesidad de que el sistema intervenga con complementos a mínimos.

Otra laguna relevante que demanda una urgente solución es la extensión de la protección frente a los riesgos laborales, para lo que es necesario salvar la dificultad de control por parte de la Inspección de las condiciones de vida y trabajo en que desarrollan las actividades estas trabajadoras. El sistema debe articularse combinando los derechos de ambas partes de forma que se haga compatible: derecho a la salud y respeto a la intimidad del domicilio, tal y como promueve Convenio 189 de la OIT.

La carencia de un marco regulador del derecho a la prevención de riesgos laborales no solo genera desprotección frente a los riesgos del trabajo, sino imposibilidad de un justo resarcimiento de los daños al no poder determinar los incumplimientos y carencias de medidas de seguridad, además de la repercusión sobre la cuantía de las prestaciones derivadas de la materialización de estas contingencias, dado que será complicado determinar la relación causal entre el daño y el origen profesional

de la dolencia o accidente. En este sentido resulta paradójico que la reglamentación en materia de Seguridad Social extiende las contingencias profesionales a estos trabajadores, pero no se atiende la prevención de los riesgos que pueden determinar la aparición de tales contingencias, con el consiguiente coste social que ello supone. La adopción de medidas preventivas a la vez que evita la materialización de riesgos, impide el nacimiento de prestaciones, lo que revierte en menos costes sociales.

En lo que afecta a la protección, para avanzar en la equiparación con el resto de trabajadores por cuenta ajena, es necesario buscar la fórmula de protección frente a la situación de desempleo teniendo en cuenta las características de la relación laboral. Como práctica para la regulación puede servir el subsidio extraordinario aprobado en estado de alarma con el fin de paliar la grave situación creada por la pandemia del Covid-19.

En este camino es importante señalar la importancia de la negociación colectiva como herramienta esencial para la mejora de las condiciones de trabajo. A través de la negociación colectiva se pueden paliar muchas carencias legislativas, completar donde no llega la norma o aclarar puntos oscuros. El diálogo social puede ser un medio idóneo para proponer medidas de profesionalización del sector, diseñar medidas de control de las empresas de contratación y promover acciones que permitan aflojar el trabajo sumergido.

Para conseguir aumentar la contratación es necesario implementar medidas de fomento del empleo que hagan sugerente dar de alta a estos trabajadores, tales como deducciones fiscales de los servicios domésticos, bonificaciones en la contratación a colectivos demandantes de estos servicios como personas mayores y discapacitados, y diseño de estructuras que faciliten a los empleadores el cumplimiento de sus deberes de aseguramiento, entre otras.

La ratificación del Convenio 189 de la OIT permitirá avanzar en las deficiencias señaladas, ya que todas se encuentran recogidas como medidas necesarias a implementar por los Estados para dignificar la actividad. Igualmente, necesaria es la actuación coordinada desde la Unión Europea con normas que permitan profesionalizar y dar visibilidad a una actividad tan necesaria como es el trabajo del hogar, y que tan denostada y olvidada se encuentra por la sociedad en su conjunto.

Bibliografía

- Álvarez Cortés, J. C.: "El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección asistenciada e imperfecta. A propósito del Real Decreto-ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 233, 2020.
- Benito Benítez, M. A.: *El impacto de género en el sistema de pensiones*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- Cabeza Pereiro, J.: "El trabajo doméstico en la normativa de la OIT", *Trabajo y Derecho*, núm. extra 9, 2019.
- Fernández Orrico, F. J.: "Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial de Empleados del Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 2012", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011.

- García González, G.: "Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España", *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017.
- García Testal, E.: "La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España", *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017.
- Lousada Arochena, J. F.: "Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT", *Lan Harremanak*, núm. 39, 2018.
- Martínez Yáñez, N. M.: "Algunas consideraciones sobre la Igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo", *Lan Harremanak*, núm. 25, 2011.
- Muñoz Molina, J.: "Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados del hogar", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2013.
- Quesada Segura, R.: "El régimen especial de seguridad social de empleados de hogar", en Camps Ruiz, L.M.; Ramírez Martínez, J. M. y Sala Franco, T. (coords.): *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Quesada Segura, R.: "La dignificación del Trabajo doméstico. El Convenio nº 189, OIT 2011", *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 27, 2011.
- Rodríguez Cardo, I. A.: "El Sistema Especial de empleados de hogar: una revolución inconclusa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013.
- Rodríguez Crespo, M. J.: "La contratación irregular de los empleados del servicio del hogar familiar", *Revista Jurídica de los derechos sociales, Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019.
- Romeral Hernández, J.: "El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar", *Aranzadi Social*, núm. 7, noviembre 2013.
- Selma Penalva, A.: "Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los empleados de hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2012.
- Sempere Navarro, A. V.; García Blasco, J.; González Labrada, M. y Cardenal Carro, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- Tomei, M. y Belser, P.: "Nuevas normas de la OIT sobre trabajo decente para los trabajadores domésticos", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 130, núm. 3-4, 2011.



Recientes interpretaciones jurisprudenciales del Reglamento 883/2004 sobre coordinación europea de los sistemas nacionales de Seguridad Social*

RECENT JURISPRUDENTIAL INTERPRETATIONS OF REGULATION 883/2004 ON EUROPEAN COORDINATION OF NATIONAL SOCIAL SECURITY SYSTEMS

María Salas Porras

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

mariasalas@uma.es 0000-0002-1146-6880

Recibido: 10.11.2020 | Aceptado: 13.12.2020

RESUMEN

El estudio de la jurisprudencia comunitaria se revela esencial para conocer la dinámica jurídica subyacente a la aplicación de la normativa europea. Ello no sólo por la función complementaria que desempeñan tales pronunciamientos, sino especialmente, porque la realidad jurídico-política que es Europa hace del Tribunal de Justicia uno de los pilares clave para continuar en el avance de su construcción.

Partiendo de esta idea, nuestro ensayo abunda en la revisión de los pronunciamientos más recientes realizados por el TJUE en materia de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social a partir del Reglamento 883/2004, lo cual nos permite presentar unos resultados que, sin descuidar la esfera económica, cada vez parecen apuntar más a lo social.

ABSTRACT

The study of the European jurisprudence is essential to understand the legal dynamics underlying the application of European regulations. This is not only due to the complementary role that such pronouncements play, but especially because the legal-political reality that is Europe makes the Court of Justice one of the key pillars for continuing to advance its construction.

Based on this idea, our essay abounds in the review of the most recent pronouncements made by the CJEU on coordination of national Social Security systems based on Regulation 883/2004, which allows us to present results that, without neglecting the economic sphere, increasingly seem to point more to the social.

PALABRAS CLAVE

Reglamento 883/2004
Sistemas nacionales de Seguridad Social
Coordinación
Libertad de circulación, Ciudadanos europeos

KEYWORDS

Regulation n. 883/2004
Social Security systems
Coordination
Free movement
European citizenships

* Trabajo realizado en el marco de la red de investigación de excelencia “La protección social y la coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica: los desafíos del Brexit y el pilar Europeo de Derechos Sociales” (RED2018-102508-T).

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL COMO OBJETIVO SUPEDITADO A LA FINALIDAD DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES
- III. LOS IDENTIFICADOS JURISPRUDENCIALMENTE COMO “PILARES DE LA COORDINACIÓN”
 - A. La unicidad de la legislación aplicable
 - B. La igualdad de trato por razón de la nacionalidad
 - C. La totalización de períodos
- IV. ÁMBITO SUBJETIVO DEL REGLAMENTO 883/04
- V. ÁMBITO MATERIAL DEL REGLAMENTO 883/04
- VI. A VUELTAS CON LOS CONCEPTOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL
- VII. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La promulgación del Reglamento comunitario 883/2004 tuvo como principal detonante la necesaria acomodación de los preceptos de su antecesor, el Reglamento 1408/71, tanto a los cambios habidos en los sistemas nacionales de Seguridad Social, a la exigencia de “más Europa” que, reclamada desde la sociedad civil, refuerce los derechos de los ciudadanos, así como a las orientaciones asentadas por la propia jurisprudencia europea.

Esta última, durante la última década de los años noventa y la primera de este siglo, no sólo ha modulado la aplicación del tenor literal de los preceptos del Reglamento 883 sino que, además, y muy especialmente, ha contribuido a forjar otros que, en mayor o menor medida, complementan la aplicabilidad del primero de los citados. Así pues, habida cuenta de la trascendencia de la labor interpretativa del Tribunal de Justicia, y a efectos de satisfacer una curiosidad coincidente con el objetivo de esta Red de investigadores en la que tengo el honor de participar, se antojaba interesante revisar los derroteros tomados por esa jurisprudencia cuando se cumplen tres quinquenios de la existencia del mecanismo normativo responsable de la pretendida coordinación europea de los sistemas nacionales de Seguridad Social.

En este sentido, el trabajo que de seguida se presenta busca ofrecer una revisión reflexiva de los pronunciamientos que sobre la aplicación del Reglamento citado *ut supra* ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión durante el último trienio –dado que hasta esta fecha pueden encontrarse ensayos elaborados por la más reputada doctrina¹–, estando definida la estructura interna del estudio, precisamente, por la variedad de supuestos hallada.

1. Entre otros y como buque insignia el realizado por Sánchez-Rodas Navarro, C.: “La configuración jurisprudencial de las prestaciones no contributivas coordinadas por el Reglamento 883/2004 como ventajas sociales a efectos del Reglamento 492/2011”, en Vicente Palacio, M. A. (coord.): *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Valencia, 2017, pp. 247-262.

II. LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL COMO OBJETIVO SUPEDITADO A LA FINALIDAD DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

La más autorizada doctrina² subraya, de forma acertada a nuestro criterio, que de conformidad con los Considerandos 4 y 45 del Reglamento 883/04, la coordinación³ de los sistemas nacionales de Seguridad Social a la que apunta la norma, en efecto no es considerado un fin en sí mismo, sino el medio necesario para alcanzar un bien jurídico mayor: el efectivo ejercicio de la libertad de circulación de trabajadores en el territorio europeo. Y, como no podría ser de otro modo, así se secunda a partir de la interpretación jurisprudencial⁴ existente al respecto que, de nuevo, halla reflejo en el asunto C-551/16⁵.

Para este caso concreto, la cuestión prejudicial se plantea por el Tribunal Central de Apelación de los Países Bajos siendo su objeto la interpretación del artículo 64, apartado 1, letra c) del Reglamento que nos ocupa, en relación con la denegación de solicitud de ampliación del período de exportación de la prestación por desempleo a la que tenía derecho el Sr. Klein Schiphorst por un plazo de tiempo superior a los tres meses que inicialmente se prevén en el mentado precepto.

La especialidad de este supuesto radica no tanto en que el desplazamiento del beneficiario de la prestación se realiza hacia un tercer Estado, –como es el caso de la Confederación Suiza el cual, por otra parte, sí que es considerada Parte contratante del Reglamento 883/2004 de conformidad con el Anexo II del Acuerdo CE-Suiza– sino en cómo complementa el TJUE la potestad puesta a cargo de los Estados miembros de ampliar el período de tres meses expresamente contemplado en el artículo 64 del Reglamento.

En concreto, el tenor literal de la disposición enuncia que los servicios o instituciones competentes “podrán prorrogar el período de tres meses hasta un máximo de seis”. La fórmula posibilista que intencionadamente incluye el legislador comunitario es consecuencia del rechazo por parte del Consejo de la Unión Europea de la propuesta inicial presentada por la Comisión que pretendía hacer obligatorio un período de exportación de las prestaciones por desempleo equivalente a seis meses. Por consiguiente, esta razón es la que, unida al dato de que el propio Reglamento no

2. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “(In)suficiente fundamento legal para la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004 presentada por la Comisión Europea el 13.12.2016”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 2, núm. 2, 2017, p. 1.

3. Se han publicado algunos trabajos, los menos, al respecto de la concreta terminología empleada para definir el proceso de acomodación entre los sistemas de seguridad social en virtud del Reglamento 883/2004. Un ejemplo brillante de ello es el de Miranda Boto, J. M.: “El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria”, en VV.AA.: *El Reglamento Comunitario 1408/71: nuevas Cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008, pp. 11-28.

4. Véanse, en este sentido, las SSTJUE de 19 de septiembre de 2013, *Brey*, C-140/12, apartado 43, y de 14 de junio de 2016, *Comisión/Reino Unido*, C-308/14, apartado 67.

5. STJUE de 21 de marzo de 2018, *J. Klein Schiphorst vs. Raad van bestuur*.

enuncie las circunstancias en que una persona desempleada –que se desplaza a otro Estado parte del Reglamento para buscar trabajo– puede tener derecho a la prórroga, se emplea por el órgano intérprete para concluir que son los Estados miembros los únicos legitimados para dotarla de contenido. La posible dilatación de los tiempos se concibe, pues, como “caso excepcional”, pero no como obligación puesta a cargo de los Estados miembros, y estando reconocida su singularidad en estos términos, es lógico pensar que la aplicación sea restrictiva –puesto que lo contrario supondría incrementar las cargas económicas de los Estados deudores–.

Como refuerzo de esta línea interpretativa se utiliza, además, la idea que intitula este apartado, relacionada con la finalidad originaria del Reglamento 883/04 –compartida por el Reglamento 1048/1971 del que aquel es deudor–; es decir, garantizar el ejercicio efectivo de la libre circulación de trabajadores a partir de coordinar los sistemas nacionales de Seguridad Social⁶. A estos efectos, destaca el TJUE, que el Reglamento 883/2004 no instituye un régimen común de Seguridad Social, sino que deja subsistir regímenes nacionales distintos, siendo manifestación de tales disimilitudes –o inexistencia de armonización– los espacios de ordenación interna respetados –cedidos, tal vez– por la propia norma comunitaria, entre los que la prórroga litigiosa es un ejemplo. Tales espacios, sin embargo, no se completan de forma arbitraria o injustificada por los Estados parte, sino que han de observar el Derecho de la Unión; de ahí que en este supuesto el TJUE entre también a valorar si en su decisión el órgano administrativo o judicial nacional ha respetado esa exigencia. Al respecto estima el intérprete comunitario que efectivamente así ha sido puesto que vincula la denegación de la prórroga a la existencia de circunstancias que apunten a que el interesado esté o no inmerso en un proceso que pueda llevarle a obtener un empleo o presenta una declaración de intenciones de un empresario que le ofrece perspectivas reales de contratación. La razonabilidad de la obtención del empleo es, por tanto, la causa justificativa de la aceptación de la ampliación del plazo, la cual se estima proporcionada y respetuosa con el Derecho de la Unión.

III. LOS IDENTIFICADOS JURISPRUDENCIALMENTE COMO “PILARES DE LA COORDINACIÓN”

Bajo esta rúbrica hemos tratado de agrupar todos aquellos supuestos que, de una u otra forma, han puesto en tela de juicio las instituciones esenciales sobre las que se asienta el Reglamento estudiado. En lógica coherencia se presentan como los más numerosos, evidenciando no sólo las dudas surgidas entre los órganos nacionales cuando de aplicar los preceptos se trata, sino especialmente las propias incongruencias e imprevisiones de la norma, habida cuenta de la amplísima casuística que genera la coexistencia de casi una treintena de sistemas internos de Seguridad Social.

6. A este respecto reflexiona Maldonado Molina, J. A.: “Libertad de circulación y protección social”, en VV.AA.: *Treinta Años en la Unión Europea. XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2017, pp. 155-216.

A. La unicidad de la legislación aplicable

En efecto, los artículos 11 a 16 del Reglamento 883/2004 ponen de manifiesto como principio general para la elección del sistema nacional de seguridad social aplicable que se atenderá al axioma conocido como *lex loci laboris*, continuando de esta forma la estela iniciada por el Reglamento 1408/1971; empero cuando se dificulta su manejo, la alternativa elegida por el TJUE pasa por los derroteros indicados en asuntos como el C-33/18⁷.

Para este concreto supuesto, la cuestión prejudicial se planteó por el Tribunal Superior de lo Laboral de Lieja, Bélgica, en un litigio surgido entre el Sr. V., abogado de profesión, y el INASTI (Instituto Nacional de Seguros Sociales de los Trabajadores por cuenta propia) cuando este lo sancionó por ausencia de cotizaciones durante el período en que desempeñó funciones de liquidador para una sociedad luxemburguesa a la vez que trabajaba por cuenta ajena para un bufete belga. La justificación esgrimida por el Sr. V. estaba relacionada con el hecho de considerar que los emolumentos de liquidador que le habían sido abonados por la entidad no permitían ser asimilados a los percibidos por los trabajadores por cuenta propia y, por consiguiente, tampoco podía él estar sujeto al régimen de seguridad social de estos trabajadores.

Ante esta dualidad de actividades productivas, el artículo 13.3 del Reglamento 883/2004 establece que la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro y una actividad por cuenta propia en otro Estado miembro estará sujeta a la legislación del Estado miembro en el que ejerza una actividad por cuenta ajena, de manera que no es necesario emitir una declaración en tal sentido aun cuando la fecha en que se produjeron los hechos coincidiese con la del derecho transitorio del Reglamento 883 respecto de su sucesor, el Reglamento 1408.

B. La igualdad de trato por razón de la nacionalidad

La efectiva materialización de la libertad de circulación como finalidad última del Reglamento estudiado encuentra un claro apoyo en la proclamación contenida en el artículo 4 del mismo cuerpo legal, la cual proscribe la nacionalidad como justificada causa para otorgar por el Estado deudor de la prestación un trato diferente a aquel dispensado a sus propios nacionales, siempre quedando a salvo las excepciones expresamente contenidas en él.

En este sentido del alcance del principio de la no discriminación por razón de la nacionalidad, el asunto C-801/18 presenta una destacable curiosidad cuando quien reclama su cobertura protectora es un trabajador transfronterizo que no es nacional pero tampoco residente en alguno de los Estados contratantes del convenio bilateral que podría serle de aplicación a su concreta situación. La cuestión prejudicial se plantea por el Consejo Superior de la Seguridad Social de Luxemburgo ante el litigio

7. STJUE de 6 de junio de 2019, *V vs. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants*.

habido entre el Sr. EU, –nacional portugués que reside en Francia y trabaja en Luxemburgo– y la Caja para el Futuro de los Niños de Luxemburgo –CAE–, en relación con su negativa a conceder prestaciones familiares a la hija de EU que vive con su madre en Brasil. La negativa está justificada en el dato de que Luxemburgo es parte en un Convenio bilateral con Brasil, con base en el cual sí sería posible el reconocimiento de esta prestación; sin embargo, el tenor literal del Convenio expresamente indica que será de aplicación a quienes sean nacionales o residentes en alguno de los países firmantes. El Sr. EU, en efecto, es trabajador transfronterizo, está afiliado al régimen de seguridad social luxemburgués y está sujeto al impuesto sobre la renta en Luxemburgo. Empero no es nacional y tampoco residente en Luxemburgo o en Brasil, mientras que su hija, residente en Brasil, por sí misma no tiene derecho a invocar el tal convenio bilateral en la medida en que su ámbito subjetivo es aplicable sólo a trabajadores.

El TJUE enmienda la situación evocando que el ejercicio de las libertades de circulación contenidas en el artículo 45 TFUE se asienta en el principio de igualdad de trato, extensible igualmente en el contexto de las relaciones entre el Derecho de la Unión y los convenios bilaterales celebrados entre un Estado miembro y un país tercero –de conformidad con la jurisprudencia existente al efecto⁸–. Por consiguiente, cuando un Estado miembro celebra con un país tercero un convenio internacional bilateral de seguridad social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho país tercero para tener derecho a determinadas prestaciones, el principio fundamental de igualdad de trato –derivado de la lectura conjunta del artículo 45 TFUE y del artículo 4 del Reglamento 883– obliga a dicho Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que aquellas de las que disfrutaran sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación; quedando tal justificación limitada a cuestionar el equilibrio y la reciprocidad del convenio internacional bilateral.

Para el caso concreto del Sr. EU, estima el TJUE que no queda suficientemente justificado este extremo y que, por consiguiente, sí que procede reconocer la obligación de Luxemburgo de tratar en identidad de condiciones a sus nacionales y a los trabajadores transfronterizos que prestan servicios dentro de su territorio, aunque tal equiparación suponga aplicar un convenio bilateral internacional en que es parte.

A la ampliación aplicativa del principio de igualdad de trato que acabamos de presentar debe oponerse la excepción contenida en el asunto C-45/17⁹. La cuestión prejudicial planteada procede del Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo francés, en el contexto de un litigio habido entre el Sr. Frédéric Jahin, residente en China –donde, además, ejerce una actividad profesional y está afiliado a un régimen privado de Seguridad Social– y el Ministerio de Economía y Hacienda, relativo al pago de diversas contribuciones y gravámenes fiscales sobre rendimientos del patrimonio obtenidos en Francia. En concreto la cuestión prejudicial plantea si constituye una

8. En este sentido se menciona tanto el asunto C-235/87 de 27 de septiembre, *Matteucci*, como el asunto C-55/00, *Gottardo*.

9. STJUE de 18 de enero de 2018, *Frédéric Jahin vs. Ministre de l'Économie et des Finances*.

discriminación por razón de nacionalidad una previsión normativa como la francesa conforme a la cual sus nacionales residentes en terceros Estados y afiliados a estos regímenes de Seguridad Social están sujetos a gravámenes sobre los rendimientos de capital, mientras que un nacional de la UE afiliado al régimen de Seguridad Social de otro Estado miembro sí que está exento de tales gravámenes en virtud del principio de unicidad contenido en el artículo 11 del Reglamento 883/2004. La respuesta que en este sentido ofrece el intérprete comunitario pivota sobre la idea de que no se opone a la previsión de unicidad una normativa como la francesa, toda vez que las ventajas del principio deben garantizarse respecto de las personas que gocen de la libertad de circulación de trabajadores, pero no a quienes exceden los límites territoriales del espacio comunitario, desplazándose a terceros países.

C. La totalización de períodos

Dispone el artículo 6 del Reglamento 883/2004 que serán tomados en consideración todos los períodos computables acreditados bajo una pluralidad de legislaciones nacionales para el reconocimiento de la prestación solicitada. Y, para ello, se abonarán por los respectivos Estados a prorrata de los períodos cumplidos bajo las diferentes legislaciones.

En este sentido, el asunto C-29/19¹⁰ plantea una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo de lo Social alemán en el contexto de un litigio habido entre el Sr. ZP, residente y nacional alemán que presta servicios como trabajador fronterizo en una empresa ubicada en Suiza, y la Agencia Federal de Empleo en relación con el importe de las prestaciones por desempleo que esta concedió al interesado con arreglo al Derecho nacional. El citado importe se calculó con base en un salario ficticio obtenido a partir de los escasos meses en que estuvo prestando servicios en territorio alemán y sin tener en cuenta la retribución percibida por el demandante durante los años en que trabajó en Suiza, los cuales ocuparon la mayor parte de su vida profesional.

A este respecto considera el TJUE que de conformidad con el artículo 62.2 del Reglamento, la exigencia consistente en tener en cuenta exclusivamente la retribución correspondiente a la última actividad por cuenta ajena desempeñada conforme a la legislación del referido Estado miembro se aplica también en el supuesto de que esa legislación prevea un período de referencia determinado para establecer la retribución que servirá de base al cálculo de las prestaciones y de que el interesado haya estado sujeto durante la totalidad o una parte de ese período a la legislación de otro Estado miembro. De lo cual ha de derivarse que si bien la legislación de un Estado miembro puede definir un período de referencia para determinar la retribución que sirva de base para el cálculo de las prestaciones, los períodos durante los cuales el interesado estuvo sujeto a la legislación de otro Estado miembro deben ser tenidos en

10. STJUE de 23 de enero de 2020, *ZP vs. Bundesagentur für Arbeit*.

cuenta a efectos de dicho período de referencia. Y, por consiguiente, toda disposición interna que circunscriba tales períodos a los efectivamente trabajados en su territorio se opone radicalmente al espíritu del Reglamento 883/2004 puesto que otorga un trato menos favorable que aquel que haya desempeñado toda su actividad profesional exclusivamente en ese único Estado miembro.

IV. ÁMBITO SUBJETIVO DEL REGLAMENTO 883/04

En términos generales, los sujetos protegidos por el paraguas normativo contenido en el citado Reglamento tienen en común el hecho de estar o haber estado sujetos a la legislación sobre seguridad social de uno o más Estados miembros.

Partiendo, pues, de esta premisa, en los Considerando 7 y 8 del Reglamento 883/2004 expresamente se menciona a los nacionales de los Estados miembros que ejerciten o hayan ejercitado la libertad de circulación de trabajadores o de establecimiento, a los nacionales de terceros Estados con la condición de trabajadores y residentes legales en alguno de los Estados miembros –ex Reglamento 1231/2010– a los apátridas, a los refugiados –siempre que, además de la condición anteriormente mencionada, sean residentes en el territorio de un Estado miembro–, así como a los miembros de las familias o derechohabientes de todos los anteriores colectivos.

Al respecto de este listado, algunas dudas interpretativas se han abordado por la reciente jurisprudencia relacionadas, precisamente, con la consideración de trabajador y especialmente cuando se trata de ciudadanos comunitarios.

En este sentido cabe citar el asunto C-322/17¹¹ desde el que se presenta la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Irlanda surgida a partir del litigio habido entre el Sr. Bogatu, de nacionalidad rumana y residente en Irlanda desde el año 2003 –donde prestó servicios por cuenta ajena durante seis años para, posteriormente, percibir una prestación por desempleo contributiva, un subsidio no contributivo y finalmente una prestación por enfermedad– y el Ministro para la Protección Social irlandés, en lo relativo a la decisión por la que este le denegó el pago de prestaciones familiares para una parte del período al que se refería su solicitud, concretamente durante el coincidente con la percepción del subsidio por desempleo.

Entiende al respecto el TJUE que el empleo en el artículo 67 del Reglamento 883/2004 de la palabra “persona” en sustitución del término “trabajador” que aparecía en el Reglamento precedente, ha obedecido a una consciente voluntad del legislador por ampliar el derecho a las prestaciones familiares que poseen no sólo los trabajadores sino los ciudadanos europeos en general. De manera que el artículo 67 del Reglamento 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que no exige que una persona ejerza una actividad por cuenta ajena en el Estado miembro competente para que pueda percibir prestaciones familiares. De lo que se podría derivar que, a nivel comunitario y a los efectos de este Reglamento, el concepto de trabajador –interpretado *strictu sensu*– ha

11. STJUE de 7 de febrero de 2019, *Eugen Bogatu vs. Minister for Social Protection*.

sido superado por una acepción más amplia que abarca supuestos en que la proximidad con el mercado laboral existe, pero no se está inmerso en él.

En concordancia con esta línea jurisprudencial abierta se halla el asunto C-451/17¹² desde el que se eleva como cuestión prejudicial la planteada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Veliko, Bulgaria, en el contexto de un litigio entre Walltopia y el Director de la Dirección Territorial de la Agencia Nacional de la Hacienda Pública de Veliko, en relación con la denegación de la expedición de un certificado que indicase la legislación aplicable a un empleado de Walltopia que había sido contratado para ser desplazado al Reino Unido, donde prestaría servicios. La denegación se justificaba por el hecho de que el citado trabajador, de conformidad con el derecho búlgaro, no cumplía el requisito relativo a su sujeción a la legislación laboral desde al menos un mes antes del desplazamiento, puesto que, al no haber percibido prestaciones por desempleo durante dicho período, no podía considerarse que el trabajador tuviera la consideración de asegurado.

En este sentido entiende el TJUE que las disposiciones del Reglamento 883/2004 tienen por finalidad no sólo evitar la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales sino también impedir que las personas se vean privadas de protección en materia de Seguridad Social a falta de legislación aplicable. De forma que, cuando una persona está comprendida en el ámbito de aplicación personal del citado cuerpo normativo, ha de incluirse en tal cobertura, correspondiendo al Estado miembro apreciar la concreta situación. Una consideración esta que habrá de hacerse respetando el Derecho de la Unión y la finalidad del Reglamento 883, conforme a la cual, y para este específico supuesto, resultará de aplicación la normativa del país de residencia, independientemente de que estén tales casos incluidos en su normativa interna. Y es que, tal como sucedía en el caso que de seguida se menciona, las disposiciones del Reglamento son derecho imperativo y, por consiguiente, indisponibles para los Estados miembros. En sendos supuestos, curiosamente y aunque no se ofrece una solución concreta, se indica con claridad meridiana por parte del Tribunal que es obligación suya orientar a los Estados miembros en la aplicación de la normativa comunitaria y, con base en esta idea, aporta las orientaciones que considera conformes con el derecho interno.

En efecto un asunto bastante similar resulta el C-631/17¹³ que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada en el contexto de un litigio entre el Sr. SF, nacional letón y residente en Letonia que presta servicios para una entidad neerlandesa a bordo de un buque que enarbola pabellón de Bahamas y que navega por la parte alemana de la plataforma continental del Mar del Norte, y la Inspección de la Administración Tributaria de los Países Bajos, en relación con la afiliación de aquel al régimen general de Seguridad Social neerlandés, por entender el interesado que no le es de aplicación dicho régimen.

12. STJUE de 25 de octubre de 2018, *Walltopia vs. Direktor na Teritorialna direksia*.

13. STJUE de 8 de mayo de 2019, *SF vs. Inspecteur van de Belastingdienst*.

Considera el TJUE que este supuesto no se incardina en la regla general del artículo 11.4 del Reglamento 883/2004 que designa la legislación del Estado miembro del pabellón por lo que respecta a la gente de mar, dado que el buque enarbola pabellón de un tercer Estado, pero sí que cabría entre los supuestos contenidos en la letra e) del apartado 3 del artículo 11. Y ello en la medida en que la génesis de este precepto y la finalidad que encierra –orientada a evitar que las personas queden privadas de protección en materia de Seguridad Social– obliga a ampliar su interpretación para dar cabida a casos no expresamente previstos por la norma, pero igualmente necesitados de cobertura jurídica. En este sentido, pues, la legislación nacional aplicable es la del Estado miembro en que resida el interesado. Si el concreto Estado miembro no dispusiera de previsiones al efecto ello no puede obstar, entiende el TJUE, que cumpla con su obligación de dar cobertura a estos supuestos de manera que se respeten así las disposiciones vigentes del Derecho de la Unión. En particular, las normas de conflicto que establece el Reglamento 883/2004 se imponen con carácter imperativo a los Estados miembros y estos no disponen, por lo tanto, de la facultad de determinar en qué medida es aplicable su propia legislación o la de otro Estado miembro.

Del mismo sentir es el asunto C-135/19¹⁴. Este tiene por objeto la decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal austríaco en el contexto de un litigio suscitado entre el Instituto del Seguro de Pensiones de Austria y la Sra. CW en relación con el reconocimiento de un subsidio de rehabilitación.

La Sra. CW, nacional austríaca, tras residir y trabajar en Austria, decide trasladar su residencia a Alemania en el año 1990, año desde el cual y hasta la actualidad vive allí. En el año 2015, cuando ya no estaba afiliada al régimen obligatorio de seguridad social austríaco desde su traslado a Alemania, la Sra. CW presentó una solicitud al Instituto del Seguro de Pensiones austríaco para que se le concediera una pensión de invalidez o, en su defecto, medidas de rehabilitación médica y un subsidio de rehabilitación o, en defecto de lo anterior, medidas de readaptación profesional. El Instituto del Seguro de Pensiones desestimó dicha solicitud dado que la Sra. CW no se encontraba en una situación de incapacidad y que, en todo caso, no estaba ligada al régimen obligatorio de seguridad social austríaco y no había demostrado un vínculo de proximidad bastante con aquel.

El tribunal remitente pregunta, por tanto, si el Reglamento 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una situación en la que la institución competente de su Estado miembro de origen le deniega la concesión de una prestación como el subsidio de rehabilitación a una persona que ha dejado de estar afiliada a la seguridad social de su Estado miembro de origen después de haber cesado en él su actividad profesional y de haber trasladado su residencia a otro Estado miembro, en el cual ha trabajado y ha cubierto la mayor parte de su períodos de seguro.

Al respecto responde el TJUE que los requisitos de la existencia del derecho a afiliarse a un régimen de seguridad social no pueden dar lugar a que se excluya del ámbito de aplicación de la legislación de que se trata a las personas a las que, en

14. STJUE de 5 de marzo de 2020, *Pensionsversicherungsanstalt vs. CW*.

virtud del Reglamento 883/2004, debe aplicarse dicha legislación. Así, y puesto que el citado Reglamento constituye un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes, debe entenderse que su finalidad es no solo evitar la duplicación de legislaciones aplicables, sino también evitar el descubierta de tal protección cuando se trate de personas comprendidas en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento. Por tanto, si la Sra. CW, de nacionalidad austríaca, reside en Alemania, país en el que no trabaja desde el año 2013, corresponde que su situación sea incardinada en el supuesto previsto en la letra e) del artículo 3 del Reglamento 883/2004; es decir, la legislación aplicable es la del Estado miembro de residencia, o sea, la legislación alemana en este caso.

Aun abundando en la consideración de trabajador amparado por las disposiciones del Reglamento 883, resultan especialmente curiosos los supuestos en que media fraude o conductas delictivas en virtud de las cuales los aparentemente trabajadores lo son de facto, pero no de derecho. En esta tesitura se incardina el asunto C-17/19¹⁵ desde el que se plantea por el Tribunal de Casación francés una cuestión prejudicial relativa a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, estando incoadas contra las sociedades empleadoras un proceso penal por acusaciones de trabajo encubierto y cesión ilegal de mano de obra. Mediante sentencia recaída en marzo de 2017, el Tribunal de Apelación de Caen, Francia, declara a estas empleadoras culpables de un delito de trabajo encubierto puesto que habían desarrollado una actividad estable, habitual y continua en Francia, lo que no les autorizaba a invocar la legislación relativa al desplazamiento de trabajadores. Lo cual lleva a plantear si los efectos invalidantes vinculados a la utilización de fraude y la comisión de delitos contra los derechos de los trabajadores se extienden a la determinación de la ley aplicable por lo que respecta al Derecho laboral y a las obligaciones en materia de Seguridad Social que competen a los empleadores. A esta peliaguda cuestión responde de forma evasiva el TJUE que podría haber aprovechado la ocasión para colmar el vacío legal existente al respecto y completarlo desde su labor interpretativa. Sin embargo, no ha sido así y se limita a indicar que los certificados emitidos por los Estados miembros a trabajadores desplazados –aun cuando se demuestre que efectivamente no lo son– vinculan a los Estados emisores.

Todavía en la línea de las actuaciones fraudulentas, pero desde la perspectiva del empleador, consideramos bastante ilustrativo traer a colación el único asunto que hemos hallado relativo a la otra de las partes de la relación contractual laboral. La definición del concepto de empleador, esencial para la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, es una cuestión en absoluto abordada por el Reglamento 883/2004 –como tampoco lo fue por el Reglamento 1408/71– respecto de la cual, además, no se prevé el modo de colmar la laguna legal –como podría ser, por ejemplo, remitiendo a la legislación nacional–. En este sentido, una solución

15. STJUE de 14 de mayo de 2020, *Bouygues travaux publics, Elco construct Bucarest vs. Francia*.

presenta el asunto C-610/18¹⁶ al eleva como cuestión prejudicial la planteada por el Tribunal Central de Apelación de los Países Bajos en el contexto del litigio entre AFMB, sociedad establecida en Chipre que emplea a un grupo de conductores de vehículos de transporte internacional por carretera, y la Tesorería de la Seguridad Social en los Países Bajos, a causa de las resoluciones de esta que declaraban aplicable a esos conductores la legislación neerlandesa en materia de Seguridad Social.

La cuestión que desencadena la resolución impugnada se derivaba del hecho de que AFMB, constituida en Chipre, celebró con diversas empresas de transporte establecidas en los Países Bajos contratos de gestión de flota, en virtud de los cuales y a cambio de una comisión, se comprometía a gestionar por cuenta y riesgo de dichas empresas los vehículos de transporte de mercancías que estas explotaban en sus actividades. Del mismo modo, AFMB celebró contratos de trabajo con conductores de vehículos de transporte internacional por carretera residentes en los Países Bajos –quienes nunca habían vivido o trabajado en Chipre–, en virtud de los cuales AFMB se auto-designaba empleador y, por consiguiente, se declaraba aplicable el Derecho laboral chipriota. De manera que, al tratarse de trabajadores itinerantes, no les es de aplicación el principio *lex loci laboris* contenido en el artículo 11 del Reglamento 883 sino que, de conformidad con el artículo 13 del mismo cuerpo normativo, estarán sometidos a la legislación del Estado miembro de residencia. Y, para el caso de que una parte sustancial de su actividad no se desarrolle en el Estado miembro de residencia, su actividad estará sujeta a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador. Así, para el caso que nos ocupa, todas las empresas de transporte tienen su sede en los Países Bajos, mientras que el que se denomina empleador la tiene en Chipre. Motivo por el cual en este concreto supuesto se revelaba trascendental delimitar el concepto de empleador para poder determinar así la legislación nacional aplicable a los conductores.

Pues bien para dotar de contenido a este concepto jurídico, acude el TJUE a la reiterada jurisprudencia conforme a la cual de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión, que ha de buscarse teniendo en cuenta no solo su tenor, sino también el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar¹⁷. Y, en este sentido, entiende el Tribunal que, en relación con el sentido habitual del término “empleador”, cabe observar que, en general, para su consideración es necesaria la existencia previa de una relación de subordinación entre este y el personal asalariado, entendiéndose por tal subordinación que es la empresa en cuestión la que abona el salario y la que puede despedir al trabajador con ocasión de las faltas

16. STJUE de 16 de julio de 2020, *AFMB Ltd y otros vs. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*.

17. Conclusión esta que se alcanza en la sentencia de 19 de marzo de 2020, asunto C-45/19, *Compañía de Tranvías de La Coruña*, apartado 14.

cometidas en el desempeño de su trabajo. La existencia o no de otras consideraciones formales, tales como la celebración de un contrato de trabajo, no puede, por tanto, ser determinante a la hora de establecer quién o qué es el empleador real, motivo por el cual, estima el Tribunal que será tal empleador quien ejerce sobre el trabajador el efectivo poder de dirección, por cuya cuenta corren los correspondientes costes salariales y que dispone de la facultad real de despedirlo. Una oportunidad bien aprovechada a nuestro criterio para deslindar jurisprudencialmente el concepto de empleador sin perjuicio de que sea cada Estado miembro el único legitimado comprobar tal extremo si bien siguiendo las pautas ya asentadas a nivel comunitario.

Para finalizar y, habida cuenta de las dudas suscitadas entre la doctrina¹⁸ relativa a si existe un reconocimiento como derecho propio de los miembros de las familias y los derechohabientes de los sujetos directamente amparados por el Reglamento 883/3004, querríamos mencionar las conclusiones del TJUE en el asunto C-802/18¹⁹. Desde este se presenta la cuestión prejudicial planteada por el Consejo Superior de la Seguridad Social de Luxemburgo en el contexto de un litigio habido entre la Caja para el Futuro de los Niños y el Sr. FV, trabajador transfronterizo en Luxemburgo que reside en Francia, en relación con la negativa de la Caja a conceder subsidios familiares por el hijo fruto del primer matrimonio de la esposa del demandante, debido a que aquel no posee un vínculo de filiación con este.

Así, y una vez considerado por el TJUE que el subsidio familiar controvertido está comprendido en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2003 –por ser una prestación que se concede automáticamente a las familias que responden a ciertos criterios objetivos relativos, en particular, al número de sus miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que están destinadas a compensar las cargas familiares²⁰– continúa la senda abierta ya por jurisprudencia previa, –como sucede con el asunto C-401/15²¹ entre otros– conforme a la cual debe entenderse por hijo –del trabajador– no solo quien tenga un vínculo de filiación con este trabajador sino también el hijo del cónyuge o de la pareja registrada de dicho trabajador cuando este “provee a la manutención de aquel”. Esta exigencia de dependencia resulta de una situación de hecho que corresponde apreciar a la Administración o a los órganos jurisdiccionales nacionales sin que sea necesario que el interesado determine los motivos de la manutención o que calculen de forma precisa su cuantía. Por consiguiente, para identificar a los “miembros de la familia” del trabajador acude el TJUE al artículo 2.2 de la Directiva 2004/38 que comprende al cónyuge o a la pareja con la que el ciudadano de la Unión haya celebrado una unión registrada, a los descendientes directos

18. En este sentido se pronuncia Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 1, núm. 1, 2016, p. 8.

19. STJUE de 2 de abril de 2020, *Caisse pour l'avenir des enfants vs. VF*.

20. Para alcanzar esta conclusión se apoya el TJUE en la jurisprudencia que nos limitamos a reproducir aquí sin perjuicio del ulterior estudio que se realiza en el apartado siguiente: sentencias de 14 de junio de 2016, *Comisión vs. Reino Unido*, C-308/14, apartado 60, y de 21 de junio de 2017, *Martínez Silva*, C-449/16, apartado 22.

21. Se trata de la STJUE de 15 de diciembre de 2016, *Depesme*.

menores de veintiún años o a cargo y a los descendientes directos del cónyuge o de la pareja.

A este respecto, el principio de igualdad de trato recogido tanto en el artículo 45 TFUE como el Reglamento 883/2004 prohíbe no solo las discriminaciones directas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación indirecta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado. En este sentido, y aunque de conformidad con el artículo 1.i) del Reglamento 883/2004 se entiende por “miembro de la familia” toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones, matiza el TJUE que esta remisión a la legislación nacional tiene como límite el propio Derecho europeo y, en concreto, respetar las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores. De lo cual se concluye que la finalidad contenida en el Reglamento 883/2004 se opone a las disposiciones de un Estado miembro en virtud de las cuales los trabajadores no residentes únicamente pueden percibir un subsidio como el subsidio familiar controvertido en el litigio principal por sus propios hijos, y no por los hijos de su cónyuge que no estén unidos a ellos por un vínculo de filiación, siendo así que todos los menores residentes en dicho Estado miembro tienen derecho a percibir tal subsidio.

Ahora bien, una vez reconocido esta ampliación del derecho, debe resaltarse que el derecho existe porque también se identifica la pervivencia de un vínculo -de dependencia, en este caso, que es el que se identifica con el hecho de “ser miembro de la familia”- sin el cual no parece que tuviera encaje la posibilidad de estar amparado por las disposiciones del Reglamento 883/2004.

V. ÁMBITO MATERIAL DEL REGLAMENTO 883/04

La enumeración de las contingencias incluidas en el ámbito material del Reglamento 883/2004 puede encontrarse en el artículo tercero, desde el que se ordena que la coordinación de los regímenes nacionales de Seguridad Social abarcará a las prestaciones contributivas, no contributivas, así como a las prestaciones en especie, entre las cuales las médicas están incluidas.

El modo en que efectivamente se materializa esta previsión, así como su concreto alcance, como es de esperar, depende de cada caso en concreto, habida cuenta no sólo de la disparidad de sistemas nacionales de Seguridad Social que convergen en la realidad comunitaria, sino también las diferentes aproximaciones a las múltiples contingencias que se regulan en cada ordenamiento jurídico.

Así, y con la única finalidad de reflejar algunas de las complejas discusiones a las que se enfrenta el TJUE, este apartado se destina a referir, justamente, las cuestiones planteadas más recientemente relacionadas con el ámbito material del Reglamento. Ello sin perjuicio de las futuras problemáticas²² que la entrada en vigor del Ingreso

22. Gala Durán, C.: “Los desafíos del nuevo Ingreso Mínimo Vital”, *IUSLabor*, núm. 2, 2020, pp. 1-4, pone de manifiesto algunos de los retos que habrá de afrontar esta reciente prestación/pensión, los cuales presentan connotacio-

Mínimo Vital en nuestro ordenamiento jurídico pueda acarrear en la medida en que doctrinalmente²³ se considera “renta de trabajo” y, por tanto, exportable a efectos del Reglamento 883/2004.

El asunto C-243/19²⁴ tiene por objeto una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Letonia en el contexto de un litigio existente entre el Sr. A. y el Ministerio de Sanidad letonio, en relación con la denegación de una autorización que permitiese al hijo del Sr. A. recibir asistencia sanitaria con cargo al presupuesto del Estado leton en otro Estado miembro.

La denegación estaba motivada por el hecho de que el Sr. A. por motivos religiosos se opuso a que, a pesar de que su hijo padecía una malformación cardíaca congénita y necesitaba someterse a una operación a corazón abierto, se le realizase esta técnica acompañada de una transfusión sanguínea. Así, y puesto que en Letonia no era posible abordar la operación sin la mencionada transfusión, el Sr. A. solicitó del Servicio Nacional de Salud que autorizase el desplazamiento de su hijo a Polonia, donde sí era posible. El citado Servicio denegó la autorización justificando su decisión en que la intervención podía realizarse en Letonia y que este tipo de autorizaciones sólo estaba previsto para supuestos en que, efectivamente, no pudiera desarrollarse en el país en que estaba afiliado el menor. Una autorización esta que, además, y de conformidad con el artículo 20.1 del Reglamento 883/04 es obligatoria para la persona asegurada que se desplace a otro Estado miembro para recibir un tratamiento médico.

Se trata, por tanto, de una prestación en especie efectuada a cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la normativa del Estado miembro en que se realicen las prestaciones, como si el Sr. A. –y su hijo– estuviera afiliado a esa institución. En efecto se confieren derechos a los asegurados que de otra forma no ostentarían, puesto que la institución del lugar de estancia asume los gastos según su propia normativa.

El modo en que se ejercitarán tales derechos está regulado en el párrafo segundo del artículo 20.2 del Reglamento 883/04 que se limita a definir las circunstancias por las que justificadamente puede denegarse la autorización; a saber: que la asistencia de que se trate se encuentre entre las prestaciones previstas por la normativa del Estado miembro en cuyo territorio reside el asegurado. El segundo requisito exige que la asistencia que este último pretende recibir en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside no pueda serle dispensada, habida cuenta de su estado de salud corriente y la evolución probable de la enfermedad, en el plazo normalmente necesario para recibir el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside. Precisamente respecto de este segundo requisito, interpreta el TJUE que, para apreciarla, la institución competente está obligada a tomar en consideración todas las

nes no sólo económicas sino también de una honda raíz discriminatoria y de desigualdad en función del territorio en que resida el ciudadano.

23. En este sentido mencionamos la reflexión ofrecida por Vigo Serralvo, F.: “Ingreso Mínimo Vital: ¿subsidio o pensión?”, texto accesible a través del enlace https://www.linkedin.com/posts/departamento-dtss-uma-01404a1aa_imv-subsidio-o-pension-activity-6722065523405807616-YT9J, último acceso a fecha de 23/11/2020.

24. STJUE de 29 de octubre de 2020, *A. vs. Veselibas ministrija*.

circunstancias del caso concreto. Es decir, no solo su situación médica, sino también sus antecedentes, pero en cualquier caso se trataría siempre de un examen médico objetivo.

Empero, en la medida en que el Estado de residencia está aplicando el Derecho comunitario, en su interpretación ha de tener presente el resto de normas que configuran el acervo comunitario y, entre ellas, el artículo 51 de la Carta, de manera que en la adopción de su decisión ha de tener presente que se respetan los derechos fundamentales garantizados por esta, entre los que destaca la no discriminación por motivos religiosos –ex artículo 21–. Para este caso concreto y puesto que Letonia no ofrece la intervención quirúrgica sin transfusión sanguínea, denegar la autorización de salida al Sr. A. podría tener como resultado la tal discriminación, en la medida en que, frente a otra situación idéntica por quien no sea Testigo de Jehová, sí que asume el gasto el Estado de residencia. Sin embargo, centrar la emisión de la autorización tanto en razones objetivamente sanitarias como subjetivas, como el profesar una determinada religión, podría desencadenar la desestabilización financiera del sistema de seguridad social –para el caso de que se produjera un hipotético “efecto llamada”– que, además, adolecería de seguridad jurídica puesto que la autorización dependería de las convicciones subjetivas de cada caso particular. Por consiguiente, el TJUE pone a cargo del Estado miembro de residencia realizar un juicio de ponderación sobre lo necesario y proporcionado de su decisión.

Relacionado también con las prestaciones sanitarias, en el asunto C-777/18²⁵ se eleva una cuestión prejudicial por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Hungría en el marco de un litigio entre el Sr. WO y la Delegación del Gobierno en la Provincia de Vas, debido a la denegación por parte de la citada Delegación del reembolso al Sr. WO de los gastos de asistencia sanitaria transfronteriza que había tenido en Alemania con ocasión de varias intervenciones oculares cuyas actuaciones previas habían sido infructuosas en Hungría y sin que mediara la preceptiva autorización contemplada en el artículo 20.1 del Reglamento 883/2004.

Al respecto considera del TJUE que la asistencia médica recibida por el Sr. WO se incardina en el concepto jurídico de “tratamiento programado” aunque haya sido la decisión exclusiva del interesado quien, conforme a su entender, considera que la asistencia médica o los tratamientos que tienen el mismo grado de eficacia no están disponibles en el Estado miembro de residencia en un plazo justificable desde el punto de vista médico. Por otra parte, no contar con la preceptiva autorización no es motivo único para que no se produzca el reembolso. Es decir, la propia jurisprudencia del TJUE ya ha detectado casos previos en que, sin contar con la autorización, sí se ha reconocido obligatorio proceder al reembolso de los gastos. De un lado, cuando la negativa a conceder la autorización está asentada en decisiones de la propia institución competente que han sido judicialmente declaradas infundadas²⁶; de otra parte, cuando las razones de urgencia –en la recepción del tratamiento– justifican que no se haya esperado a

25. STJUE de 23 de septiembre de 2020, *WO vs. Vas Megyei Kormányhivatal*.

26. Refiere el asunto C-368/98, *Vanbraekel*.

la autorización²⁷. De esta forma, el concepto jurídico “urgencia” en la jurisprudencia previa ha sido interpretado conforme a dos requisitos: las circunstancias particulares relacionadas con el estado de salud del paciente no permitieron esperar a presentar si quiera la solicitud o bien que, habiéndose solicitado la autorización la condición del paciente no permitió esperar el resultado de la decisión administrativa; correspondiendo, por tanto, al juez interno estudiar estos extremos.

Respecto de prestaciones especiales en metálico no contributivas traemos como referencia la decisión jurisprudencial adoptada en el asunto C-181/19²⁸. Desde este se eleva cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de lo Social de Renania, Alemania, en el contexto de un litigio surgido entre el centro de empleo de Krefeld y el Sr. JD en relación con la negativa del centro de conceder al interesado y a sus dos hijas las prestaciones de seguro básico establecidas en la legislación alemana.

El Sr. JD es de nacionalidad polaca, pero él y sus dos hijas se trasladaron a Alemania en el año 2013, donde están escolarizadas. En este país es donde, además, prestó servicios el Sr. JD hasta que comenzó a percibir la prestación por desempleo en el año 2017. Desde el año 2018 trabaja a tiempo completo. La denegación de la concesión de la prestación del seguro básico se produjo en el período de tiempo coincidente con la situación de desempleo del Sr. JD, plazo de tiempo durante el cual ni él ni sus hijas habían perdido la condición de residentes legales conforme a los dictados del artículo 10 del Reglamento 492/2011.

Entiende el TJUE que las prestaciones de subsistencia denegadas al Sr. JD tienen como finalidad garantizar a sus beneficiarios medios de vida y han de considerarse prestaciones especiales en metálico no contributivas en el sentido dado por el artículo 3.3 y 70.2 del Reglamento 883/2004 y, por consiguiente, están incluidas en el ámbito material de aplicación del citado Reglamento. A ello ha de sumarse que, al disfrutar el Sr. JD del derecho de residencia con arreglo al artículo 10 del Reglamento 492/2011, la negativa por parte de un Estado miembro a que se perciban prestaciones de subsistencia constituye una diferencia de trato peyorativa si se compara con los propios nacionales.

Un supuesto de delimitación de prestaciones contributivas incluidas en el Reglamento 883 es el que se plantea en el asunto C-372/18²⁹. Desde él se eleva cuestión prejudicial por el Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo de Nancy, Francia, en el contexto de un litigio surgido entre el Ministro de Actuación y Contabilidad Pública francés y los Sres. Dreyer, residentes fiscal franceses, afiliados al régimen de seguridad social suizo, en relación con el pago de contribuciones y exacciones a que estaban sujetos sobre sus rentas de capital inmobiliario.

La cuestión prejudicial plantea, por tanto, que se dilucide si concretas prestaciones suizas –la asignación personalizada de autonomía (APA) y la prestación compensatoria por discapacidad (PCD)– ostentan la consideración de “prestaciones de seguridad social” a los efectos del artículo 3 del Reglamento 883/2004. La respuesta que otorga

27. Aquí trae a colación el TJUE el asunto C-173/09, *Elchinov vs. Natsionalna zdravnoosigurnitelna kasa*.

28. STJUE de 6 de octubre de 2020, *Jobcenter Krefeld vs. JD*.

29. STJUE de 14 de marzo de 2019, *Ministre de l'Action et des Comptes publics vs. Sres. Dreyer*.

el TJUE resulta interesante no tanto respecto del contenido de tales prestaciones, sino del razonamiento jurídico empleado por el intérprete a efectos de aplicarlo en ulteriores supuestos que pudieran guardar semejanzas con el presente.

Así, pues, estima el Tribunal comunitario que, como se tuvo ocasión de indicar en el asunto *Schiphorst* analizado en este estudio, Suiza es país signatario y parte del Reglamento de conformidad con su Anexo II. Ello implica que pueda entrarse en el fondo del asunto y razonarse, como se ha hecho con anterioridad, que una prestación podrá ser considerada de seguridad social en la medida en que, por un lado, se conceda a sus beneficiarios al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales, en función de una situación legalmente definida, y, por otro lado, en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 3.1 del Reglamento 883/2004.

En lo que concierne al primer requisito mencionado en el apartado anterior, recuerda el TJUE que concurre cuando la concesión de la prestación se efectúa de acuerdo con criterios objetivos que, una vez verificados, determinan el derecho a la misma sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar, en lo que se refiere a las prestaciones cuya concesión se otorga o deniega o cuyo importe se calcula teniendo en cuenta los ingresos del beneficiario, que la concesión de tales prestaciones no depende de la apreciación individual de las necesidades personales del solicitante, puesto que el criterio que determina el derecho a esa prestación es un criterio objetivo y legalmente definido, sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales. Unos requisitos estos que, conforme a la valoración realizada por el TJUE de los instrumentos cuestionados –la APA y la PCD– se cumplen sobradamente en este caso, en la medida en que para su concesión no se exige una apreciación individual de las necesidades personales de dicho beneficiario o de su nivel de recursos, sino que basta con que se reúnan los requisitos que legalmente establecidos, dan derecho a su percepción.

Y para cerrar la misma línea de ideas que la abierta por el caso anteriormente comentado, referimos la cuestión prejudicial que se plantea a partir del asunto C-447/18³⁰ por el Tribunal Supremo de la República Eslovaca tiene como contexto el litigio existente entre el Sr. UB y el Director General de la Seguridad Social eslovaca, en relación con la legalidad de la resolución por la que se deniega al interesado una prestación abonada a determinados deportistas de alto nivel.

Las dificultades que entraña este caso están relacionadas con el propio interesado por los motivos que de seguida se apunta. El Sr. UB, nacional checo que reside en el territorio que actualmente pertenece a Eslovaquia desde hace 52 años, ganó en 1971 la medalla de oro en el Campeonato Europeo de Hockey sobre Hielo y la de plata en el Campeonato Mundial de Hockey sobre Hielo como miembro de la selección nacional de la República Socialista de Checoslovaquia. Cuando la República Federal Checa y Eslovaca se disolvió, la medianoche del 31 de diciembre de 1992,

30. STJUE de 18 de diciembre de 2019, *UB vs. Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*.

UB optó por la nacionalidad checa. No obstante, siguió residiendo en el territorio de Eslovaquia. En la vista, el Gobierno eslovaco también declaró, sin ser contradicho por las otras partes interesadas, que, cuando la República Eslovaca y la República Checa se adhirieron a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, UB estaba empleado en una escuela primaria y siguió ejerciendo allí su empleo al menos hasta el año 2006. El 17 de diciembre de 2015, UB solicitó la prestación de los representantes deportivos establecida en la Ley 112/2015 sobre indemnización de los representantes deportivos. Tras comprobar que el interesado no cumplía el requisito relativo a la posesión de la ciudadanía eslovaca a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra b), de dicha Ley, la Administración de la Seguridad Social de Bratislava denegó la solicitud.

La resolución del supuesto pasa, necesariamente, por dilucidar si, efectivamente, si la prestación controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito material de aplicación del Reglamento 883. Así, reiterando las condiciones mencionadas en el supuesto anterior, es decir, que la distinción entre las prestaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento y las excluidas de él se basa esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, en particular sus fines y los requisitos para su concesión, –y no en el hecho de que una prestación se califique como prestación de seguridad social en la legislación nacional–, termina resolviendo el Tribunal comunitario que una prestación puede considerarse de seguridad social si se dan acumulativamente los siguientes dos requisitos: por una parte, se concede a sus beneficiarios, sin ninguna evaluación individual y discrecional de sus necesidades personales, basándose en una situación definida legalmente y, por otra, se refiere a uno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento.

Para este caso concreto, la finalidad de la prestación a los representantes deportivos es ofrecer un reconocimiento económico a los deportistas que con su esfuerzo excepcional y sus logros han representado internacionalmente a su país, por tanto, no podría ser considerada una especie de “prestación por vejez” que se abona como asignación suplementaria a quienes son beneficiarios de una pensión de jubilación o de supervivencia, puesto que su finalidad –la de la ayuda en discordia– en absoluto es garantizar una asignación suplementaria a quien se jubila. Ello conduce al TJUE a considerar que esta prestación no cubre ninguno de los riesgos correspondientes a las ramas de seguridad social referidas en el artículo 3.1 del Reglamento, empero su pronunciamiento continúa, aunque se ha quedado sin objeto material de discusión, en aras de ofrecer a los Estados miembros pautas adecuadas de interpretación que pudieran orientarlos en supuestos próximos a este, concluyendo, al respecto que hacer de la nacionalidad *conditio sine qua non* para percibir una determinada ayuda económica resulta contrario al principio de no discriminación y coarta el ejercicio de la libertad de circulación y establecimiento de personas.

Una aproximación distinta es la ofrecida por los asuntos acumulados C- 398/18 y C-428/18³¹ que abundan en la problemática³² desatada en relación con las prestaciones de jubilación anticipada y la obligatoriedad de integrar para su cómputo las generadas en otros Estados miembros. Estos concretos asuntos tienen por objeto sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el contexto de los litigios suscitados entre los Sres. Bocero Torrico y Fritz Bode contra el INSS español por la denegación de sus solicitudes de pensión de jubilación anticipada.

En ambos casos, los interesados habían prestado servicios simultáneamente en España y Alemania, siendo este último un país del que percibían una pensión de jubilación. Al solicitar en España la pensión de jubilación anticipada recibe una respuesta denegatoria por considerar el Estado español que el importe final no alcanzaba el de la pensión mensual mínima que correspondería si tuvieran 65 años de edad.

A este respecto considera el TJUE que las jubilaciones anticipadas sí están incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004, concretamente incardinadas en las “prestaciones de vejez” y, por consiguiente, les es de aplicación el citado Reglamento.

Por otra parte, estima el TJUE que no se opone al Reglamento una legislación como la española, conforme a la cual se deniega la concesión de una pensión de jubilación anticipada cuando su importe no alcance el importe de la pensión mínima que percibiría el interesado al cumplir la edad legal de jubilación, puesto que esta es una garantía sobre el poder adquisitivo del pensionista que lo favorece y mejora, por tanto, las condiciones previstas por el Reglamento 883.

Sin embargo, lo que se opone al Reglamento es el hecho de que, para calcular si se tiene derecho a la pensión anticipada hayan de incluirse todos los períodos cotizados durante la vida profesional del interesado, ya se hayan satisfecho en el país de residencia, o en otro Estado miembro. Así pues, la totalización de períodos contenida en el artículo 6 del Reglamento establece, a efectos de determinar la adquisición del derecho a las prestaciones de seguridad social, que un Estado miembro ha de tener en cuenta los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, mientras que en los presentes asuntos se discute si debe tenerse en cuenta el importe de las pensiones a que tienen derecho los citados recurrentes en otro Estado miembro para determinar si pueden acceder a una pensión de jubilación anticipada. En este sentido, considera el TJUE que el principio de igualdad de trato, tal y como está formulado en el artículo 4 del citado Reglamento, prohíbe las formas directas e indirectas de discriminación, y, en consecuencia, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos del Derecho nacional que, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así

31. STJUE de 5 de diciembre de 2019, *Bocero Torrico (C-398/18) y Jörg Paul Konrad Fritz Bode (C-428/18) vs. INSS*.

32. Estudios se han suscitado en este sentido como el desarrollado por Maldonado Molina, J. A.: “El régimen jurídico de las prestaciones españolas no contributivas de jubilación e invalidez y su coordinación en el Reglamento 883/2004”, en VV.AA.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 487-516.

como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso los que puedan perjudicar de manera particular a estos últimos. Ello conduce al TJUE a concluir que el artículo 5, letra a), del Reglamento 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que impone, como requisito para que un trabajador acceda a una pensión de jubilación anticipada, que el importe de la pensión a percibir sea superior al importe de la pensión mínima que ese trabajador tendría derecho a percibir al cumplir la edad legal de jubilación en virtud de dicha normativa, entendiendo el concepto de “pensión a percibir” como la pensión a cargo únicamente de ese Estado miembro, con exclusión de la pensión que el citado trabajador podría percibir en concepto de prestaciones equivalentes a cargo de otro u otros Estados miembros.

El curioso asunto C-134/18³³ plantea una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal de lo Laboral de Amberes, Bélgica, en el contexto de un litigio existente entre la Sra. Vester –nacional neerlandesa que residía en Bélgica y trabajaba en los Países Bajos– y el Instituto Nacional del Seguro de Enfermedad e Invalidez, en relación con la negativa de este a conceder a la interesada una prestación de invalidez.

La especialidad de este supuesto estriba en que la institución competente belga declaró su incapacidad laboral apoyándose en los períodos de seguro acumulados en los Países Bajos –puesto que en Bélgica aún no los había alcanzado– concediéndole, además, una prestación de incapacidad laboral sobre la base del principio de totalización de los períodos de seguro previsto en el artículo 6 del Reglamento 883/2004. Con la adquisición de la condición de discapacitada reconocida por el Estado belga, por haber cumplido un período de carencia de un año de duración, la Sra. Vester presentó ante la institución competente de los Países Bajos una solicitud a fin de obtener allí una prestación de invalidez, la cual fue denegada por no cumplir con los períodos de carencia previstos conforme a la legislación nacional neerlandesa que comprendía los dos años de duración. A este respecto entiende el TJUE que la declaración y el reconocimiento de la condición de discapacitado emitida por un Estado miembro no puede ser revocada o desconocida por otro Estado miembro, aunque los plazos para otorgar esta condición difieran entre unos y otros Estados, puesto que, de aceptarse tales diferencias, estaríamos ante obstáculos claros al ejercicio de la libertad de circulación y establecimiento de trabajadores y la vulneración del principio de igualdad de trato.

Por último, y con la especialidad que entraña la extensión de la coordinación planteada desde el Reglamento 883 hacia la elección de la base de cotización que corresponda a los trabajadores, referimos de seguida el asunto C-2/17³⁴. Este tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el contexto de un litigio habido entre el INSS y el Sr. Crespo, en relación con el cálculo de la pensión de jubilación de este. El Sr. Crespo, nacional español, prestó servicios en Suiza durante veintitrés años en los que estuvo cotizando al régi-

33. STJUE de 14 de marzo de 2019, *Maria Vester vs. Rijksinstituut voor ziekte*.

34. STJUE de 28 de junio de 2018, *INSS vs. Jesús Crespo Rey*.

men de seguridad social de ese Estado y, con posterioridad, continuó cotizando en aquel régimen de seguridad social en virtud de un convenio especial firmado entre el Estado español y el suizo con base en el cual se obligaba al Sr. Crespo a cotizar por la base mínima. Durante los años en que estuvo trabajando en España, el Sr. Crespo siempre cotizó por bases superiores a la mínima. Cuando el Sr. Crespo solicita su pensión de jubilación, España utiliza la cotización mínima como base para el cálculo de la pensión, cuestión esta que rechaza el Sr. Crespo por no ajustarse a la realidad.

Al respecto entiende el TJUE que obligar a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial a satisfacer cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización, puede provocar, como es el caso en cuestión, que para los trabajadores migrantes se produzca un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores sedentarios que realicen toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión. De hecho, el anexo XI, rúbrica “España”, punto 2, del Reglamento 883/2004 prevé que para calcular la cuantía de la pensión del trabajador migrante deberá tomarse en consideración, respecto de los períodos en los que este trabajó en otros Estados miembros, “la base de cotización en España que más se (...) aproxime en el tiempo (a dichos períodos de referencia)”. De este modo, en una situación como la del litigio principal, en la que el trabajador en cuestión, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, cotizó a la seguridad social del Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización, la base de cotización pertinente para calcular el importe de su pensión de jubilación sería la última cotización abonada por dicho trabajador en ese Estado miembro, esto es, una base de cotización más elevada que la base mínima de cotización prevista por el convenio especial.

VI. A VUELTAS CON LOS CONCEPTOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL

La inexistencia de una definición legal de los conceptos de “seguridad social” y “asistencia social” sea en el Reglamento 883/2004, sea en el antecesor del que trae causa o, en cualesquiera otros instrumentos normativos comunitarios, ha conducido a que sea la labor interpretadora del TJUE³⁵ la que colme este importante vacío legal³⁶.

La trascendencia de su deslinde terminológico, tal y como está intuyendo el lector, está vinculada con la expresa exclusión que de la asistencia social –más bien de las medidas que tengan tal consideración– se hace respecto de los efectos coordinadores buscados por el Reglamento 883/2004 ex art. 3.5.a). Así, y en aras de alcanzar una “distribución justa y equitativa de la carga financiera entre los Estados miembros” en

35. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Los divergentes conceptos de asistencia social en el derecho de la Unión europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018, p. 1.

36. Entre otros, citamos aquí las SSTJUE de 28 de mayo de 1974, asunto 187/73, caso *Callemeyn* y de 13 de noviembre de 1974, asunto 39/74, caso *Costa*.

la propia propuesta³⁷ de reforma del Reglamento mencionado se pretende abordar esta problemática, si bien, a juicio de la más reputada doctrina³⁸, la perspectiva desde la que se hace en absoluto tiene apoyo legal o busca aquella justa distribución que proclama. Antes al contrario, parece que la reforma quiere acentuar el ya restrictivo concepto de asistencia social del que parte la labor interpretativa realizada sobre la aplicación del Reglamento 883.

En este sentido y sin perjuicio de los comentarios que se han realizado en apartados anteriores respecto del modo en que procede el TJUE para deslindar tales conceptos, traemos a colación el asunto C-769/18³⁹. Desde el se eleva cuestión prejudicial por el Tribunal de Casación francés en el contexto de un litigio habido entre la Caja de Seguro de Jubilación y la Sra. SJ, nacional francesa residente en Stuttgart que trabajó sucesivamente en Francia y Alemania, en relación con la consideración, a efectos del cálculo de la pensión de jubilación de la interesada, de la ampliación del periodo de vida laboral que podría solicitar en virtud de la crianza de su hija discapacitada y de la percepción de una ayuda para la integración de personas con discapacidad concedida por el Estado alemán.

Esta ayuda es, pues, el objeto de la discordia, puesto que, atendiendo a su consideración, es decir, si está o no incluida en el ámbito material del Reglamento 883/2004, permitirá una ampliación de los períodos cotizados conforme a la legislación nacional francesa.

Al respecto, recuerda el TJUE que la distinción entre las prestaciones comprendidas y excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 se basa en sus finalidades y en los requisitos para obtenerlas y no en el hecho de que sea calificada o no como prestación de seguridad social. Por tanto, indica el TJUE que una prestación puede considerarse “prestación de seguridad social” cuando se reúnen dos requisitos que deben presentarse de forma acumulativa, a saber: que se conceda a sus beneficiarios al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales, en función de una situación legalmente definida, un aspecto este que en absoluto se cumple en el caso de la hija de la Sra. SJ puesto que la ayuda se ha otorgado en función de las necesidades individuales del beneficiario. Y, por otro lado, que se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 3.1 del Reglamento 883/2004. A este respecto, es preciso recordar que el artículo 3.3 de dicho Reglamento extiende su aplicación a las prestaciones especiales en metálico no contributivas contempladas en su artículo 70. En estas circunstancias, procede, en segundo lugar, comprobar si la ayuda alemana constituye tal prestación. En este sentido, basta con señalar que del tenor del artículo 70, apartado 2, letra c), de ese mismo Reglamento se desprende que únicamente se consideran prestaciones especiales en

37. Se trata de la Propuesta de 13 de diciembre de 2016 relativa a la modificación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) nº 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004.

38. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Los divergentes conceptos de asistencia social en el derecho de la Unión europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004”, ob. cit., p. 8.

39. STJUE de 12 de marzo de 2020, *Caisse d'assurance retraite vs. SJ*.

metálico de carácter no contributivo las que figuren en el anexo X de dicho Reglamento. Pues bien, dado que la ayuda alemana no figura en dicho anexo, no constituye una prestación de ese tipo.

Ahora bien, la exclusión marcada por el TJUE no obsta que el órgano judicial interno pueda acudir al principio de asimilación de hechos recogido en la letra b) del artículo 5 del Reglamento 883/2004 para aplicar unas condiciones que permitan la aplicación del principio general de no discriminación para el ciudadano que, habiendo hecho uso de la libertad de circulación, se vea ahora perjudicado como beneficiario de la prestación de que se trate. El principio de asimilación exige, para su aplicación, que el beneficio concreto pueda incardinarse en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 y, de otra parte, que sea susceptible de asimilación. En su valoración, dispone el TJUE, que el Estado miembro habrá de tener presente el principio de proporcionalidad, velando por que el principio de asimilación de hechos no conduzca a resultados objetivamente injustificados.

Por su parte, el asunto C-679/16⁴⁰ tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo finlandés en el contexto de un procedimiento iniciado por el Sr. A para solicitar ante el Dpto. de Prestaciones del Área de Asuntos Sociales y de Salud del municipio de Espoo –Finlandia– una prestación de asistencia personal en Tallín, Estonia, donde A –persona necesitada de asistencia personal para las actividades de la vida cotidiana– cursa un ciclo de estudios de Derecho de tres años a tiempo completo.

A este respecto el TJUE comienza por abordar si, efectivamente, este tipo de prestación está incluida en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3 del Reglamento 883/04. Así, y en relación con la distinción entre prestaciones incluidas y excluidas en el ámbito aplicativo del citado Reglamento, recuerda el Tribunal que el criterio se asienta en los elementos constitutivos de cada prestación, en su finalidad y en los requisitos para obtenerla –pero no en el hecho de que una prestación sea o no clasificada como tal por la legislación nacional–. De forma paralela, una prestación podrá considerarse prestación de seguridad social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales de sus beneficiarios, se conceda a estos en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que tenga relación con alguna de las contingencias expresamente enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento 883/2004. Estos requisitos, además, poseen un carácter acumulativo –como se ha tenido ocasión de subrayar en apartados anteriores de este ensayo– y, por consiguiente, la prestación de que se trate no estará comprendida en el ámbito de aplicación del citado Reglamento si uno de ellos no se cumple.

En lo que atañe al primer requisito, entiende el TJUE que concurre cuando la concesión de la prestación se efectúa de acuerdo con criterios objetivos que, una vez verificados, determinan el derecho a la misma sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales –algo que, precisamente,

40. STJUE de 25 de julio de 2018, *A. vs. Espoon kaupungin sosiaali-ja.*

sucedía a sensu contrario en el asunto C-769/18-. Así, y en lo que respecta al caso concreto, la Ley finlandesa de Servicios a Personas con Discapacidad, confiere a las personas designadas como beneficiarias un derecho subjetivo a la asistencia personal sobre la base de unos requisitos legalmente establecidos y con independencia de su nivel de ingresos. Por consiguiente, el nacimiento del derecho en sí no se hace depender de las necesidades individuales del interesado, sino del hecho de cumplir o no las condiciones previstas en la norma. De forma que el municipio debe proporcionar la asistencia personal si el solicitante es una persona gravemente discapacitada que reside dentro del término municipal, con independencia de sus ingresos. Ello conduce al TJUE a considerar que en el caso del Sr. A sí se cumple este primer requisito.

En lo que respecta al segundo requisito, es necesario examinar si la prestación controvertida en el litigio principal tiene relación con alguna de las contingencias enumeradas expresamente en el artículo 3.1 del Reglamento 883/2004. En este sentido la jurisprudencia⁴¹ previa del TJUE ha declarado que las prestaciones que cubren el riesgo de dependencia deben ser consideradas “prestaciones de enfermedad” siempre que su objeto sea mejorar las condiciones de salud y las condiciones de vida de las personas dependientes. Empero en el caso concreto del Sr. A la asistencia personal establecida por la ley que es de aplicación no tiene tal finalidad, sino sencillamente “ayudar a las personas con grave discapacidad a adoptar sus propias decisiones en el desarrollo de las actividades mencionadas en el mismo artículo, a saber, las actividades de la vida cotidiana, el trabajo y el estudio, las actividades de ocio, la participación en la vida social y la preservación de la interacción social”.

Por consiguiente, no puede considerarse que la prestación controvertida en el litigio principal tenga relación con alguna de las contingencias enumeradas expresamente en el artículo 3.1 del Reglamento 883/2004. De ello se sigue que no se cumple el segundo de los requisitos que jurisprudencialmente se exigen para considerar la prestación como de seguridad social y, por ser acumulativos, se excluye el supuesto de la aplicación del Reglamento 883. Sin embargo y contra todo pronóstico, una vez más, –la cuarta si no recordamos mal en esta veintena de asuntos que comentamos en el ensayo– el Tribunal prolonga su exposición para advertir a la ciudadanía y, por supuesto también a los Estados miembros que, este tipo de prácticas, es decir, vincular la concesión de una ayuda por discapacidad al ser residente en un concreto municipio, coarta el ejercicio de la libertad de circulación de personas, por lo que, de nuevo, aún sin objeto material que interpretar, avanza claras orientaciones que podrían favorecer una futura reclamación en aras de preservar los derechos de la ciudadanía comunitaria.

41. Refiere, concretamente el TJUE las sentencias de 5 de marzo de 1998, *Molenaar*, C-160/96, apartados 23 a 25; de 30 de junio de 2011, *da Silva Martins*, C-388/09, apartados 40 a 45, y de 1 de febrero de 2017, *Tolley*, C-430/15, apartado 46.

VII. CONCLUSIONES

La revisión de la más reciente jurisprudencia comunitaria en materia de aplicación del Reglamento 883/2004 pone de manifiesto que la senda abierta desde hace algunos años, cuya orientación es más filo-económica que pro-social, permitiría concluir de forma rotunda que persiste, pero no sin excepciones.

Así, aunque la interpretación en términos generales busca subterfugios en criterios de proporcionalidad y estabilidad financiera, no son escasas las resoluciones que ponen de manifiesto la preocupación del Tribunal por seguir adelante en la construcción de la Europa Social. Y, como ejemplo de ello, pueden señalarse los identificados en este ensayo como “pilares de la coordinación” y que refieren la unicidad de la legislación aplicable –que garantizaría la seguridad jurídica del ciudadano europeo, evitar descubiertos y resolver duplicidades–, la igualdad de trato por razón de la nacionalidad –la cual podría extenderse incluso al concepto de residencia puesto que, se han visto casos en que nacionales de terceros Estados han gozado de la coordinación buscada por el Reglamento 883/2004–, la totalización de períodos, –lo cual facilita que se acceda a pensiones y prestaciones en los Estados miembros de residencia sin perder un solo día de trabajo cotizado en todo el territorio comunitario–, y la expresa manifestación de la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento –que abarca, gracias a la labor jurisprudencial no sólo a trabajadores, sino a desempleados, a apátridas y a refugiados–.

En lo que respecta al ámbito material y el deslinde que desde la jurisprudencia se hace de las prestaciones que podrían incardinarse en los conceptos seguridad social y asistencia social, podría concluirse que, si bien la balanza inclina su platillo hacia evitar una posible sobrecarga de los sistemas nacionales de protección –en ocasiones en detrimento de la propia libertad de circulación y establecimiento de trabajadores– también es de justicia señalar la referencia –tautológica en ocasiones– que se incluye en las distintas sentencias a “ayudar en la adecuada interpretación de la normativa comunitaria”, lo cual se traduce en pistas claras para que sean seguidas a las partes cuando ejerciten su derecho –de nuevo– ante la Administración o el órgano judicial interno correspondiente. Esas pistas no sólo ponen al ciudadano sobre el camino jurídico que debió haberse seguido en su reclamación, sino que avezan la vista y contribuyen a construir el argumento para futuros recurrentes, de modo que la balanza pueda recuperar su equilibrio precisamente a partir de la iniciativa de la sociedad civil.

Bibliografía

- Gala Durán, C.: “Los desafíos del nuevo Ingreso Mínimo Vital”, *IUSLabor*, núm. 2, 2020.
- Maldonado Molina, J. A.: “Libertad de circulación y protección social”, en VV.AA.: *Treinta Años en la Unión Europea. XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2017.
- Maldonado Molina, J. A.: “El régimen jurídico de las prestaciones españolas no contributivas de jubilación e invalidez y su coordinación en el Reglamento 883/2004”, en VV.AA.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017.

- Miranda Boto, J. M.: "El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria", en VV.AA.: *El Reglamento Comunitario 1408/71: nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. I, núm. 1, 2016.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "(In)suficiente fundamento legal para la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004 presentada por la Comisión Europea el 13.12.2016", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 2, núm. 2, 2017.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La configuración jurisprudencial de las prestaciones no contributivas coordinadas por el Reglamento 883/2004 como ventajas sociales a efectos del Reglamento 492/2011", en Vicente Palacio, M. A. (coord.): *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Valencia, 2017.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Los divergentes conceptos de asistencia social en el Derecho de la Unión Europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.
- Vigo Serralvo, F.: "Ingreso Mínimo Vital: ¿subsidio o pensión?", texto accesible a través del enlace https://www.linkedin.com/posts/departamento-dtss-uma-01404a1aa_imv-subsidio-o-pension-activity-6722065523405807616-YT9J.



Fuentes del Derecho Comunitario que propician la coordinación de los sistemas de Seguridad Social europeos

SOURCES OF COMMUNITY LAW THAT PROMOTE THE COORDINATION OF EUROPEAN SOCIAL SECURITY SYSTEMS

Verónica Lidia Martínez Martínez

Profesora Investigadora de Derecho de la Seguridad Social

Universidad Anáhuac, Campus Norte (México)

marb_cap@hotmail.com  0000-0002-7927-3006

Recibido: 06.11.2020 | Aceptado: 15.12.2020

RESUMEN

Este trabajo con el apoyo del método analítico, tiene por objeto analizar la normativa que propicia la coordinación de los distintos y disímiles sistemas de seguridad social europeos en el Derecho primario y en el Derecho derivado. En la parte final, se expone el tema de la creación de la normatividad que es necesaria para coordinar los sistemas de Seguridad Social europeos.

ABSTRACT

This work with the support of the analytical method, aims to analyze the regulations that promote the coordination of the different and dissimilar European social security systems in primary and secondary law. In the final part, the subject of the creation of the regulations that is necessary to coordinate the European social security systems is exposed.

PALABRAS CLAVE

Derecho primario
Derecho derivado
Seguridad Social
Coordinación
Armonización

KEYWORDS

Primary Law
Secondary Law
Social Security
Coordination
Harmonization

SUMARIO

- I. EL DERECHO PRIMARIO EN LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEOS
- II. EL DERECHO DERIVADO VINCULANTE EN LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEOS
 - A. Reglamentos
 - B. Directivas
 - C. Decisiones
- III. EL DERECHO DERIVADO NO VINCULANTE EN LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEOS
 - A. Dictámenes
 - B. Recomendaciones
- IV. OTRAS ACTUACIONES QUE PERMITEN COORDINAR LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEOS
 - A. Comunicaciones
 - B. Resoluciones
- V. CREACIÓN DE LA NORMATIVIDAD PARA COORDINAR LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEOS
- VI. A MODO DE CONCLUSIÓN
Bibliografía

I. EL DERECHO PRIMARIO EN LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEOS

El papel secundario que se asigna a la seguridad social en el espacio europeo es resultado de la idea de que en la Comunidad Económica Europea (CEE) era lógico prescindir de competencias en materia social, pues la mejora de las condiciones de vida en el plano social debían ser una consecuencia del funcionamiento del mercado interior. Nada más alejado de la realidad.

Lo cierto es que la construcción del proyecto de la Unión Europea (UE) ha sido compleja al transitar de la unilateralidad del mercado común a una fase inconclusa de creación de un espacio jurídico-social europeo basado en la apuesta por la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales¹.

Frente al ámbito supranacional de la UE, de manera paralela subsisten los disímiles sistemas de seguridad social europeos, organizados y diseñados por los distintos Estados para la protección de sus nacionales, con la resistencia del aparato estatal de verminada su esfera competencial en esta materia por la transferencia de sus facultades en favor de la UE (principio de territorialidad). Y es que, ante el predominio del ámbito económico sobre el ámbito social en el espacio europeo, desde los Tratados Constitutivos de la CEE hasta el Tratado de Lisboa, ha imperado el principio bilateral de subsidiariedad, que al delimitar las competencias de la UE y fijar el ámbito de competencias propias de los Estados miembro, reserva a la Unión la tarea residual de apoyar, complementar

1. Monereo Pérez, J. L.: "Pilar Europeo de Derechos Sociales y Sistemas de Seguridad Social", *Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 18, núm. 2, 2018, pp. 253-254.

y coordinar la acción soberana de los Estados miembro en materia de seguridad social, cuando éstos no puedan hacerlo o no sea posible alcanzar los objetivos de una acción pretendida (necesidad), e incluso cuando la dimensión y efectos de la acción u objetivo pueda realizarse mejor a escala de la UE (valor añadido)².

La anterior distribución de competencias que repercute en el sistema de coordinación de seguridad, porque determina el grado de intervención de la UE en este ámbito, se materializa en el artículo 153.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que mandata que las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembro de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste, no impedirán a los Estados miembro mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados³.

De esta manera, el Parlamento Europeo y el Consejo se han limitado a adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembro mediante iniciativas tendentes a mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, pero con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembro, pues a éstos les corresponde determinar las características de su propio sistema de seguridad social, incluidos los beneficios que se proporcionan, condiciones de elegibilidad y el cálculo de los beneficios.

Y es que el surgimiento del Derecho Comunitario obedece, en gran medida, a la necesidad de dar respuesta a la creación y regulación de un espacio para la libre circulación de personas, servicios y capitales, en donde la hegemonía económica se ve reflejada en los primeros Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea como producto de la división funcional originaria que traza una separación entre las responsabilidades del Estado y las de la Comunidad Europea. Al primero le correspondería todas las actividades que dan cuerpo y rostro al *demos*⁴, entre las cuáles se encuentran, los ámbitos social, político, fiscal y de seguridad interior. Mientras que a la nueva Comunidad le tocaría integrar los mercados nacionales para crear una unión económica basada en la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas entre los Estados miembro.

Bajo este panorama es que la misión de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero fue contribuir, en armonía con la economía general de los Estados miembro, al establecimiento de un mercado común y a lograr la expansión económica⁵. De igual

2. Artículo 5, apartado 3 del TUE disponible en <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf> (fecha de consulta 2 de septiembre de 2020). Philip Morris Brands SARL y otros contra Secretary of State for Health, Asunto C-547/14, sentencia de 4 de mayo de 2016, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FB3530F00E4D3FC8249E25A11114FAB4?text=&docid=177724&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3793017> (fecha de consulta 7 de junio de 2020).

3. Artículo 153, apartado 1, letra c) y apartado 2 del TFUE, disponible en: <https://www.boe.es//doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (fecha de consulta 24 de julio de 2020).

4. Azpitarte Sánchez, M.: "La autonomía del ordenamiento de la Unión y las "Funciones Esenciales" de su sistema jurisdiccional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, p. 232.

5. Artículo 2 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Disponible en: http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-de-la-integracion-europea/tratados/Tratado_Ceca.pdf/view (fecha de consulta 9 de septiembre de 2020).

manera, el Tratado de la CEE⁶ realizó, desde la teoría ordoliberal alemana, un reparto competencial que provocó la reserva del ámbito social a la esfera decisional de los Estados miembro, mientras que el terreno económico se trasladó al ámbito supranacional⁷.

Asimismo, el artículo 51 del Tratado Constitutivo de la CEE se limitó a establecer que el Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión, adoptaría en materia de seguridad social las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores. Con esta disposición se crea un sistema que garantiza a los operarios y a sus derechohabientes la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir, otorgar y conservar el derecho a las prestaciones de seguridad social y al cálculo de éstas⁸. El Título III del mismo Tratado de la CEE también reitera que los ámbitos que contribuyen a la constitución social europea son temas de índole nacional al haberse asignado a la Comisión Europea la tarea de promover la estrecha colaboración entre los Estados miembro en el ámbito social, particularmente en las materias relacionadas con el empleo, el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo, la formación y el perfeccionamiento profesionales, la seguridad social, la protección contra los riesgos de trabajo (accidentes y enfermedades profesionales), la higiene del trabajo, el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores para promover la mejora de las condiciones vitales y laborales de los trabajadores⁹.

Y a pesar de que de 1974 a 1985 la Comisión Europea empezó a impulsar una serie de iniciativas legislativas sobre la base del entonces artículo 100 del Tratado de la CEE¹⁰, cierto es que la adopción del Acta de la Unión Europea y el Tratado de la Unión Europea tampoco dotaron de competencia a la CEE en el ámbito social. Las modificaciones realizadas por el Acta Única Europea fueron escasas y en temas muy específicos, tales como el fomento del diálogo entre los interlocutores sociales a nivel europeo¹¹, la protección de la salud, la seguridad de los trabajadores¹², así como el reforzamiento de la cohesión económica y social a través del apoyo financiero comunitario¹³.

A lo anterior se adicionó que, bajo la ideología neoliberal, Reino Unido adoptó la negativa tajante a cualquier transferencia de competencia social a la CEE, lo que provocó

6. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 (entró en vigor el 1 de enero de 1958).

7. Guamán Hernández, A.: "Estado Social y Unión Europea: el conflicto permanente", en Noguera Fernández, A. (dir.): *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Disponible en https://www.researchgate.net/profile/Adoracion_Guaman/publication/259356604_Estado_social_y_Union_Europea_el_conflicto_permanente/links/02e7e52b2af0d8a2e6000000.pdf (fecha de consulta 28 de septiembre de 2020).

8. Artículo 51 del Tratado de Roma, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=ES> (fecha de consulta 28 de julio de 2020).

9. Artículos 177 y 118 del Tratado de la CEE, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=ES> (fecha de consulta 3 de octubre de 2020).

10. Bazán, V. y Jimena Quesada, L.: *Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 218-220.

11. Artículo 118 B del Acta Única Europea. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1987/07/03/pdfs/A20172-20182.pdf> (fecha de consulta 28 de julio de 2020).

12. *Ibid.*, Artículo 118 A del Acta Única Europea.

13. *Ibid.*, Artículo 130 A y B del Acta Única Europea.

que las materias sociales quedaran relegadas del Tratado de la Unión Europea para consignarlas en el Acuerdo sobre Política Social¹⁴. Fue así que la entrada en vigor del Tratado de Maastricht constituyó un enorme paso atrás en el camino de la integración comunitaria en el terreno social y supuso una lamentable distorsión al auspiciar dos regímenes jurídicos distintos: de un lado, las disposiciones que al conformar el Título VIII, Capítulo I del Tratado de la UE resultaban aplicables a todos los Estados miembro¹⁵; del otro lado, las disposiciones del Acuerdo sobre la Política Social anexo al Tratado de la UE aplicables a todos los que en aquella época eran miembros de la UE¹⁶, con excepción del Reino Unido¹⁷.

A pesar de que tal disrupción fue superada, hasta la firma del Tratado de Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, y su entrada en vigor el 1º de mayo de 1999, cuando todos los Estados miembro –incluido el Reino Unido– aceptaron la integración del Acuerdo sobre Política Social en el texto del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la UE, siguiendo la línea de los Tratados Constitutivos de la CEE, en los textos de los Tratados de Ámsterdam, Niza y Lisboa mantiene la tarea residual de apoyar y complementar la acción de los Estados miembro en el ámbito de la seguridad social, bajo los siguientes supuestos¹⁸:

- a) Se evite establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas;
- b) No se afecte la facultad reconocida a los Estados miembro de definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social, y
- c) No se afecte de modo sensible el equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social.

II. EL DERECHO DERIVADO VINCULANTE EN LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEOS

El artículo 48 del TFUE dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán en materia de seguridad social las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando un sistema que permita garantizar a los

14. El Protocolo 14 sobre Política Social se incorpora como anexo al Tratado de la Unión Europea.

15. Con el Tratado de Maastricht nace la Unión Europea y se estableció la ciudadanía de la Unión.

16. Los once Estados miembro eran el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República Portuguesa.

17. El 2 de octubre de 1997, cuando se firma el Tratado de Ámsterdam, Reino Unido aceptó el Protocolo sobre Política Social. El Tratado de Ámsterdam integra en el Título XI TCE aquellas disposiciones que conformaban dicho Acuerdo sobre Política Social. En consecuencia, con este Tratado quedan definitivamente aglutinadas bajo un mismo Capítulo todas las disposiciones de Derecho originario en materia de política social. El Tratado de Ámsterdam –que entró en vigor el 1 de mayo de 1999– establece en el artículo 49 la exigencia del respeto de los derechos humanos como condición indispensable para que un Estado europeo pudiera solicitar el ingreso como miembro de la Unión. Este tratado introduce bases habilitantes europeas para la adopción de legislación en diversos ámbitos sociales y se extiende a través del Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001.

18. *Ibid.*, artículo 153, apartado 1, letra c), y apartado 2, del TFUE.

trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas, y b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembro.

En cumplimiento de este mandato, ante el carácter doméstico que ostenta la seguridad social, el papel de instrumento que se le atribuye para tratar de garantizar el ejercicio de la libertad de circulación por razones laborales, familiares o personales, la existencia de los principios de territorialidad y de subsidiariedad que limitan la actuación de la Unión en el sistema de coordinación de seguridad social, aunado al rechazo de la regulación armonizadora de las prestaciones de seguridad social, la intervención comunitaria opera bajo dos líneas de actuación. La primera de ellas, es la coordinación reglamentaria de los disímiles sistemas de seguridad social que imperan en los Estados miembro de la UE para hacer posible la libre circulación de personas. La segunda línea es la armonización de los sistemas de seguridad social para eliminar las contradicciones o las divergencias entre las disposiciones legislativas y administrativas de los Estados miembro y lograr el acercamiento de las legislaciones para la equiparación por la vía del progreso en las condiciones de vida laborales de los trabajadores. Dentro de esta última esfera de actuación se encuentra la emisión de Directivas y Decisiones como instrumentos legislativos de derecho Derivado de carácter vinculante (*hard law*) que se analizan en este trabajo.

A. Reglamentos

Los reglamentos son actos jurídicos que al prevalecer sobre los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro¹⁹ (primacía normativa) su acatamiento es obligatorio, automático y uniforme desde su entrada en vigor, que es cuando empieza a producir efectos jurídicos, sin que medie ninguna medida nacional de recepción, transposición o incorporación previa a los sistemas jurídicos nacionales. Los reglamentos emanados de las instituciones de la UE, pero fortalecidos con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, son el típico instrumento de armonización normativa o, lo que es igual, de imposición a los Estados de un derecho único.

Dentro de los reglamentos se distingue entre los que se adoptan de manera directa a partir de disposiciones de un Tratado, a los que se denomina reglamentos de base, y los reglamentos de ejecución que son adoptados por el Consejo o la Comisión en función de otros reglamentos a los que no pueden derogar. Los reglamentos se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea en todas las lenguas oficiales y entran

19. El Tribunal de Luxemburgo en su sentencia del asunto C-118/00, Lasy determinó que si las normas procesales nacionales se oponían a la protección efectiva de los derechos que se derivaban del efecto directo del Derecho comunitario, la administración nacional debería haber excluido su aplicación. Asunto 118/00. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de junio de 2001, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46474&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=571430> (fecha de consulta: 2 de octubre de 2020).

en vigor en la fecha que se fija en la publicación o al vigésimo día de su publicación²⁰. Como instrumentos de coordinación, el objetivo de los reglamentos es concretar actuaciones de articulación –que no de armonización–, para crear el entramado necesario para permitir el engranaje de las relaciones jurídicas transnacionales²¹, evitar que los trabajadores migrantes pierdan sus derechos de seguridad social al ejercitar la libertad fundamental de libre circulación y soslayar una doble cobertura en situaciones transfronterizas. Por ello, en su contenido reúnen una serie de reglas y principios comunes que permiten determinar la normativa de seguridad social aplicable.

En Europa, el primer instrumento de coordinación en materia de seguridad social fue el Reglamento número 3, de 25 de septiembre de 1958, relativo a la seguridad social de migrantes; cuyo instrumento de aplicación era el Reglamento número 4, de 3 de diciembre de 1959. Ambos reglamentos, correspondientes a la Comunidad Europea del Acero y el Carbón (CECA), estuvieron vigentes a partir del 1 de enero de 1959. El primigenio reglamento número 3, cuyo ámbito de aplicación personal cubría a los trabajadores asalariados o asimilados sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembro, nacionales de uno de los Estados miembro, apátridas o refugiados residentes en el territorio de uno de los Estados miembro, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes, fue reemplazado por el Reglamento de Coordinación 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la CEE, de cuyas modalidades de aplicación se ocuparía el Reglamento número 574/72, de 21 de marzo de 1972²². El ámbito de aplicación personal del Reglamento 1408/71, como resultado de las modificaciones de que fue objeto, se amplió por los ordenamientos siguientes:

- Reglamento 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981. Incluyó en el ámbito de la coordinación de regímenes de seguridad social a los trabajadores autónomos y a los miembros de su familia.
- Reglamento 1290/97 del Consejo, de 27 de junio de 1997. Incorporó de manera expresa a los familiares y causahabientes de los funcionarios en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1408/71.
- Reglamento 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998. Incluyó en el ámbito de la coordinación de regímenes de seguridad social a los regímenes especiales de funcionarios públicos. Este Reglamento también suprimió el artículo 2.3 del Reglamento 1408/71, que provocó la desaparición de la regulación diferenciada entre trabajadores y funcionarios protegidos por un régimen coordinado por el Reglamento 1408/71.

20. Artículo 297 TFUEt.

21. Miranda Boto, J.M.: “El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.): *El reglamento comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008, p. 27.

22. Los Reglamentos 1408/71 y 574/72 entraron en vigor el 1 de octubre de 1972, para sustituir a los Reglamentos 3 y 4.

- Reglamento 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999. Incorporó a los estudiantes y sus familiares en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1408/71.
- Reglamento 859/03 del Consejo, de 14 de mayo 2003. Hasta el 31 de mayo de 2003, el Reglamento número 1408/71 se aplicaba a determinadas categorías de nacionales de terceros países, tales como familiares de nacionales de la UE, apátridas y refugiados. El 1º de junio de 2003 entró en vigor el Reglamento 859/2003, que extendió el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 a los nacionales de terceros países que se desplacen dentro de la UE de reunir los siguientes requisitos: a) Residan de manera legal en un Estado miembro de la UE y b) Al comprobarse un movimiento intracomunitario.
- Reglamento 631/2004 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 31 de marzo de 2004. Incluyó a las personas no activas en el ámbito de aplicación del artículo 22 bis del Reglamento 1408/71.

En cuanto al ámbito de aplicación material, el Reglamento 1408/71 amparaba a sus beneficiarios contra las siguientes contingencias: a) Enfermedad y Maternidad, b) Invalidez, c) Vejez, d) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, e) Desempleo, f) Defunción, g) Supervivencia y h) Prestaciones familiares que comprende prestaciones y subsidios familiares.

Mediante el Reglamento 1247/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992, se amplió el ámbito de aplicación material del Reglamento 1408/71 al incluir las prestaciones especiales no contributivas. Asimismo, cabe destacar que aun cuando la dependencia no figura en el catálogo de riesgos coordinados por el Reglamento 1408/71, en las sentencias dictadas en los asuntos *Molenaar*²³, *Jauch*²⁴, *Gaumain-Cerri*²⁵, *Barth*²⁶, *Hosse*²⁷ y *Gobierno de la Communauté française y Gouvernement wallon contra Gouvernement flamand*²⁸, el Tribunal de Luxemburgo calificó como prestación coordinada de seguridad social a las asignaciones instauradas por el seguro de dependencia.

23. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1998. *Manfred Molenaar y Barbara Fath-Molenaar contra Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg*. Asunto C-160/96. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ01604> (fecha de consulta 3 de junio de 2020).

24. Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2001. *Friedrich Jauch contra Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*. Asunto C-215/99. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0215> (fecha de consulta: 3 de junio de 2020).

25. Asunto C-502/01 y C-31/02. *Silke Gaumain-Cerri contra Kaufmännische Krankenkasse-Pflegekasse y Maria Barth contra Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz*. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-502/01&language=en4> (fecha de consulta: 3 de junio de 2020).

26. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 15 de abril de 2010. *Friedrich G. Barth contra Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung*. Asunto C-542/08. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0542> (fecha de consulta 3 de junio de 2020).

27. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de febrero de 2006. *Silvia Hosse contra Land Salzburg*. Asunto C-286/03. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62003CJ02864> (fecha de consulta 3 de junio de 2020).

28. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de abril de 2008. *Gobierno de la Communauté française y Gouvernement wallon contra Gouvernement flamand*. Asunto C-212/06. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62006CJ021> (fecha de consulta 3 de junio de 2020).

Además de los referidos cambios, el Reglamento 1408/71 fue modificado por los siguientes instrumentos:

- Reglamento 2793/81, de 17 de septiembre 1981.
- Reglamento 3795/81, de 8 de diciembre de 1981.
- Reglamento 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983.
- Reglamento 3095/95 del Consejo, de 22 de diciembre de 1995.
- Reglamento 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre 1996.
- Reglamento 1223/98 del Consejo, de 4 de junio de 1998.
- Reglamento 1399/1999 del Consejo, de 29 de abril de 2009.
- Reglamento 1386/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001.
- El Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión.
- Reglamento 647/2005 del Parlamento y del Consejo, de 13 de abril de 2005.
- Reglamento 629/2006 del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2006.
- Reglamento 1791/2006 del Consejo, de 20 de noviembre de 2006.
- Reglamento 1992/2006 del Parlamento y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006.
- Reglamento 592/2008 del Parlamento y del Consejo, de 17 de junio de 2008.

Mientras que el Reglamento 574/72 se modificó por los siguientes instrumentos:

- Reglamento 2864/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972.
- Reglamento 1392/74 del Consejo, de 4 de junio de 1974.
- Reglamento 1209/76 del Consejo, de 30 de abril de 1976.
- Reglamento 2595/77 de 21 de noviembre de 1977.
- Reglamento 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981.
- Reglamento 2793/81 del Consejo, de 17 de septiembre de 1981.
- Reglamento 2474/82 de 1° de septiembre de 1982.
- Reglamento 799/83 de la Comisión, de 29 de marzo de 1983.
- Reglamento 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983.
- Reglamento 1660/85 del Consejo, de 13 de junio de 1985.
- Reglamento 1305/89 del Consejo, 11 de mayo de 1989.
- Reglamento 2332/89 del Consejo, de 18 de julio de 1989.
- Reglamento 3427/89 del Consejo, de 30 de octubre de 1989.
- Reglamento 2195/91 del Consejo, de 25 de junio de 1991.
- Reglamento 1247/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992.
- Reglamento 1945/93 del Consejo, de 30 de junio de 1993.
- Reglamento 3095/95 del Consejo, de 22 de diciembre de 1995.

- Reglamento 1290/97 del Consejo, de 27 de junio de 1997.
- Reglamento 1223/98 del Consejo, de 4 de junio de 1998.
- Reglamento 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998.
- Reglamento 307/1999 del Consejo de 8 de febrero de 1999.
- Reglamento 1399/1999 del Consejo, de 29 de abril de 1999.
- Reglamento 89/2001 de la Comisión, de 17 de enero de 2001.
- Reglamento 1386/2001 del Parlamento Europeo y Consejo, de 5 de mayo de 2001.
- Reglamento 410/2002 de la Comisión, de 27 de febrero de 2002.
- Reglamento 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003.
- Reglamento 1851/2003 de la Comisión, de 17 de octubre de 2003.
- Reglamento 631/2004 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 31 de marzo de 2004.
- Reglamento 77/2005 de la Comisión, de 13 de enero de 2005.
- Reglamento 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005,
- Reglamento 207/2006 de la Comisión, de 7 de febrero de 2006.
- Reglamento 629/2006 del Parlamento Europeo y Consejo, de 5 de abril de 2006.
- Reglamento 1791/2006 del Consejo, de 20 de noviembre de 2006.
- Reglamento 311/2006 de la Comisión, de 19 de marzo de 2007.
- Reglamento 101/2008 de la Comisión, de 4 de febrero de 2008.
- Reglamento 120/2009 de la Comisión, de 9 de febrero de 2009.

Las múltiples modificaciones como resultado de la prolífica y disímil jurisprudencia que emite el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la adhesión de nuevos Estados al sistema de coordinación y la evolución de las legislaciones nacionales de seguridad social incrementaron la complejidad de los reglamentos 1408/71 y 574/72, por lo que en el Consejo de Edimburgo de 1992 se preconizó la simplificación de ambos reglamentos; mientras que en la Comunicación de 1997 intitulada Plan de acción para la libre circulación de los trabajadores, la Comisión Europea confirmó la importancia de modernizar y simplificar las normas de coordinación.

Bajo este escenario, el 1 de mayo de 2010 tuvo lugar la sustitución de los Reglamentos 1408/71 y 574/72²⁹ por el Reglamento de base número 883/2004 del Parlamento

29. Por disposición del artículo 90 del Reglamento n° 883/2004 y el artículo 96 del Reglamento n° 987/2009, se determinó que los Reglamentos (CEE) n° 1408/71 y n° 574/72 seguirán en vigor y se mantendrán sus efectos jurídicos en lo relativo a los siguientes efectos:

- a) El Reglamento (CE) 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, destinado a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por estas disposiciones
- b) El Reglamento (CEE) 1661/85, de 13 de junio de 1985, por el que se establecen las adaptaciones técnicas de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes en lo que se refiere a Groenlandia.
- c) El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembro por un lado, y la Confederación Suiza por otro, sobre la libre circulación de personas; y otros acuerdos que hacen referencia al Reglamento (CEE) 1408/71. Reglamento 883/2004, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004R0883-20140101&from=BG> (fecha

Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 200, 7.6.2004) y por el Reglamento nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 284 de 30.10.2009).

El ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004 se circunscribe a los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea³⁰, de Islandia, Noruega, Liechtenstein, Suiza³¹; de un Estado parte del Espacio Económico Europeo³², a los apátridas o refugiados residentes en uno de los Estados miembro de la Unión Europea, en un Estado parte del Espacio Económico Europeo o Suiza, así como a los miembros de sus familias y los supervivientes.

Igualmente, el Reglamento 883/2004 resulta aplicable a los supervivientes de personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios Estados miembro, cualquiera que sea la nacionalidad de éstas, si dichos supervivientes son nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, de un Estado Parte del Espacio Económico Europeo, de Suiza, así como a los refugiados o apátridas residentes en el territorio de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo, o de Suiza. Bajo la normativa del Reglamento (CE) 1231/2010³³, a los nacionales de terceros países y a sus familiares, también les resultan aplicables los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, pero deberán acreditar la legalidad de la residencia en un Estado miembro de la Unión. Por su parte, el campo de aplicación material del Reglamento 883/2004 amplía el esquema de protección al tipificar las contingencias siguientes³⁴:

- Prestaciones de enfermedad (asistencia sanitaria e incapacidad temporal).
- Prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas.
- Prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales.
- Prestaciones de invalidez.
- Pensiones de vejez (jubilación).
- Prestaciones de supervivencia.
- Subsidios de defunción.

de consulta 11 de junio de 2020) y Reglamento 987/2009, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0987&from=EL> (fecha de consulta 13 de julio de 2020).

30. La Unión Europea nace en el Tratado de Maastricht y se integra por Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia. Desde 1 de mayo de 2010 el Reglamento 883/2004 resulta aplicable a los trabajadores nacionales de la Unión Europea que se desplacen a los países de la Unión Europea. El Reglamento 883/2004 es aplicable a partir del 1 de julio de 2013 a los trabajadores, cualquiera que sea su nacionalidad, que se desplacen a Croacia.

31. Desde 1 de abril de 2012 Reglamento 883/2004 resulta aplicable a los trabajadores de la Unión Europea y suizos que se desplacen a Suiza.

32. Son países pertenecientes al Espacio Económico Europeo: Islandia, Liechtenstein y Noruega. A partir del 1 de junio de 2012 el Reglamento 883/2004 es aplicable a los trabajadores nacionales la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.

33. En Dinamarca los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social no son aplicables a los nacionales de terceros países.

34. Artículo 3 del Reglamento 883/2004.

- Prestaciones de desempleo.
- Prestaciones familiares. A diferencia del Reglamento 1408/71, que distinguía entre prestaciones familiares y subsidios familiares, el Reglamento 883/2004 suprime tal dualidad y opta por el término prestaciones familiares.
- Prestaciones de prejubilación.
- Prestaciones especiales en metálico no contributivas.
- Regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador.

De acuerdo con lo anterior, el Reglamento 883/2004 se decanta por el mantenimiento del sistema de lista cerrada de prestaciones contributivas como no contributivas de seguridad social, y a pesar de que amplía su campo de aplicación material en favor de los derechohabientes, al extender su cobertura a los regímenes legales de prejubilación, no cubre la asistencia social³⁵ y médica como tampoco a los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias. Y es que, ante la inexistencia de una legislación única en materia de seguridad social que sea aplicable a todos los ciudadanos de los diversos Estados miembro, los reglamentos 883/2004 y 987/2009 –cada vez con mayor dificultad–, al coordinar la aplicación de las diversas normativas de seguridad social de los respectivos Estados, no sólo prescriben la aplicabilidad del sistema de seguridad social en los casos de desplazamiento en la UE, sino también decretan la procedencia, determinación y cálculo de las prestaciones, así como los requisitos para acceder a las mismas y demás particularidades del régimen de seguridad social establecidas por cada Estado miembro a través de su legislación.

B. Directivas

Las directivas son actos legislativos que imponen a los Estados miembro de la UE la consecución de un determinado resultado o disposiciones mínimas para aplicarse de manera progresiva. Los Estados, teniendo en cuenta sus condiciones y reglamentaciones técnicas existentes, quedan en libertad de adoptar las medidas que permitan incorporar la directiva al Derecho nacional (transposición) dentro del plazo establecido en la misma. El retraso en la transposición de directivas de los países de la UE sigue siendo un problema persistente, que impide que los ciudadanos y las empresas aprovechen los beneficios tangibles del Derecho de la UE.

La Comisión puede incoar un procedimiento de infracción cuando el Estado miembro no incorpore una directiva a su Derecho interno. Es obligación de los Estados informar a la Comisión Europea sobre el cumplimiento de las directivas en el plazo establecido en las mismas. Con la información proporcionada la Comisión publica un informe que puede contener recomendaciones para los Estados miembro.

35. Las prestaciones de asistencia social están destinadas a combatir la pobreza y se conceden normalmente sobre la base de una evaluación individual de las necesidades y circunstancias de la persona que las solicita.

Con la finalidad de avanzar en la dimensión exterior de la UE, se han aprobado una serie de directivas que tienen como objetivo incorporar el principio-valor de la igualdad de trato en la normatividad de los Estados miembro para superar la brecha pensionaria existente entre hombres y mujeres, para con posterioridad con algunas limitaciones puntuales, ampliar la aplicación de este principio para abatir las diferencias entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros Estados, contemplar la exportabilidad y portabilidad de las pensiones a terceros Estados en las mismas condiciones que para los ciudadanos del Estado miembro de que se trate, sin que medie la celebración de un convenio bilateral. Dentro de este rubro destacan las Directivas siguientes:

- Directiva 79/7/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social [DO L 6 de 10 de enero de 1979].
- Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social³⁶.
- Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como la protección de la maternidad (DO L 359 de 19 de diciembre de 1986).
- Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o esté en período de lactancia [DO L 348 de 28 de noviembre de 1992].
- Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.
- Directiva 96/97/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996. Esta Directiva modificó a la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social³⁷.
- Directiva 97/80/CE, del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, ampliada al Reino Unido por la Directiva 98/52/CE, de 13 de julio de 1998³⁸.
- Directiva 98/49/CE del Consejo de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad [DO L 209 de 25 de julio de 1998], en cuyo artículo 4, para cumplir el principio de igualdad de trato en el mantenimiento de los derechos de pensión, se impone a los Estados miembro la adopción de las medidas

36. Esta directiva se encuentra derogada.

37. Esta directiva se encuentra derogada.

38. Esta directiva se encuentra derogada.

necesarias para garantizar a los afiliados que hayan dejado de abonarse cotizaciones a un régimen complementario de pensión como consecuencia de su desplazamiento de un Estado miembro a otro, el mantenimiento de los derechos de pensión adquiridos en un nivel comparable al nivel de que se benefician los afiliados respecto de los cuales se deje de cotizar, pero que permanecen en el mismo Estado miembro. Este artículo también será aplicable a otros posibles beneficiarios con arreglo a las normas del régimen complementario de pensión de que se trate.

- Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002. Esta Directiva modificó la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) [DO L 204 de 26 de julio de 2006]. Esta directiva, en su artículo 4, dispone que en los regímenes profesionales de seguridad social no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo, en particular en lo relativo al ámbito de aplicación de dichos regímenes, las condiciones de acceso a los mismos; la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones; el cálculo de las prestaciones, incluidos, los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, así como las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones³⁹.

El ámbito de aplicación personal de esta Directiva es la población activa, los trabajadores autónomos, inválidos y cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, maternidad, accidente o paro involuntario, las personas que busquen empleo, jubilados, así como los derechohabientes de dichos trabajadores y trabajadoras conforme a la legislación o las prácticas nacionales. De acuerdo con el ámbito de aplicación material, la Directiva 2006/54/CE cubre los siguientes riesgos: a) Enfermedad, b) Invalidez, c) Vejez, incluido el caso de jubilaciones anticipadas, d) Accidente laboral y enfermedad profesional, e) Desempleo, f) Regímenes profesionales de seguridad social que prevean otras prestaciones sociales, en dinero o en especie, g) Prestaciones de supervivientes y prestaciones familiares, cuando ambos beneficios tengan la calidad de gratificaciones pagadas por el empresario al trabajador o trabajadora en razón del empleo de este último, h) Los regímenes de pensión para una categoría particular de trabajadores y trabajadoras, como el personal de la administración pública, si las prestaciones devengadas en virtud de dicho régimen se abonan al trabajador en razón de su relación laboral con el empleador o empleadora públicos. El hecho de que el

39. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:es:PDF> (fecha de consulta 3 de septiembre de 2020).

régimen en cuestión forme parte de un régimen general obligatorio no tendrá ningún efecto a este respecto.

- Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, en cuyo artículo 14 dispone que los titulares de la tarjeta azul disfrutarán de igual trato que los nacionales del Estado miembro que la expidió en cuanto a las disposiciones del Derecho nacional relativas a las ramas de la seguridad social definidas en el Reglamento número 1408/71.
- Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BusinessEurope, la UEAPME, el CEEP y la CES [DOL 68 de 18 de marzo de 2010]. Esta Directiva derogó a la Directiva 96/34/CE.
- Directiva 2011/98/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro de la UE y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. [DO L 343/1 de 23 de diciembre de 2011]. De acuerdo con el artículo 12 de la Directiva 2011/98/UE, los trabajadores de terceros países gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan en lo que se refiere a las ramas de la seguridad social, según lo definido en el Reglamento 883/2004. Además, el apartado 4 de dicho precepto dispone que los trabajadores de terceros países que se trasladen a un tercer país, o sus supérstites que residan en terceros países y sean titulares de derechos generados por esos trabajadores, recibirán las pensiones legales por vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo anterior de tales trabajadores y adquiridas con arreglo a la legislación mencionada en el artículo 3 del Reglamento 883/2004, en las mismas condiciones y en las mismas cuantías que los nacionales de los Estados miembro de que se trate cuando se trasladan a un tercer país.
- Directiva 2014/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros. El artículo 23 de esta Directiva dispone que los trabajadores temporeros tendrán derecho al mismo trato que los nacionales del Estado miembro de acogida, por lo menos en lo que respecta a las ramas de seguridad social definidas en el artículo 3 del Reglamento 883/2004. Los trabajadores temporeros que se trasladen a un tercer país, o los supérstites de tales trabajadores que residan en un tercer país y en cuyo favor el trabajador temporero haya causado derechos, recibirán las pensiones legales basadas en el empleo anterior del trabajador temporero y adquiridas de conformidad con la legislación que contempla el artículo 3 del Reglamento 883/2004, en las mismas condiciones y con arreglo a los mismos

baremos que los nacionales de los Estados miembro de que se trate cuando se trasladan a un tercer país.

- Directiva 2014/50/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembro mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. Texto pertinente a efectos del EEE.

C. Decisiones

Las decisiones son actos jurídicos vinculantes que deben notificarse a los interesados para que puedan surtir efectos. Aquellas decisiones que se adopten a través del procedimiento legislativo ordinario deben publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea. La decisión se distingue del reglamento por la determinación de sus destinatarios; y de la directiva por no requerir transposición al Derecho nacional y porque no tiene como únicos destinatarios a los Estados miembro, sino que puede dirigirse también a los particulares, como se puede observar en el siguiente cuadro que se inserta con la finalidad de exponer las principales diferencias que imperan en los instrumentos del Derecho Derivado.

Cuadro 1. Instrumentos jurídicos del Derecho Derivado de la Unión Europea

Tipo de acto	Destinatario	Efecto
Reglamento	Todos los Estados miembro Instituciones de la UE. Todas las personas físicas y jurídicas.	Directamente aplicable y obligatorio en todos sus elementos a partir de su entrada en vigor
Directiva	Todos o algunos Estados miembro.	En principio, las directivas no son directamente aplicables ⁴⁰ , el legislador nacional debe adoptar un acto de transposición (también llamado medida nacional de ejecución) en el derecho interno mediante el que se adapte la legislación nacional a tenor de los objetivos definidos en la directiva.
Decisión	Todos o algunos Estados miembro. Determinadas personas físicas o jurídicas.	Directamente aplicable Obligatoria en todos sus elementos para sus destinatarios

Fuente: Elaboración propia

40. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (asunto Francovich, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90) ha considerado que, de forma excepcional, determinadas disposiciones de una directiva pueden tener efectos directos en un Estado miembro sin que sea necesario que este último haya adoptado un acto de transposición previo, siempre que: a) la directiva no haya sido transpuesta o lo haya sido de forma incorrecta; b) las disposiciones de la directiva sean incondicionales y suficientemente claras y precisas; y c) las disposiciones de la directiva confieran derechos a los individuos. Caso Francovich y República Italiana; Danila Bonifaci y otros y República Italiana, Sentencia de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90) disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:7a76ea3f-a919-475c-8cbe-29e0b260ebc4.0008.03/DOC_1&format=PDF (fecha de consulta 26 de julio de 2020).

La importancia de las Decisiones radica en que son el primer paso para desarrollar una dimensión externa de las normas de coordinación en materia de seguridad social⁴¹. En materia de coordinación de los sistemas de seguridad social destacan las decisiones siguientes:

- Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010, relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembro, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social.
- Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010, relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo Euromediterráneo, por el que se establece una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembro, por una parte, y el Estado de Israel, por otra, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social.
- Decisión del Consejo de Asociación instituido por el Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembro, por una parte, y la República de Túnez, por otra, con respecto a las disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social contenidas en el Acuerdo Euromediterráneo.
- Decisión del Consejo, de 6 de diciembre de 2012, relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Estabilización y Asociación instituido por el Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembro, por una parte, y la República de Montenegro, por otra, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social.
- Decisión del Consejo, de 6 de diciembre de 2012, relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Estabilización y Asociación instituido por el Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembro, por una parte, y la República de Albania, por otra, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social.
- Decisión 2012/775/UE del Consejo, relativa a la posición que deberá adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Comité de cooperación instituido por el Acuerdo de cooperación y de unión aduanera entre la Comunidad Europea y sus Estados miembro, por una parte, y la República de San Marino, por otra, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social.

41. García de Cortázar y Nebreda, C. y Zufiaur Narvaiza, J. M.: "La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2016, p. 12.

- Decisión 2012/776/UE del Consejo, relativa a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Asociación establecido por el Acuerdo por el que se crea una asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía con respecto a la adopción de las disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social.

Por lo general, el contenido de las anteriores Decisiones se centra en la exportación de determinadas prestaciones por parte de los Estados de la Unión a los Estados signatarios de los correspondientes acuerdos, así como el reconocimiento de la igualdad de trato a los trabajadores del tercer país de que se trate, legalmente empleados en la UE y a los miembros de sus familias, además de garantizarse que las disposiciones sobre la exportación de prestaciones y la concesión de la igualdad de trato también se apliquen, por reciprocidad, a los trabajadores de la UE legalmente empleados en los países socios terceros y a los miembros de sus familias.

Con estos instrumentos, que se encuentran sujetos a la adopción y refrendo por parte de los Consejos de Asociación y Estabilización, además de revestir un contenido amplio y variado como resultado de los intereses de las partes contratantes, se intenta crear en un solo instrumento jurídico normas armonizadoras que consignen derechos y obligaciones recíprocos aplicables a las partes signantes, esto es, a los ciudadanos de la UE que trabajen en alguno de los referidos países como a los nacionales de los Estados asociados que hagan o hayan hecho lo propio en territorio de la Unión con la finalidad de soslayar la multiplicidad de convenios bilaterales, que a pesar de ser resultado de los fenómenos migratorios y la movilidad transnacional de trabajadores, en ellos la UE carece de presencia.

III. EL DERECHO DERIVADO NO VINCULANTE EN LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEOS

Como parte del Derecho derivado se encuentran las recomendaciones y los dictámenes, cuya debilidad radica en su carácter no vinculante (*soft law*). Ambos instrumentos de orden no legislativo sugieren la realización de determinada conducta, pero al no generar obligaciones legales de cumplimiento, su desacato no provoca ningún tipo de sanción para los Estados miembro.

A. Dictámenes

El dictamen es un instrumento que permite a las instituciones de la UE emitir una opinión, sin imponer obligación legal alguna sobre el tema al que se refiere. En materia de coordinación en el ámbito de la seguridad social sobresale el Dictamen aprobado por el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en la sesión celebrada el 14 y 15 de noviembre de 2012.

El dictamen del CESE apoya los postulados de la Comunicación de la Comisión sobre la dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE y, en un marco de respeto de las competencias nacionales con la finalidad de asegurar la coordinación y compatibilidad con el derecho de la Unión de los convenios bilaterales de seguridad social suscritos con países terceros, aboga por una negociación directa en materia de seguridad social entre la UE con terceros países, potencias emergentes y organizaciones supranacionales ante el carácter incompleto y fragmentario de los convenios internacionales bilaterales que brindan protección única a los nacionales de los Estados firmantes o responden a intereses concretos que no son siempre compartidos por todos los Estados miembro de la Unión, amén de que tales convenios podrían tener contenidos diferentes e incluso contradictorios entre sí, además de favorecer el desequilibrio de fuerzas si los Estados miembro no actúan globalmente, con intereses y posiciones comunes⁴².

De esta manera, el CESE es partidario de un enfoque global de la UE en el campo de la seguridad social con la finalidad de adoptar una regla única que soslaye la aplicación discrecional y arbitraria de la ley del lugar de trabajo o la del Estado de procedencia según interés, para complementar las políticas que los Estados miembro están desarrollando con países terceros, pues de otro modo no es posible dar cumplimiento pleno a las obligaciones que el derecho de la Unión impone, además de soslayar, especialmente en el supuesto de trabajadores destacados o desplazados, el doble pago de cotizaciones sociales en el Estado de empleo y en el Estado de procedencia, que abonaría en beneficio de la movilidad de los trabajadores, la competitividad de las empresas en el exterior y potenciaría el establecimiento en el territorio de la Unión de empresas de otros países.

El otro dictamen que destaca es el emitido el 12 de julio de 2017 por Markku Markkula, en su calidad de presidente del Comité Europeo de las Regiones (CDR), respecto de la propuesta de la Comisión Europea para modificar el Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y el Reglamento 987/2009. A pesar de que el CDR expresa su apoyo a la revisión de las normas para la coordinación de la seguridad social y reconoce sobre la base del principio de subsidiariedad que la acción propuesta, por su carácter transnacional, puede lograrse mejor en el ámbito de la UE, realiza enmiendas a las propuestas presentadas por la Comisión Europea, en los rubros siguientes⁴³:

- No obstante, que la coordinación de las prestaciones asistenciales amplía el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004, lo que es necesario para alcanzar los objetivos de la acción propuesta por la Comisión Europea, para el

42. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo respecto de la Comunicación de la Comisión sobre la dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE. Disponible en: https://oiss.org/wp-content/uploads/2000/01/ces930-2012_00_00_tra_ac_es.pdf (fecha de consulta 4 de junio de 2020).

43. Dictamen del Comité Europeo de las Regiones, respecto de la propuesta de la Comisión Europea para modificar el Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y el Reglamento 987/2009.

- CDR la prohibición de acumular prestaciones de enfermedad y asistenciales podría resultar difícil de gestionar.
- Considera necesario aclarar la forma en que los Estados miembros pueden ampliar el periodo de exportación de las prestaciones por desempleo más allá de la legislación europea aplicable.
 - A pesar de acoger con satisfacción la prolongación prevista de la posibilidad de exportación de prestaciones por desempleo de tres a seis meses, el CDR observa que esto debe ir aparejado con políticas activas del mercado laboral, que constituyen un elemento clave de las llamadas estrategias de activación destinadas a abordar la interacción entre los sistemas de asistencia y de seguro de desempleo, las políticas activas del mercado laboral y la condicionalidad de las prestaciones.
 - Reconoce que es positivo que las personas económicamente no activas no queden excluidas en el futuro de un seguro de enfermedad en función de su lugar de estancia real, y a que se les pueda autorizar a contribuir de forma proporcionada a un régimen de seguro de enfermedad sobre la base de su lugar de residencia habitual, sin embargo, lo anterior para el CDR puede constituir una limitación o una exclusión de la asistencia social.
 - El CDR subraya que, si bien todos los ciudadanos de la UE tienen derechos específicos a las prestaciones sociales familiares del país en el que se hayan registrado –estén empleados o en estén sujetos a impuestos–, pueden darse diferencias significativas entre los Estados miembro respecto de los derechos a estas prestaciones.
 - De conformidad con la posición adoptada por el CDR en relación con la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores (CDR-2016-02881) reduce la propuesta de la Comisión de veinticuatro a doce meses como plazo a partir del cual la legislación del país de acogida debe aplicarse a un trabajador desplazado.

En la parte final del Dictamen, el CDR pide a la Comisión y a los Estados miembro que utilicen la experiencia de las regiones fronterizas en materia de trabajadores móviles, además de solicitar al órgano ejecutivo de la UE que refuerce los servicios de apoyo a la movilidad laboral transfronteriza que presta el Servicio Europeo de Empleo (EURES)⁴⁴, haciendo uso de las asociaciones transfronterizas EURES actuales e impulsando, al mismo tiempo, la creación de nuevas asociaciones, y que capacite a estos servicios para recopilar información fiable sobre el número y el perfil de los trabajadores transfronterizos y su empleadores, pues, de acuerdo con el CDR, impera la ausencia de datos e informaciones fiables sobre el número de trabajadores fronterizos en el sentido de la definición jurídica incluida en el Reglamento 883/2004.

44. EURES es una red de cooperación entre la Comisión Europea y los servicios públicos de empleo de los Estados miembro de la UE que fomenta la movilidad de los trabajadores, proporciona información, asesoramiento y servicios de contratación y colocación a empresarios, trabajadores y a cualquier ciudadano que desee aprovechar la libre circulación de trabajadores.

B. Recomendaciones

Las recomendaciones permiten a las instituciones de la UE dar a conocer sus puntos de vista, pero sólo sugieren una línea de actuación sin imponer obligaciones legales a quienes se dirigen, al dejarles un margen de flexibilidad para alcanzar los objetivos a partir de la historia y prácticas nacionales.

Las crisis económica y financiera de 2008 y 2010 propiciaron la implementación de una serie de medidas en el ámbito de la seguridad social por parte de los Estados miembro de la Unión Europea que aunadas a aspectos demográficos, cambios en el mundo laboral y a la prolongación de la vida laboral han incrementado la intervención y la preocupación de la UE en los problemas que tienen que afrontar los Estados miembro respecto del financiamiento y sostenibilidad de los sistemas de pensiones a través de las recomendaciones.

Asimismo, como parte de la realización del Pilar Europeo de los Derechos Sociales, la Comisión Europea, a través de las recomendaciones, ha sugerido el análisis a escala europea del futuro de los sistemas de pensiones con un enfoque integrado en el que se tengan en cuenta los diferentes sistemas de pensiones (régimen legal de seguridad social, planes de pensiones profesionales y personales) sobre la base de un método abierto de coordinación con objetivos comunes, creación de indicadores y mecanismos de seguimiento de las reformas nacionales que ofrezcan un marco para el intercambio de información y experiencias entre los Estados miembro.

En consonancia con el Pilar Europeo de Derechos Sociales, el 13 de marzo de 2018 el Consejo aprobó la Recomendación relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, cuyo objeto es eliminar las carencias de cobertura formal garantizando que los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia en condiciones comparables puedan afiliarse a sistemas de seguridad social con una cobertura adecuada y eficaz, facilitar la transferencia de derechos de seguridad social de un empleo a otro y garantizar que ambos tipos de trabajadores puedan recibir información transparente sobre sus derechos y obligaciones en materia de seguridad social.

Y es que la posibilidad de armonizar los sistemas de seguridad social a través de las recomendaciones se vislumbra como un objetivo difícil de cumplimentar por dos razones fundamentales: la primera de ellas tiene que ver con el carácter no vinculante que ostentan este tipo de instrumentos; mientras que la segunda es la referente a que la organización, funcionamiento y financiamiento de los sistemas de seguridad social corresponde su regulación a los Estados miembro, por lo que a la UE sólo tiene una competencia subsidiaria.

IV. OTRAS ACTUACIONES QUE PERMITEN COORDINAR LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEOS

Además de los actos jurídicos contemplados en los Tratados, las instituciones de la Unión cuentan con otras muchas formas de acción para dar cuerpo y contenido a la normativa comunitaria. En el ámbito de la coordinación de los sistemas de seguridad social europeos sobresalen las resoluciones y comunicaciones de la Comisión Europea que se analizan en este apartado.

A. Comunicaciones

Las comunicaciones son instrumentos atípicos que presentan de forma sistemática los principios que presiden un determinado sector, aportando precisiones de la mano de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia comunitaria, a partir de las cuales pretende ofrecer a los Estados miembro y a los operadores económicos un marco de referencia claro y coherente⁴⁵. La Comisión Europea en la mayoría de sus comunicaciones emitidas en materia de seguridad social se ha ocupado de dos temas. El primero, referente a la intervención de la UE sobre los sistemas nacionales de seguridad social con la finalidad de instaurar los mecanismos que garanticen pensiones más seguras y viables ante los nuevos aspectos demográficos, el aumento de la ocupación de los trabajadores de mayor edad y el retardo de su salida del mercado de trabajo. Las principales comunicaciones que sobresalen en este rubro son las siguientes:

- Comunicación de la Comisión, de 24 de abril de 1990, sobre las personas de edad avanzada y una propuesta del Consejo sobre la acción a tomar por los trabajadores de edad avanzada.
- Comunicación de la Comisión intitulada “Una Europa para todas las edades”. Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones. Bruselas 21 de mayo de 1999.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, sobre la Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: pensiones seguras y viables, de 11 de octubre de 2000.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité, Apoyo a las Estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 18 de marzo de 2002. La respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial.

45. Alonso García, R.: “El soft law comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, p. 72.

- Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2004, para aumentar la ocupación de los trabajadores de más edad y retardar su salida del mercado de trabajo.
- Comunicación de la Comisión, de 3 de julio de 2001. Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado.
- Comunicación de la Comisión, El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad del año.

El segundo tema tratado en las comunicaciones es el referente a la coordinación de los sistemas de seguridad social. La Comisión Europea reconoce que la coordinación en materia de seguridad social entre la UE y el resto del mundo se aborda de dos maneras. Por una parte, existe el enfoque nacional, en el que los Estados miembro celebran acuerdos bilaterales de coordinación en materia de seguridad social con terceros países. Este enfoque tiene un carácter fragmentario, en donde impera una red incompleta de acuerdos, cuyo contenido tiende a variar de un país a otro⁴⁶, pues cada Estado defiende sus propios intereses o negocia a partir de sus propios criterios de oportunidad y no siempre en sintonía con la legislación comunitaria. Por la otra parte, se está desarrollando un enfoque común de la UE para la coordinación en materia de seguridad social con terceros países. En este contexto, la Comunicación respecto de la Dimensión Exterior de la Coordinación en materia de Seguridad Social consigna los siguientes objetivos:

- a) Destacar que los inmigrantes y las empresas de terceros países, que a menudo consideran a la UE como una única entidad, se enfrentan a varios sistemas de seguridad social distintos que crean obstáculos para entrar en UE, desplazarse en ella y salir de la misma.
- b) Defender el fomento y el refuerzo de la cooperación entre los Estados miembro para que pueda desarrollarse un enfoque menos fragmentado de la coordinación en materia de seguridad social con terceros países.
- c) Determinar cómo las normas de la UE afectan actualmente a la dimensión exterior y proporcionar orientaciones claras sobre la relación jurídica entre el Derecho de la UE y los acuerdos nacionales bilaterales.
- d) Describir los componentes existentes de un enfoque común de la UE y presentar propuestas para continuar su desarrollo.

Además de estos objetivos, la Comisión Europea en la comentada comunicación hace hincapié en la importancia de implantar una estrategia común de la UE en el ámbito de la coordinación de regímenes de seguridad social de cara a terceros Estados,

46. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0153&from=EN> (fecha de consulta 23 de mayo de 2020).

respetando las competencias nacionales y asegurando la necesaria coordinación y compatibilidad con el derecho de la Unión de los convenios bilaterales de seguridad social suscritos con países terceros, además de abogar por la cooperación de la Unión con organismos internacionales y el reforzamiento de la cooperación entre los Estados miembro con el fin de que cuenten con las informaciones y medios para desarrollar, en esta materia, una política de coordinación internacional.

Como resultado de las diversas modificaciones que han sufrido los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, así como debido a los resultados obtenidos, por un lado, en la consulta específica sobre la coordinación de las prestaciones de asistencia de larga duración y las prestaciones de desempleo llevada a cabo en 2013, y por otro lado, de la consulta general sobre la coordinación de la seguridad social en la UE efectuada en 2015, la Comisión Europea, como parte de un paquete de movilidad laboral, presentó el 13 de diciembre de 2016 una propuesta para la revisión de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 con la finalidad de continuar el proceso para su modernización. Los temas modulares de la propuesta son los siguientes:

- La exportación de las prestaciones de desempleo durante un período mínimo de seis meses, en lugar de los tres meses actuales. Sin embargo, los Estados miembros podrán exigir que los trabajadores hayan laborado durante al menos tres meses en su territorio para poder solicitar las prestaciones por desempleo en ese país. Ante el incumplimiento de este requisito, los operarios deberán acogerse a la seguridad social de su Estado de origen
- En el caso de los trabajadores transfronterizos que viven en un país, pero trabajan en otro y regresan a casa como mínimo una vez a la semana, se propone que el Estado miembro en el que hayan trabajado en los últimos doce meses sea responsable del pago de las prestaciones de desempleo.
- Definir a las prestaciones asistenciales de duración indeterminada y los supuestos para su procedencia tratándose de los ciudadanos desplazados.
- La armonización de las normas jurídicas en materia de seguridad social con las sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las que en su mayoría, en su calidad de fuentes subsidiarias del Derecho de Unión se han encargado de subsanar las lagunas de los Derechos primario y secundario.
- Con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE⁴⁷ y en aras de evitar prácticas desleales, la propuesta de la Comisión deja claro que los Estados

47. Sentencia de 15 de septiembre de 2015 del Tribunal de Justicia de la UE. Caso *Nazifa, Sonita, Valentina y Valentino Alimanovic vs Jobcenter Berlin Neukölln* Asunto C- 67/14 se determina que un Estado miembro puede excluir de determinadas prestaciones sociales de carácter no contributivo a los ciudadanos de la UE que se desplazan a dicho Estado en busca de trabajo. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0067&from=ES> (fecha de consulta 26 de enero de 2017). Sentencia de 11 de noviembre de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso *Elisabeta Dano y Florin Dano vs. Jobcenter Leipzig*, Asunto C-333/13 se determina que los ciudadanos de la Unión económicamente inactivos que se desplazan a otro Estado miembro con el único fin de beneficiarse de ayudas sociales podrán ser excluidos de determinadas prestaciones sociales. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=159442&doclang=ES> (fecha de consulta 3 de marzo de 2017).

miembros podrán decidir no conceder prestaciones sociales⁴⁸ a los ciudadanos desplazados económicamente inactivos.

- El reforzamiento de las disposiciones administrativas sobre coordinación de la seguridad social en el caso de los trabajadores desplazados. La modificación propuesta por la Comisión Europea intenta garantizar que las autoridades nacionales dispongan de los instrumentos adecuados para comprobar el estatus de los trabajadores desplazados en materia de seguridad social y establece procedimientos más claros para la cooperación entre los Estados miembros a la hora de tratar los posibles casos de prácticas desleales y abusos.

Evidentemente, la propuesta descrita muestra la necesidad de materializar la simplificación de la normativa que debiera imperar en el ámbito de la coordinación de los sistemas de seguridad social. Lamentablemente en contravención a la naturaleza y principios del derecho social, del cual forma parte el derecho de la seguridad social, la naturaleza extraordinariamente técnica y complicada del marco legislativo existente, aunada a las múltiples modificaciones y la vasta jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, han dificultado la determinación, interpretación y aplicación de las normas en materia de seguridad social ante el ejercicio del derecho a la libre circulación.

Resulta necesaria la simplificación de la normativa que integra el sistema de coordinación en materia de seguridad social y la clarificación de situaciones, posiciones, definiciones y ámbitos de su aplicabilidad, acompañada de una mayor información sobre los derechos que confiere la legislación comunitaria, pues de esta forma se facilitará su ejercicio y se incrementarán las oportunidades para lograr la movilidad efectiva y la estabilidad económica, sin detrimento de los derechos sociales de los grupos vulnerables destinatarios del régimen de seguridad social que resulte aplicable.

B. Resoluciones

Las resoluciones son actos que contienen la opinión del Consejo Europeo, el Consejo y el Parlamento Europeo sobre un determinado tema o problema. Su ámbito de aplicación es general, pero carecen de efecto vinculante.

Por lo general, el Parlamento Europeo expresa algunas de sus posturas políticas a escala internacional mediante resoluciones. Del mismo modo, el Consejo adopta resoluciones en sus reuniones que sirven como orientaciones para futuros trabajos.

Sentencia de 25 de febrero de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Caso *Jovanna García-Nieto vs Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen*. Asunto C-299/14. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=174589&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17500158> (fecha de consulta 26 de julio de 2020). En este asunto se confirma que pueden denegarse a los nacionales de otros Estados miembros determinadas prestaciones sociales durante los tres primeros meses de su estancia.

48. La legislación comunitaria ha dispuesto que las prestaciones sociales son beneficios proporcionados de acuerdo con la legislación de seguridad social de los Estados miembros en las ramas de enfermedad, maternidad y de paternidad asimiladas; pensiones de vejez, prestaciones de jubilación anticipada y la invalidez; prestaciones de supervivencia y de defunción; beneficios de desempleado; prestaciones familiares; prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La mayoría de las resoluciones de ambas instituciones europeas se ocupan de la jubilación, del establecimiento de una política comunitaria sobre la edad de jubilación y de las personas de edad avanzada en los Estados miembro de la UE, como dan cuenta de ello la Resolución del Consejo, de 30 de junio de 1993, relativa a los regímenes flexibles de jubilación; la Resolución del Consejo 82/857, de 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación y la de 30 de junio de 1993; las Resoluciones del Parlamento Europeo de 18 de febrero de 1982, sobre la situación y los problemas de las personas de edad avanzada en la Comunidad Europea, la Resolución de 10 de marzo de 1986, sobre las ayudas a ancianos y la Resolución de 14 de mayo de 1986, sobre una acción comunitaria para mejorar la situación de las personas de edad avanzada en los Estados miembro de la Comunidad.

Por su parte, en la Resolución, de 16 de febrero de 2011, En Pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros, a pesar de que el Parlamento Europeo observa que los regímenes de pensiones del primero, segundo y tercer pilar de los Estados miembro presentan grandes divergencias entre sí, y que la UE no dispone de criterios y definiciones comunes para realizar una supervisión transparente aplicable a todos los regímenes de pensiones que son responsabilidad de los Estados miembro⁴⁹, pide que se coordinen de manera adecuada las disímiles políticas en materia de pensiones y que mediante el método abierto de coordinación se garantice la adecuación, la seguridad y la sostenibilidad de los regímenes de seguridad social.

De igual manera, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, sobre la integración de los inmigrantes, el impacto sobre el mercado de trabajo y la dimensión externa de la coordinación de los sistemas de seguridad social, a partir del reconocimiento que se hace de los inmigrantes en el ámbito económico, el Parlamento se pronuncia en favor de ampliar la presencia de la UE en el campo de la seguridad social, ante la imposibilidad de que en este ámbito los Estados miembro celebren convenios bilaterales con todos los terceros países, por el inconveniente carácter fragmentario que revisten este tipo de acuerdos, que tienden a favorecer un trato desigual de los ciudadanos de la Unión (discriminación formal e informal), además de que la integración, como proceso continuo y bidireccional que requiere la participación tanto de los nacionales de terceros países como de la sociedad de acogida, es una responsabilidad a escala de la UE.

Bajo este tenor, y además de acoger con beneplácito los acuerdos de asociación y las Decisiones de la UE en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social con terceros países, así como la adopción del Reglamento (UE) número 1231/2010 y del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, en la Resolución en comento, el Parlamento Europeo solicita a los Estados miembro y a la Comisión Europea que

49. Resolución En Pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:188E:0009:0018:ES:PDF> (fecha de consulta 23 de mayo de 2020).

dentro de su ámbito competencial realicen una serie de acciones tendentes a lograr que en la dimensión externa de la coordinación de los sistemas de seguridad social europeos se abarque a todos los ciudadanos de la UE y a los nacionales de terceros países, con el objeto de que éstos últimos superen las dificultades que enfrentan al circular entre los distintos Estados miembro de la Unión.

Una parte fundamental de la Resolución es la solicitud de establecimiento de un mecanismo para el intercambio de buenas prácticas e información en el ámbito de la coordinación de la seguridad social aunada a la propuesta de recopilación, procesamiento y difusión de los actuales acuerdos bilaterales por parte de la Comisión, y a la adopción de directrices con el objeto de que los Estados miembro celebren acuerdos bilaterales con una aplicación más uniforme en toda la UE, sobre la base del respeto de la normativa comunitaria de coordinación en materia de seguridad social y de conformidad con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo en esta materia.

V. CREACIÓN DE LA NORMATIVIDAD PARA COORDINAR LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEOS

Una parte fundamental del Derecho de la Unión es el referente a los procedimientos legislativos instituidos en el espacio europeo para la adopción de la normatividad que permita la coordinación de los distintos sistemas de seguridad social europeos. De acuerdo con el artículo 51 del Tratado de Roma, las decisiones que incidieran sobre el modelo de seguridad social las adoptaría el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión. Este sometimiento a la regla de la unanimidad refuerza el carácter nacional de la seguridad social al provocar que cualquier Estado pudiera vetar la propuesta de decisión de considerar que su soberanía e intereses individuales se transgreden.

Con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht para la aprobación de los instrumentos reguladores en materia de seguridad social debe agotarse el procedimiento de codecisión que perdura hasta la fecha en el Tratado de Lisboa con el nombre de procedimiento legislativo ordinario, que abarca 85 ámbitos de acción de la UE. Este procedimiento⁵⁰ en donde la iniciativa legislativa de la UE es compartida por el Consejo, que representa a los Gobiernos de los Estados miembro, y el Parlamento Europeo, como representante de los ciudadanos de la Unión, se basa en un sistema de tres lecturas que inicia con la propuesta legislativa de la Comisión Europea (derecho de iniciativa) al Parlamento y al Consejo. En todo caso, la presentación va precedida por la aprobación del Colegio de Comisarios sobre la base de un procedimiento escrito u oral.

El Parlamento y el Consejo pueden pedir a la Comisión que presente las propuestas de actos legislativos. La Comisión responderá a dichas peticiones en el plazo de tres meses e indicará a través de una comunicación especial el seguimiento que prevé

50. En el Tratado de Ámsterdam tiene lugar la simplificación del procedimiento de codecisión al permitirse la conclusión del mismo en todas sus fases de alcanzarse un acuerdo en primera lectura.

darles. Es necesario aportar una motivación detallada de parte de la Comisión cuando decida no presentar una propuesta legislativa. De igual manera, una iniciativa ciudadana puede dar lugar a que la Comisión presente propuestas adecuadas para la aplicación de los Tratados. Las iniciativas ciudadanas deben estar respaldadas, como mínimo, por un millón de ciudadanos europeos de al menos siete Estados miembro.

En la primera lectura del procedimiento legislativo ordinario, el Parlamento y el Consejo analizan la propuesta legislativa. El presidente del Parlamento Europeo asigna la propuesta a una comisión del Parlamento competente para el fondo a fin de que sea tramitada. El resultado de las deliberaciones de esta comisión es debatido en el Pleno del Parlamento Europeo y se plasma en una opinión que puede aprobar la propuesta legislativa sin enmiendas, aprobar la propuesta legislativa con enmiendas y rechazar la propuesta legislativa.

El Parlamento Europeo transmite su *posición* al Consejo, quien puede decidir aprobar la propuesta legislativa o puede modificarla y comunicar su posición en primera lectura al Parlamento. De esta manera, la segunda lectura inicia cuando el Parlamento recibe de manera formal la decisión provisional que adoptó el Consejo en primera lectura. El Parlamento dispone de un plazo de tres meses⁵¹, ampliable en un mes, para pronunciarse en cualquiera de los siguientes sentidos:

- a) Aprobar la propuesta modificada por el Consejo o no pronunciarse. En ambos casos, el acto modificado por el Consejo queda adoptado.
- b) Rechazar la posición del Consejo por mayoría absoluta de sus miembros. De asumir esta posición el acto legislativo no es adoptado y concluye el procedimiento.
- c) Aprobar, por mayoría absoluta de sus miembros, enmiendas a la posición del Consejo que son sometidas al dictamen de la Comisión y del Consejo.

Una vez que el Parlamento concluye con la segunda lectura y transmite su posición al Consejo, éste último cuenta con un plazo de tres meses, ampliable en un mes, para concluir su segunda lectura. De aprobarse por el Consejo todas las enmiendas del Parlamento o de pronunciarse por unanimidad sobre aquellas que hayan recibido el dictamen negativo de la Comisión, el acto legislativo quedará adoptado a más tardar en un plazo de tres meses después de su recepción. Por el contrario, de rechazar en segunda lectura el Consejo la posición del Parlamento se apertura la etapa de concertación o conciliación en la que tienen lugar negociaciones entre el Parlamento y el Consejo, dirigidas por un Comité de Conciliación, con la finalidad de alcanzar un acuerdo entre ambas instituciones para adoptar un texto conjunto.

Después de la conclusión de la segunda lectura del Consejo y la notificación oficial de la decisión adoptada por el Consejo al Parlamento de la imposibilidad de aceptar todas las enmiendas del Parlamento en segunda lectura, en un plazo de seis semanas

51. El plazo de tres meses empieza a correr a partir del anuncio en el Pleno de la posición adoptada por el Consejo en primera lectura.

(u ocho en caso de ampliación) es necesario constituir el Comité de Conciliación de la siguiente forma:

- a) La delegación del Consejo se compone por un representante de cada Estado miembro.
- b) La delegación del Parlamento se integra por un número igual de diputados y es presidida por uno de los tres vicepresidentes responsables de la conciliación.
- c) Se designa un mismo número de miembros suplentes que solo pueden votar cuando sustituyan a un miembro de pleno derecho.

El Comité de Conciliación, integrado de manera paritaria por miembros del Consejo y representantes del Parlamento Europeo (28 ministros y 28 diputados=56 miembros), con la asistencia de la Comisión Europea⁵² como mediadora, realiza el examen de las posiciones del Parlamento y del Consejo, dentro de las seis semanas siguientes (ocho, en caso de que se haya acordado una prórroga), con la finalidad de alcanzar un acuerdo general en forma de texto conjunto.

Tanto el Consejo como el Parlamento disponen de seis semanas (u ocho, en el caso de que se acuerde una ampliación) para la aprobación del texto propuesto por el Comité de Conciliación, sin posibilidad de realizar más modificaciones. El Consejo decide por mayoría cualificada⁵³ y el Parlamento por mayoría simple. El acto legislativo es adoptado de aprobarse el texto conjunto por el Consejo y el Parlamento. De expirar dicho término y persistir el desacuerdo, se pueden presentar dos posibilidades:

- a) Que el procedimiento concluya con la no adopción del texto propuesto.
- b) El Consejo puede confirmar la posición común inicial junto con las enmiendas propuestas por el Parlamento. En este caso el acto queda aprobado, salvo que el Parlamento rechace el texto por mayoría absoluta.

De manera previa a la firma del acto legislativo, éste se somete a una verificación jurídico-lingüística. Para que tenga lugar la aplicabilidad de los actos legislativos aprobados y firmados es necesaria su publicación en el Diario oficial de la Unión Europea. Salvo disposición en contrario acordada por los colegisladores, los actos legislativos entran en vigor al vigésimo día de su publicación.

En el ámbito de la seguridad social, un aspecto a destacar es la introducción de las cláusulas de freno que posibilitan la suspensión del procedimiento legislativo ordinario por un período de cuatro meses (veto). Al operar la suspensión se reenvía el proyecto de ley al Consejo Europeo para que, previa deliberación en la que se tienen en cuenta las observaciones formuladas en un plazo de cuatro meses, el Consejo

52. La Comisión es representada por el comisario responsable del expediente.

53. La mayoría cualificada representa el 55% de los Estados miembro, es decir, quince Estados miembro, si representa al menos el 65% de la población de la UE.

Europeo pueda continuar con el procedimiento legislativo o poner fin al mismo y solicitar, si procede, una nueva iniciativa de ley a la Comisión Europea⁵⁴.

De esta manera, en caso de que un Estado miembro considere que los principios fundamentales, coste o la estructura financiera de su sistema de seguridad social se encuentran amenazados por la legislación en proceso de adopción, podrá hacer uso de la cláusula freno para que se ponga fin al procedimiento legislativo con la finalidad de mantener su poder de definición y regulación en el ámbito de la seguridad social, pero en detrimento de la unificación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembro.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho de la Unión Europea no desempeña una labor de unificación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembro. Las principales causas de ello obedecen a la ausencia de una verdadera identidad europea que hiciera posible la aplicación de esquemas de solidaridad a nivel comunitario, además de que, en sus inicios, la Comunidad Económica Europea (CEE) careció de competencia para regular la materia de seguridad social al limitar su esfera de actuación al ámbito económico, como indica su nombre. Frente a la importancia de lo económico, la política social en general, y la seguridad social en particular, tuvieron un papel secundario, y por ello no se consideraron como elementos constitutivos y pilares fundamentales del proceso de integración europeo.

Los diversos sistemas nacionales de seguridad social, al ser resultado de un proceso histórico en el que confluyeron factores políticos, económicos, sociales y culturales, provocaron que los Estados de la Unión diseñaran su propio sistema de seguridad social, por lo que es posible la convivencia de modelos contributivos y no contributivos, sostenidos por cotizaciones o a través de impuestos, con base en periodos de residencia o de seguro, protección profesional o común, de reparto o de capitalización.

Los Estados miembro de la UE, bajo el principio de territorialidad, se reconocen como soberanos en la aplicación de su normatividad social. Existe gran renitencia en aceptar otras reglas que provengan de terceros países y en desprenderse de sus competencias, por lo que la instauración de cualquier tipo de armonización produce una fuerte oposición, no sólo en los países con modelos de Estados de bienestar más generosos, ante la posible amenaza de reducción de los beneficios sociales, sino también en aquellos en los que la cobertura es menor por miedo a perder competitividad a consecuencia del incremento de los costes sociales.

Bajo este panorama, la armonización en el ámbito de la seguridad social es prácticamente irrealizable. Hasta ahora el legislador comunitario realiza a través de los distintos instrumentos normativos, analizados en este trabajo, una labor de coordinación de los regímenes de seguridad social de los Estados miembro con la finalidad de

54. Artículo 48 del TFUE.

remover las trabas a la libre circulación de los trabajadores, pero sin que ello implique la renuncia o disminución de derechos adquiridos o las exceptivas de derecho⁵⁵, toda vez que la coordinación de los esquemas de seguridad social existentes en la UE, lejos de ser una condición previa del funcionamiento del mercado común fue una consecuencia de éste.

Bibliografía

- Alonso García, R.: "El *soft law* comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001.
- Azpitarte Sánchez, M.: "La autonomía del ordenamiento de la Unión y las "Funciones Esenciales" de su sistema jurisdiccional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013.
- Bazán, V. y Jimena Quesada, L.: *Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- García de Cortázar y Nebreda, C. y Zufiaur Narvaiza, J. M.: "La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2016.
- González-Posada Martínez, E.: "50 años de Política Social Europea: ese oscuro objeto de deseo", en Alonso Martínez, J. M. y Herrero de la Fuente, A. A. (coords.): *El Tratado de Roma en su Cincuenta Aniversario (1957-2007). Un Balance Socioeconómico de la Integración Europea*, Comares, Granada, 2007.
- Guamán Hernández, A.: "Estado Social y Unión Europea: el conflicto permanente", en Noguera Fernández, A. (dir.): *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, disponible en https://www.researchgate.net/profile/Adoracion_Guaman/publication/259356604_Estado_social_y_Union_Europea_el_conflicto_permanente/links/02e7e52b2af0d8a2e6000000.pdf.
- Miranda Boto, J. M.: "El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.): *El reglamento comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008.
- Monereo Pérez, J. L.: "Pilar Europeo de Derechos Sociales y Sistemas de Seguridad Social", *Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 18, núm. 2, 2018.

55. El derecho adquirido se puede definir como el acto realizado que introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y ese hecho no puede afectarse, ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; la expectativa del derecho es una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, conforme a la legislación vigente en un momento determinado. Pleno. Séptima Época. *Semanario Judicial de la Federación*. Volumen 145-150, Primera parte, p. 53.



La seguridad social del ciclo de vida (una cualidad por reforzar)

SOCIAL SECURITY OF THE LIFE CYCLE (A QUALITY TO BE REINFORCED)

Luis Eduardo Díaz

Profesor de Derecho de la Seguridad Social

Universidad del Zulia (Venezuela)

lediaz.led@gmail.com 0000-0003-0541-4715

Recibido: 14.10.2020 | Aceptado: 13.12.2020

RESUMEN

La seguridad social necesita afianzar en el ciclo de vida sus propósitos. En materia de pensiones, hay un conjunto de factores que inciden en la baja cobertura. El ciclo de vida en la seguridad social, permitiría identificar los problemas de género y concebiría, desde las asignaciones familiares, un arco de protección antes del nacimiento, conciliaría el ciclo productivo en la vejez, procurando la sustentabilidad de los fondos de pensiones, si se sostiene el gasto y se trata como inversión. La cobertura de los atípicos e informales podría aumentar, porque el ciclo de vida, como metodología y estrategia de análisis, iguala oportunidades desde antes del nacimiento.

ABSTRACT

Social security needs to anchor its purposes in the life cycle. Its application in social security would make it possible to identify gender problems and conceive, from family allowances, an arc of protection before birth, reconciling the productive period with old age and ensuring the sustainability of pension funds. The coverage of the atypical and informal population could also be increased, because the life cycle, as a methodology and strategy of analysis, equalizes opportunities from before birth.

PALABRAS CLAVE

Seguridad Social
Asignaciones familiares
Pensiones
Ciclo de vida
Declaración de Filadelfia

KEYWORDS

Social Security
Family allowances
Pension funds
Life cycle
Philadelphia Declaration

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. FACTORES QUE INCIDEN EN LA COBERTURA SOBRE PENSIONES
 - A. La desigualdad de género
 - B. Caída de la tasa de fecundidad y aumento de la esperanza de vida
 - C. Recortes en el gasto social
 - D. Cobertura limitada de trabajadores atípicos
 - E. La informalidad
 - III. LA SEGURIDAD SOCIAL DEL CICLO DE VIDA COMO CONTENIDO A REFORZAR
 - A. Las asignaciones familiares
 - B. Las pensiones como parte del ciclo de vida
 - IV. CUADRO DE PRESTACIONES DEL CICLO DE VIDA
 - V. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La protección social hasta la sepultura fue parte del discurso *beveridgeano* sobre el cual se construyó el Estado de Bienestar. La frase aún se queda corta, porque debería ser más bien; desde la fecundación hasta después de la muerte, y de una generación a otra, porque es cuando la seguridad social cobra sentido; contrario a aplicar políticas desconectadas de las etapas anteriores a la vejez.

Es cierto que, en la revolución industrial del siglo XVIII, el adulto mayor quedaba socialmente descartado, planteándose dos siglos después un itinerario más activo de integración, participación y desarrollo de todo su potencial. Sin embargo, el grupo de recomendaciones disponibles para ampliar la cobertura ha sido insuficiente, porque las mismas se han ligado principalmente a las consecuencias del ciclo productivo. Es en éste donde la mayoría de los países han concentrado sus políticas, lo que reduce la comprensión y alcance de la seguridad social, como recurso público y como derecho ciudadano que debe dar importancia al gasto social, al ahorro personal y a la capacidad física.

El ciclo de vida comienza con la nutrición materna, por lo que una metodología para un análisis integral de la seguridad social parte de aquí. Después del ciclo prenatal y el posnatal, que comprenden los dos primeros años, se inicia la edad escolar que envuelve la niñez y la adolescencia y luego sigue el período productivo hasta llegar a la vejez. En todo caso, la seguridad social del ciclo de vida, no es un modelo lineal. Se está ante una nueva etapa del mismo, cuando los riesgos y certezas cambian, definiendo un resultado bueno como un empleo mejor o uno malo como una enfermedad. La suma de trances y seguridades es la que definirá el grado de vulnerabilidad. La salud debe estar presente en todas las fases, -como expresan Bonilla y Gruat¹-, y se

1. Bonilla, A. y Gruat J. V.: *Protección social: Una investigación durante todo el ciclo de vida para propiciar la justicia social, reducir la pobreza y fomentar el desarrollo sostenible*, Organización Internacional de Trabajo. Ginebra, papel de trabajo preliminar, 2003.

acompaña de dos cuestiones transversales como la paz social y la igualdad de género, ejecutándose a tal fin un manejo de políticas que en términos generales comprende: los suplementos nutricionales a la mujer embarazada, la atención hasta el parto, la lactancia materna, la vacunación, el control del crecimiento del niño de 2 a 6 meses, de 2 a 5 años, la prevención del abuso infantil, el cuidado de adolescentes y adultos, la alimentación, la actividad física y la educación.

La adopción del ciclo de vida ha adquirido importancia para la Organización Mundial de la Salud (OMS) desde el año 2000 y, poco después, para el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, con su propuesta de crear una economía orientada al consumo y la producción sostenible, desde la adquisición de un producto hasta su desecho². Se trata del uso de energía limpia, sin agotar su fuente, evitar la degradación del ambiente, introducir el eco-etiquetado y la protección del ecosistema.

El ciclo de vida ha sido utilizado también para modelar la atención a la familia, lo que en este ensayo se toma muy en cuenta para insertar a las *asignaciones familiares* como indispensables en esa estrategia. Ha servido también para analizar trayectorias de enfermedades, bajo la influencia de factores propios de cada lapso, tal como lo ha hecho entre otros Neal Halfon³. La importancia del ciclo de vida en la seguridad social, se debe a que puede obtenerse una visión completa de las fuentes de riesgo, superando debilidades desde antes del nacimiento.

Las brechas salariales, las que existen en salud o lo que será objeto de nuestra atención -la baja cobertura en pensiones- no pueden limitarse a intervenciones en favor de los más débiles, aunque ello se aprecie como benévolo y justo, porque en realidad el efecto es inverso, aun cuando no fuere esa la intención.

El enfoque del ciclo de vida, confronta a su vez varias antinomias: la de los derechos universales o la de los mínimos sociales; el de la máxima entrega de prestaciones *versus* prestaciones básicas; amplía también la base conceptual de la salud, superando la visión sectorial por una intersectorial, y preconditiona el funcionamiento de la seguridad social a la existencia de un régimen democrático basado en elecciones libres, equilibrio de poderes, diálogo social, derecho de asociación y manifestación, y garantía para el ejercicio de las libertades individuales, sindicales y económicas.

Este artículo elabora una base conceptual para una estrategia que no es nueva, pero que hay que reforzar, porque aumenta la oportunidad de la infancia a vivir alejada de la pobreza y cuya atención ya estaba planteada en el informe Beveridge de 1942, después en la Declaración de Filadelfia de 1944 y más recientemente, en la Recomendación 202 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 2012.

El trabajo lo divido en dos partes. En la primera explicaré los factores que inciden en la cobertura pensional y las políticas llevadas a cabo para mejorarla; y en la segunda, presentaré el enfoque del ciclo de vida como metodología para un análisis integrado de la seguridad social.

2. UNEP: *¿Por qué adoptar un enfoque de ciclo de vida?*, PNUMA-SETAC, Nairobi, 2004.

3. En https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/?term=Halfon%20N%5BAuthor%5D&cauthor=true&cauthor_uid=2397541 (último acceso: 1 de junio de 2020).

La política congenia mejor con la seguridad social cuando las medidas son coordinadas e integradas al sistema, lo que amerita un trabajo aparte. En esta oportunidad el foco de atención lo pondré en cómo plantear una intervención durante todo el ciclo de vida y no al final del mismo, cuando ya es tarde y costoso hacerlo.

II. FACTORES QUE INCIDEN EN LA COBERTURA SOBRE PENSIONES

A. La desigualdad de género

Los prejuicios explican tan sólo una parte de la discriminación hacia la mujer. Culturalmente se ha bosquejado qué actividades son las femeninas y cuáles, bajo los auspicios de la tradición dominante, deben ser reconocidas sólo para los hombres. Ya no se trata de considerar a los empleos como marginales y frágiles, que lo son, sino como adecuados trabajos temporales para “ayudar” a la mujer, o hacerle “un favor” o “contribuir” con el sustento de la familia. El extremo opuesto, aunque con el mismo efecto discriminatorio, cree más bien que debe sólo trabajar en el hogar, cuidar del marido y de los hijos. Pero, en cualesquiera de los casos, el recorrido hacia la autonomía estará vedado.

Hay un mayor número de empleos precarios para la mujer en la maquila y en trabajos de temporada en sectores de la industria, la agricultura y el turismo. El dato no es nada halagador, como no lo es tampoco en aquellas tareas donde se pagan bajos salarios, la afiliación es irregular y zozobra la seguridad jurídica de las inmigrantes; son empleos *feminizados*, como el servicio doméstico; pesados, sin horarios legales que puedan ser supervisados, y; al margen del proceso productivo central. Al ser complementarios o estacionales, el cebo de pagar y proteger menos sustituye cualquier política a favor, al quedar relegados por asuntos más propios de la centralidad productiva. Los empleos *feminizados* son formaciones marginales que destruyen la prevención industrial alcanzada, atenuada en algunos países por el desarrollo legislativo, la inspección laboral y la necesidad de una fuerza de trabajo calificada, donde la mujer puede separarse del hogar contratando a otra.

Consecuencia de las funciones reproductivas o de las responsabilidades en el cuidado de los hijos y la asistencia a otros miembros de la familia; la carrera laboral de la mujer se verá interrumpida. Y si llega a obtener la pensión, resultará menor, porque su trayectoria es más corta y sus ingresos más bajos.

En América Latina, según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)⁴, sólo 4 de cada 10 mujeres han alcanzado el derecho a pensionarse. En escasos 30 años, entre el 70% y el 80%, no tendrá esa posibilidad, salvo que la política cambie por una que pueda sustituir la interesada perspectiva productivista masculina por otra que preste socorro permanente al empleo femenino, reconozca el trabajo en el hogar y proteja, como parte vital del proceso de desarrollo, a las auxiliares domésticas.

4. Bosch, M.: “¿Deben las mujeres jubilarse antes que los hombres?”, 13 de agosto de 2015, blog ¿Y si hablamos de igualdad? [consulta: 15 de mayo de 2020]. Disponible en <https://blogs.iadb.org/igualdad/es/deben-las-mujeres-tener-edad-de-jubilacion-menor-que-los-hombres/>

En Perú, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)⁵, el 48,6% de los hombres tiene pensión, en contra del 28,8% de las mujeres; en Ecuador, sólo el 18% de las mujeres posee una, en contra del 28% de los hombres; y en Bolivia, el 40% de las mujeres de 15 años y más, no tiene ingresos propios, 3 cuartas partes no está afiliada a la seguridad social y, aun incorporando una *pensión universal no contributiva*, gran parte de la población en edad de jubilarse -conforme a un estudio de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS)⁶ - está sin protección.

En los *regímenes de beneficio definido*, donde la pensión está determinada por el número de contribuciones del afiliado y con referencia a los últimos salarios, se fija de ordinario como compensación para la mujer una fecha de jubilación más temprana, por la tradicional carga de labores domésticas y de crianza, que hacen que participen menos que los hombres en el mercado laboral (56% frente a 83% en la región), pero, en cualquier caso, el monto de la pensión dependerá de los años y salarios cotizados. En tanto que, en los *regímenes de aportación definida*, donde la pensión está determinada por el valor de los activos acumulados, el menor número de años y los salarios -bajos e irregulares- disminuyen el capital necesario para comprar la futura pensión. Las diferencias se profundizan aún más al no existir la solidaridad de los *regímenes de beneficio definido*, y, en razón de la mayor longevidad de la mujer, se aplican tablas diferenciadas por sexo para el cálculo del flujo de pagos mensuales que resultarán menores, aun teniendo el mismo capital que un hombre. Y contrario a lo que se pensó, tampoco la afiliación sería mayor. En Argentina, por ejemplo, el número de cotizantes hombres disminuyó del 46% antes de la reforma de 1993, al 35% en 2002; y en el caso de las mujeres, del 42 al 31%⁷. Pero, aplicando el ciclo de vida, se rompería con el paradigma productivista y con el de clase social o étnica; se contribuiría a identificar los problemas de género; a diseñar políticas inclusivas de empleo con mejores salarios; y desde las *asignaciones familiares*, se concebiría un arco de protección desde antes del nacimiento.

B. Caída de la tasa de fecundidad y aumento de la esperanza de vida

Por primera vez en la historia, en el 2050, la proporción de población envejecida será superior a la que se encuentra en etapa productiva. El Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) señala que, en ese año, habrá cerca de 141 millones de jóvenes en la región y más de 151 millones de adultos mayores de 65 años. Una vez concluida la carrera laboral, las mujeres tendrán una expectativa de vida de 22,5 años y no como en los 70, de 14,5 años, y los hombres tendrán una de 17,8 años y no de 10,5 años.

5. INEI. 27-12-2019, Lima: Agencia Peruana de Noticias, 2019.

6. Organización Iberoamericana de Seguridad Social: *El aporte de las mujeres a la agenda 2030. Las medidas compensatorias de los cuidados no remunerados en los sistemas de seguridad social en Iberoamérica*, OISS, Bogotá, 2019, disponible en <https://oiss.org/wp-content/uploads/2019/02/medidas-compensatorias.pdf>.

7. Ortiz, I.; Durán-Valverde, F.; Urban, S.; Wodsak, V. y Yu, Z.: *La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina (2000-2018)*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019. (ESS-Documento de trabajo núm. 63).

Los datos recabados señalan que en Uruguay, 1 de cada 5 personas, es mayor de 60 años; en Argentina, la población adulta mayor representa ya el 25 por ciento del total; en Chile, el 15,6% de la población cuenta con 60 años o más; y en Centroamérica, el envejecimiento se acelerará en 20 años y el 30% de su población habrá alcanzado los 60 o más años⁸.

La situación ideal, descrita en el manual de cualquier proyección actuarial, de no menos de 4 activos por cada jubilado, ha variado drásticamente. La caída de la fertilidad presiona los bolsillos de los actuales cotizantes y compromete el equilibrio del *contrato intergeneracional*, por el que la generación activa financia la pensión de la jubilada. Un número cada vez menor de afiliados debe costear las pensiones y la salud de una población más longeva.

En la Unión Europea aumentará el porcentaje de dependencia, de un 24,2% en el año 2000, se elevará en el 2020 a 32,2% y a un 50% en el 2050, produciendo un aumento del porcentaje del PIB dedicado a pensiones de 10,4% a 13,3%⁹. Solamente Grecia y Luxemburgo conservan la edad de jubilación en los 62 años, cuando ya la edad promedio ronda los 65 años.

En los EEUU, la Oficina de Censo, ha indicado que, en el 2019, la población mayor representará el 20%¹⁰. Y si bien pueden abrirse nuevos nichos de empleo y determinados puestos ser ocupados por la tercera edad -como el de vigilante o guardia, vendedor minorista, conserje y contable-, a éstos se les pagará mucho menos.

La razón de la baja natalidad, no se debe tan sólo a la planificación familiar, sino a la falta de vivienda, de servicios de apoyo en salud y de cuidados infantiles que favorezcan la gestión del tiempo¹¹. Para poblaciones demasiado numerosas y donde la fertilidad es causa de pobreza, puede convertirse también en una política de Estado, pero esta intención es limitada porque la indigencia está relacionada con diversos factores, tales como la salud del niño, el empleo de los padres, el grado de escolaridad y la inaplicación -debido a la falta de educación, de interés, la subordinación al hombre y normas religiosas o sociales-, de métodos de contracepción para posponer los embarazos y evitar enfermedades de transmisión sexual¹².

8. Los datos de Uruguay son tomados de "Uruguay tiene el índice de envejecimiento más alto de la región", *El Observador*, 2 de agosto de 2018, disponible en <https://www.elobservador.com.uy/nota/uruguay-tiene-el-indice-de-envejecimiento-mas-alto-de-la-region-201882500>; los de Chile de Condeza, A.R. et al.: "Adultos mayores en Chile: descripción de sus necesidades en comunicación en salud preventiva", *Cuadernos info*, núm. 38, 2016, pp. 85-104; y en el caso centroamericano, se consultó a Ávalos, Á.: "Envejecimiento se acelerará en Centroamérica a partir de 2040", *La Nación*, 17 de octubre de 2016, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/salud/envejecimiento-se-acelera-en-centroamerica-a-partir-de-2040/77GPHDPGKNA7TEZTKYUD6NJU2M/story/>

9. Cándido, A.: *El Futuro del Estado del bienestar* [Trabajo de Fin de Grado], Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de Donostia. Universidad del País Vasco, 2015.

10. Bui, Q.: "More older people are finding work, but what kind?", *The New York Times*, 18 de agosto de 2016, disponible en <https://www.nytimes.com/2016/08/18/upshot/as-more-older-people-look-for-work-they-are-put-into-old-person-jobs.html>.

11. Fondo de Población de las Naciones Unidas: *Los desafíos de la baja fecundidad en América Latina y el Caribe*, UNFPA, 2018, disponible en <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Baja%20fecundidad%20en%20ALC%20-%20version%20web%20espa%C3%B1ol.pdf> (último acceso: 15 de mayo de 2020).

12. Banerjee, A. y Duflo E.: *Economía del pobre y las vías para acabar con ella. Un giro radical en la lucha contra la desigualdad global*, Penguin Random House, India, 2013.

Los inmigrantes, por otra parte, pueden suavizar la caída de la tasa de fecundidad, como ha ocurrido en España, que lleva 37 años por debajo del nivel necesario para el mantenimiento a largo plazo de la población, pero entre 1998 y 2008, los emigrados han evitado consecuencias mayores¹³. En América Latina, sólo el 45% de los trabajadores cotiza a la seguridad social, por lo que la formalización de los relegados debería ser la prioridad, antes que revisar hacia la baja los beneficios otorgados a las personas en edad de retiro o aumentar la carga impositiva que recae sobre la población activa o la edad de los que están en curso de jubilarse¹⁴.

La informalidad, sobre la que trataremos más adelante, se mantiene por existir prácticas y relaciones de dominación, por ser el trabajo barato un recurso productivo, y por ficciones legales que amparan al trabajo esclavo. La incorporación de terceras personas para la prestación de servicio, la producción de bienes o el suministro de personal en beneficio de un contratante, *produce un amplísimo espectro de manifestaciones concretas imaginables*, como la simulación o fraude laboral, la desprotección social o sindical, o la evasión de obligaciones patronales¹⁵.

En los países de la OCDE, el empleo de las personas mayores se ha incrementado sustancialmente. En el 2017, más de la mitad del grupo entre 55 a 64 años estaba empleado. Y en comparación con el de 15 y 49 años, la curva de aumento del auto empleo había sido más pronunciada. Pero una de las barreras de entrada ha sido la falta de dominio de herramientas digitales básicas¹⁶. En Grecia, se ha adoptado una política de subsidios para colocar a desempleados crónicos entre los 55 y 67 años en empresas locales y en el sector público. Eslovenia hace lo mismo para su población de 58 o más años desempleada que recibe asistencia social y beneficios de desempleo, pagando un subsidio al empleador que los contrate. En Dinamarca, la pensión puede ser mayor si se prolonga la permanencia en el trabajo. En Canadá, los adultos mayores doblaron su participación en el mercado de trabajo y se ha venido financiando en todos los niveles de gobierno diversos proyectos de inclusión dirigidos a los inmigrantes, indígenas y al sector LGBTQ, que representa el 10% de la población total.

El enfoque que aquí se plantea es el de profundizar en la relación entre políticas públicas y derechos humanos, reconocer a los nuevos sujetos laborales y garantizar el disfrute de los derechos desde el ciclo de vida, lo que implica, entre otros aspectos:

- Evitar condiciones adversas o períodos críticos durante el ciclo productivo, como sería, por poner algunos ejemplos, *el primer empleo*, la necesidad de un techo propio o acceder a un crédito.

13. Cerdón, J.: "Natalidad: ¿Cuál es el problema?", 4 de julio de 2018, blog *Economistas frente a la crisis*, disponible en <https://economistasfrentealacrisis.com/natalidad-cual-es-el-problema/> (último acceso: 15 de mayo de 2020).

14. "En el 2050 habrá más adultos mayores que jóvenes en América Latina", *Portafolio*, 3 de octubre de 2018, disponible en <https://www.portafolio.co/internacional/en-el-2050-habra-mas-adultos-mayores-que-jovenes-en-a-latina-521939>.

15. Carballo Mena, C.: "Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales", Caracas: Palacio de las Academias, 5 de diciembre de 2017. disponible en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/Discurso-de-incorporacion-242.pdf>.

16. Comisión Europea: "Joint Employment Report", Bruselas, 2019.

- Desarrollar estrategias epidemiológicas para alcanzar una visión más integral de la salud.
- Conciliar el ciclo productivo con la vejez, suavizando la separación del trabajo formal con actividades recreacionales y placenteras.
- Establecer un ingreso universal al adulto mayor, no sólo desde el punto de vista del *cash* que se recibe, sino de los servicios que le son conexos, como el transporte, la seguridad personal, la atención domiciliaria, las residencias de descanso, etcétera.
- Mantener relaciones democráticas como también una visión intersectorial de las políticas de previsión social.

C. Recortes en el gasto social

Los niveles de endeudamiento son muy altos en Argentina, el 89,4% del PIB es deuda pública; en Brasil el 75,8% y en Costa Rica, el 61,3%. El promedio de la región es de un 49% y ello deja poco espacio para aumentar el gasto¹⁷.

El período de crecimiento, ya antes de la pandemia del COVID-19, era el más bajo desde la década de 1950 (0,4%). El desempleo se elevará en 3,4 puntos porcentuales (37,7 millones de desempleados) y en 6,9 puntos la pobreza (44,7 millones de nuevos pobres). Con la pandemia el crecimiento será negativo en la región (promedio de -5,3%) y en algunos casos será muy grave, como en Venezuela (-18%), lo que afectará al ingreso de los hogares y la atención de necesidades básicas. Las exportaciones caerán en volumen y precio, afectando las actividades mineras, agrícolas y agro-industriales, pero también algunos sectores internos saldrán muy golpeados, como el comercio, construcción, hoteles, restaurantes, transporte, almacenamiento y servicios¹⁸.

Las condiciones fiscales serán muy desventajosas en la región y las pre existentes antes de la pandemia en la mayor parte de los países no era la mejor. Los recursos de los fondos de pensiones ya se habían evaporado por la corrupción, la falta de planeamiento y la ausencia de políticas públicas. Los planes de salvamento de las instituciones no funcionaron y el pasivo pensional se siguió acumulando¹⁹. Después de la privatización de los 90, en el nuevo milenio, los programas antipobreza se hicieron populares, apoyados por los altos ingresos en el período de los *commodities*, por lo que los efectos de la crisis financiera de 2008-2013 pudieron ser amortiguados.²⁰

17. CEPAL: *Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación*, Informe especial n. 2, 2020.

18. Como el COVID-19 es viral, la medida principal para evitar su propagación fue el aislamiento, pero la zoonosis deja en pie problemas como la capacidad del sector de salud pública, del sistema de protección social y del propio mercado que puede en algunos casos, mantener las fuentes de empleo en las áreas de alimentos, restaurantes y entretenimiento WEB.

19. Temprano, A. y Torres Villanueva, E.: "La política de bienestar social en los países de la OCDE hasta los años 90: un balance", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 3, 1993, pp. 275-298.

20. Hasta el 2015, el promedio regional invertido en estos programas era de 0,33% del PIB. En Cetrángolo, O. et al.: "Gastos e ingresos públicos en América Latina desde fines de los años 80 hasta el 2015", *Serie Macroeconomía y Desarrollo 194*. CEPAL, 2018.

En Europa, motivado a la teoría de expansión de la demanda, la alianza obrero-patronal y el liderazgo político; la tasa de crecimiento del gasto público fue notable hasta la década de los 70; inclusive, siguió creciendo hasta los 80, aunque emitiendo deuda y aumentando el déficit. La deuda actual de Grecia es del 175,2% de su PIB, y en niveles igual de altos, que rondan el 100% del PIB, se encuentran Italia, Francia y España.

Las transferencias públicas, que proveen más de la mitad de los ingresos en 22 de 36 países de la OCDE, son objeto de recortes. España y Países Bajos, -que cuentan con generosos sistemas de jubilación como el francés-, pagan alrededor del 80% del salario final al jubilado²¹. Los actuarios españoles aseguran que su régimen no es sostenible y sin reformas de calado, en 30 años, el 75% de las pensiones no tendrá cobertura financiera (suponiendo un escenario base con un IPC anual de 1,8% y un crecimiento del PIB de 2%)²². Los sindicatos franceses, por su parte, temen una baja de la tasa de reemplazo, en tanto el gobierno dice preocuparse por el equilibrio financiero. La Comisión Europea asimismo ha advertido que debe equilibrarse la balanza en favor de las nuevas generaciones y moderarse el gasto en pensiones. Pero, aparte de la prédica del equilibrio financiero, necesario por demás, el gasto social debería ser creciente, porque ha demostrado que eleva la tasa de cobertura. Y es posible sostenerlo, si se trata como inversión y procura la sustentabilidad de los fondos de previsión social. Para ello hay que ofrecer a los actores sociales un nivel de participación creciente, formalizar esa instancia de diálogo y, durante el ciclo productivo, formular un plan de afiliación y de empleo permanente.

D. Cobertura limitada de trabajadores atípicos

La cobertura de trabajadores con carreras cortas, entrecortadas, como independientes o a tiempo parcial, da cuenta de salarios de referencia muy bajos, porque a diferencia de los contratos ordinarios, no pueden tomarse los mejores años o los últimos para el salario base de la pensión, o bien no pudieron aportar los afiliados en sus *regímenes de aportación definida*.

En América Latina, reglamentos especiales prevén la incorporación de los atípicos, pero por falta de interés y responsabilidad política, son esas normas sub legales desechadas de antemano, y, si con ellas se llegaren a contar, se debería indicar el agente de retención tributaria, calcular los ingresos estimados y determinar el número de contribuciones para causar el derecho, lo que muchas veces, por falta de interés o rigurosidad, no se ha hecho. Por otra parte, las preferencias normativas han estado siempre presentes: militares que poseen prerrogativas especiales y determinados

21. La legislatura española aprobó vincular las pensiones al índice de precios, aunque sin concretar cómo se financiaría ese gasto extra, dejando atrás el índice de revalorización de las pensiones y que tenía en cuenta los precios, los ingresos y gastos del sistema. Ver https://www.elconfidencial.com/economia/2020-05-21/bruselas-gasto-pensiones-solidaridad-jubilados-jovenes_2603767/.

22. Montero, P.: "Así son las pensiones en Europa: prestación definida, cuentas nocionales y hasta sistema de puntos", 12 de diciembre de 2019, disponible en https://www.65ymas.com/economia/pensiones/pensiones-europa-prestacion-definida-cuentas-nocionales-sistema-puntos_11018_102.html (último acceso: 15 de abril de 2020).

sectores de la administración del Estado con mejores jubilaciones y con bajas o inexistentes contribuciones en fondos de reparto deficitarios. El resultado es que el régimen de pensiones por solidaridad resulta muy inequitativo al momento de asignar cargas y beneficios. En ese sentido, Europa resulta más uniforme, salvo en el caso de Francia, donde se ha intentado crear un sistema único²³.

La suerte de los trabajadores atípicos no es mejor en los países OCDE: apenas el 6% de los independientes cotizan. Y salvo en Islandia e Israel, las tasas de afiliación de los autónomos son muy desiguales a la de los trabajadores por cuenta ajena. Están además los autónomos, 3 veces más expuestos al riesgo de la pobreza que los de tiempo completo y sus ingresos son un 20% menos²⁴.

En la Unión Europea, los de tiempo parcial, si bien son generalmente cubiertos por un régimen de pensiones, su acceso resulta limitado, dependiendo de la categoría profesional y con derecho sólo a una pensión básica. Los remedios tiran por el lado de aliviar las diferencias salariales entre los aportantes. El gobierno directamente, o la seguridad social, subsidia los periodos de suspensión laboral (maternidad, invalidez y enfermedad), los del cuidado familiar (menores y discapacitados) y aquellos trabajos penosos o pesados. Se otorgan subsidios a los jóvenes *primer empleo* y a los autónomos, financiando parte de sus cotizaciones para completarles el derecho a pensión. El Comité de Protección Social de la Comisión Europea recomienda para elevar la cobertura de los autónomos generar incentivos, moderar el costo y afinar la competitividad. Debe definirse igualmente una base de contribución e irse reduciendo el número de esquemas voluntarios y las posibilidades de excepción. Otra forma de intervención es la de introducir incentivos, sea con ahorros voluntarios, sea aplazando la edad de retiro a cambio de un incremento, o con *jubilaciones parciales* que permitan seguir aportando y trabajando, o bien *anticipadas* si se cumplen con las cotizaciones exigidas antes de la edad²⁵.

La cobertura de los atípicos podría aumentar, si se asume como estrategia la seguridad social del ciclo de vida, porque la misma iguala oportunidades desde su primera etapa y extiende, por su propia naturaleza, la educación inicial, la formación profesional y la solidaridad para el pago de las pensiones.

E. La informalidad

Las diferentes alternativas de políticas arriba señaladas lucen aún más limitadas por la informalidad de nuestros mercados laborales, debida, entre otras causas, a la ausencia de inversión, formación profesional e inspección laboral. En Brasil, los efectos

23. Desde diciembre de 2019 comenzaron huelgas y manifestaciones, hasta que empezó el tratamiento del plan de pensiones en el pleno de la asamblea nacional, entre votos de censura, enmiendas, una solicitud de referendo, la renuncia de su principal proponente en el gabinete y la pandemia.

24. La pobreza en Estonia y Hungría de los trabajadores a tiempo parcial alcanza al 37% en comparación al 19% de los de tiempo completo.

25. Comité de Protección Social: *Pension adequacy report: current and future income adequacy in old age in the EU*, vol. 1, Comisión Europea, Bruselas, 2018.

de la recesión económica, entre 2015 y 2016, la carga fiscal sobre la mediana y pequeña empresa y el trámite de formalización son los principales motivos a destacar²⁶. En Colombia existe cierto consenso para explicar que su origen está en el alto costo de los parafiscales, que alcanza al 56% de la nómina²⁷. En México, está asociada a la crisis económica de 2008 y a la falta de incentivos para promover el paso a la formalidad²⁸. En Venezuela, se explica por los largos períodos de contracción, el costo de la regulación laboral y por diferentes distorsiones económicas²⁹.

Para el adulto mayor que no es titular de una jubilación, se ha planteado como remedio en la región el acceso a una *pensión social no contributiva* que alcanza al 0,65% del PIB. La población de 60 o más años cubierta llega ya en 16 países al 25% (19,3 millones de personas)³⁰. Entre los beneficios de esta modalidad de protección social destaca la provisión de algún ingreso a mujeres, indígenas y campesinos que de otro modo no lo tendrían, y adherirse a algún plan de salud, capacitación o micro emprendimiento. Entre los riesgos destaca la insuficiencia de la pensión, conforme a los siguientes casos que sirven de evidencia:

- En Costa Rica, desde 1974, existe un *régimen no contributivo de pensiones por monto básico*, administrado por la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), dirigido a adultos mayores de 65 años, discapacitados que no puedan trabajar y sean menores de 65 años, huérfanos, viudas e indigentes. Los solicitantes deberán probar que necesitan la ayuda del Estado. El programa tuvo un aumento realmente importante a partir del 2010, cuando el monto de la pensión se incrementó al triple. Pero luego, desde el 2015, el monto permaneció congelado, lo que provocó una pérdida en el valor adquisitivo por los efectos de la inflación³¹. En el 2020, el régimen no contributivo amparaba a 126 mil personas (alrededor de 70 mil pertenecen a la tercera edad), devengando alrededor de USD 140, por debajo de la línea de ingreso que define la pobreza³². El esfuerzo fiscal debería aumentar no sólo en el monto, sino en la cantidad de beneficiarios, porque sólo la mitad de los adultos mayores de 65 años recibe una pensión.

26. OIT: *Brasil, un camino simple hacia el empleo formal*. 09 de octubre de 2014. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_312177/lang-es/index.htm (último acceso: 14 de abril de 2020).

27. “¿Cómo será la reforma pensional de Duque?”, *Revista Dinero*, 5 de marzo de 2020, disponible en <https://www.dinero.com/pais/articulo/como-es-la-reforma-pensional-del-gobierno-duque/282390> (último acceso: 16 de marzo de 2020).

28. OIT: *El empleo informal en México, situación actual, políticas y desafíos*. Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y el Caribe, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, México, 2014.

29. Las dos primeras causas, la contracción económica y el costo de la regulación laboral, persisten de forma estructural en el mercado laboral desde hace más de 20 años. Véase a Orlando, M. B.: “La pobreza en Venezuela, causas y posibles soluciones”, *Papeles de trabajo*, n.º 15. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Católica Andrés Bello, UCAB, 2000.

30. Cecchini, S.: *Protección social universal en América latina y el Caribe. Textos seleccionados 2006-2019*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2019.

31. Robles Cordero, E.: *El Sistema de pensiones en Costa Rica y sus desafíos*, Academia de Centroamérica, San José, 2019.

32. Córdoba, J. y Valverde R.: “Pobreza en Costa Rica se mantiene en 21%, aunque baja la pobreza extrema”, Seminario Universidad, 17 de octubre de 2019. <https://semanariouniversidad.com/ultima-hora/pobreza-en-costa-rica-se-mantiene-en-21-aunque-baja-la-pobreza-extrema/> (último acceso: 16 de mayo de 2020).

- En el Ecuador, el *Bono de Desarrollo Humano* es un subsidio monetario directo implementado en septiembre de 1998 y comprende, entre otros programas, una pensión para 75 mil adultos mayores que devengan mensualmente USD 50. Y con el objeto de apoyar la cobertura universal y reducir la desigualdad de ingresos, se planteó aumentar la pensión no contributiva de USD 50 a USD 100 a 270.000 adultos mayores identificados en condiciones de extrema pobreza, conforme al índice del Registro Social 2013 (*Pensión Mis Mejores Años*)³³. El monto, sin embargo, está 5 veces por debajo de la canasta mínima vital y 7 por debajo de la canasta básica familiar³⁴.
- La *Pensión 65*, en Perú, se creó el 19 de octubre del 2011, con el fin de proteger a los adultos de 65 o más años. Se entrega a 431.000 beneficiarios alrededor de 70 USD, de acuerdo a una clasificación socioeconómica otorgada por el Sistema de Focalización de Hogares³⁵. Pero el monto está muy por debajo de la canasta alimentaria mensual, inclusive de la estrictamente alimentaria. Y, aunque el porcentaje de personas adultas mayores en situación de pobreza monetaria es algo menor que el de la población en general, llegando al 16,4% en el 2016, únicamente el 1% de los adultos mayores pobres extremos tienen acceso a algún tipo de pensión y la mayor proporción de adultos mayores en situación de pobreza extrema viven en hogares de 1 o 2 miembros, lo cual acentúa su vulnerabilidad³⁶. El porcentaje de los adultos mayores en pobreza monetaria tiende a aumentar conforme avanzan en edad (18,2% en mayores de 70 y 13,9% en los de 60 a 64 años). Asimismo, la incidencia de la pobreza monetaria es mayor en el área rural que en la urbana, aunque por fortuna, su descenso en la última década ha sido significativo³⁷.

Los casos expuestos constituyen la regla y una de las razones es porque, aun cuando la inversión, la formación profesional y la competitividad, son variables del ciclo productivo, hay cuestiones previas ligadas a él; patrones de desempeño correlacionados con la alimentación, la capacidad inmunológica y la protección a la familia que lo preceden y son los que permiten llegar en igual o mejor condición al mercado de trabajo.

33. Robalino, J.: "Ejecutivo incrementará monto de bonos y número de beneficiarios", *Pichincha Comunicaciones*, 1 de julio de 2019, disponible en <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/ejecutivo-incrementa-montos-de-bonos-y-pensiones-y-numero-de-beneficiarios/>.

34. Domínguez, C.: "En \$716,14 se sitúa la Canasta Básica en Ecuador en enero 2020", *Pichincha Comunicaciones*, 6 de febrero de 2020, disponible en <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/en-71614-se-situa-la-canasta-basica-en-ecuador-en-enero-2020/> (último acceso: 22 de mayo de 2020).

35. V. <https://www.gob.pe/437-sistema-de-focalizacion-de-hogares-sisfoh>.

36. Olivera, J. y Clausen, J.: "Las características del adulto mayor peruano y las políticas de protección social", *Economía*, Vol. 37, núm. 73, 2014, pp. 75-113.

37. Mesa de Concertación para la Lucha contra la Pobreza: «Envejecimiento con dignidad: Una mirada a los derechos de las personas adultas mayores en el Perú», Lima, 2018.

III. LA SEGURIDAD SOCIAL DEL CICLO DE VIDA COMO CONTENIDO A REFORZAR

La ciencia actuarial aplicó modelos matemáticos rigurosos para calcular las contingencias de la industria, por lo que muchas de las recomendaciones para elevar la cobertura en pensiones están basadas en el *homo operarius*. Ello definió la identidad de los seguros sociales y con la Declaración de Filadelfia de 1944, logra pasar a otro nivel de impacto³⁸.

Después de los estragos de la Segunda Guerra Mundial, el ceremonial probabilístico sería elevado a una dimensión política. Se trataba de re-organizar a la sociedad industrial, la producción y el consumo del *animal laborans*, ahora con más avidez y vehemencia³⁹.

A. Las asignaciones familiares

Las asignaciones familiares, practica mutualista de los empleadores belgas y franceses en la década del veinte para que sus empleados recibiesen un ingreso extra por hijo, desarrollaron sin saberlo una virtud: la de pasar, sin sobresaltos, de una sociedad empresarial pura a una familiar, ya no considerando al trabajador masculino exclusivamente. Se institucionalizaron luego *las cajas de compensación familiar* para distribuir la carga entre todos los empleadores, y, ligándose al régimen de seguridad social, dieron otro paso más, siendo como son una de las ramas de protección del Convenio 102 OIT sobre la norma mínima de seguridad social de 1952 (artículos del 39 al 45).

Las asignaciones familiares, igualmente, mantuvieron a buena parte de la población infantil escolarizada⁴⁰. Un efecto de cascada que crearía su propio cauce hacia un conglomerado menos ligado a la sociedad post industrial de la información y la globalización. Sociólogos como Daniel Bell, han propuesto que cada familia reciba al menos un ingreso mínimo, pero está consciente que bien pudiera no bastar para proveer salud y educación.

El ingreso mínimo pudiera ser una trampa de la pobreza. Las *asignaciones familiares*, en cambio, podrían representar el comienzo de una política social, donde el ciclo de vida sustituya al productivo, por un *tempus* más largo y bondadoso.

En Argentina, el eje de esta política se fue armando desde 1968, cuando se simplifica normativamente el régimen, al que le siguió en 1996, el de prestaciones, que además de bajar la alícuota de los empresarios, se focalizó en las remuneraciones medias y bajas, hasta que en el 2009 se extendió a las familias de la economía informal⁴¹.

38. Ver <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>.

39. Arendt, H.: *La Condición Humana*, Paidós, Argentina, 2009.

40. Rofman, R.; Grushka, C. y Chebez. V.: "El Sistema de Asignaciones Familiares como herramienta central en la política social argentina", *VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, panel "Ingreso Social: conceptos y aportes para su implementación", Argentina, 2001.

41. El componente central de las transferencias a los niños y adolescentes menores de 18 años ha sido el régimen contributivo, introducido en 1957. Anteriormente ya existían, desde 1934, asignaciones consistentes en un

La mayoría de los niños y adolescentes tiene cobertura de prestaciones monetarias por asignación familiar, y un 89% de los adultos mayores de 65 años recibe una prestación de jubilación o pensión⁴².

El régimen, el que aquí no se evalúa por sus montos sino por el tipo y cantidad de prestaciones, cubre a los dependientes públicos y privados, monotributistas, pensionados y beneficiarios de la *Asignación por Embarazo para Protección Social* y la *Asignación Universal por Hijo para Protección Social* (ver más adelante), considerando al grupo familiar a los efectos del pago, en lugar de los ingresos de un solo titular.

Se establecen las siguientes prestaciones, que son muy ilustrativas de nuestra recomendación para el desarrollo de un ciclo de vida de la seguridad social:

- *Asignación por hijo*, que consiste en el pago de una mensualidad por cada hijo menor de 18 años de un trabajador en relación de dependencia, o monotributista, jubilado y pensionado.
- *Asignación por cada hijo con discapacidad*, sin límite de edad.
- *Asignación prenatal*, la que se abona desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo.
- *Asignación por ayuda escolar anual* para la educación inicial, general básica y polimodal o bien, cualquiera sea su edad, si concurre a establecimientos oficiales o privados donde se imparta educación diferencial.
- *Asignación por maternidad* que consiste en el pago de una suma igual a la remuneración que la trabajadora hubiera debido percibir en su empleo y que se abonará en el periodo de licencia legal.
- *Asignación por nacimiento o por adopción*, la que se paga en el mes que se acredite tal hecho.
- *Asignación por matrimonio*.
- *Asignación universal por hijo para protección social* para trabajadores informales, servicio doméstico y desempleados con hijos menores de 18 años (hasta 5), o sin límite de edad cuando se trate de un discapacitado.
- *Asignación por Embarazo para protección social* desde las 12 semanas para informales, servicio doméstico y desempleadas, y;
- *Asignación familiar por cónyuge*, la que se cobra por uno de los integrantes del matrimonio, titular de jubilación o pensión⁴³.

El caso argentino constituye un buen ejemplo de como *las asignaciones familiares* representan un periodo que pasa de ser un complemento salarial en la esfera privada

subsidio por maternidad y algunos beneficios por hijo para los trabajadores de algunos sectores, como el bancario. Sin embargo, no es hasta 1957 que se establece un sistema más integral, con algunos acuerdos en las paritarias y la conformación de la Caja de Asignaciones Familiares para el Personal de la Industria (CASFPI). Otros sectores siguieron esta tendencia, constituyendo sus propias Cajas de Asignaciones Familiares.

42. Bertranou, F. (coord.): *Aportes para la construcción de un piso de protección social en Argentina: el caso de las asignaciones familiares*, OIT, Buenos Aires, 2010.

43. Ver <https://www.anses.gob.ar/asignaciones-familiares>.

a tomar en serio en la pública un papel menos ligado al ciclo productivo, rompiendo con la relación empleo-salario-cotización, desde luego importante, pero no suficiente. Importante, porque encuadra en el Convenio 102, pero insuficiente, porque no ha representado una solución a la trampa de la pobreza, como los microcréditos, un seguro para los más pobres que, entre la falta de confianza y educación de sus destinatarios, la práctica de *selecciones adversas* y la intervención del Estado que malea las conductas y no permite que el ciudadano se independice; terminan –según Banerjee y Duflo⁴⁴–, por convertirse tan sólo en una estrategia de economía de la sobrevivencia.

B. Las pensiones como parte del ciclo de vida

Las pensiones, ligadas a todo el ciclo de la vida, parten en este ensayo de las siguientes premisas:

- Ofrecer iguales oportunidades para el desarrollo de las habilidades de cada ser humano.
- Centrarse en el desarrollo de las competencias básicas y no en el otorgamiento de ingresos mínimos.
- Proveer un hábitat y un hogar.
- Asumir a la Declaración de Filadelfia como manifiesto.

El ahorro también formaría parte del grupo de proposiciones, porque brinda la ocasión de tener autonomía y oportunidades para realizar las aspiraciones personales, potenciando el futuro. Sin embargo, la capacidad de ahorro está mermada y en los *regímenes de aportación definida* -como es el caso de Perú y México- ello se pone en evidencia al ser muy bajo. Una propuesta de reforma en Perú del año 2017 planteó establecer carteras de inversión de referencia al ciclo de vida, divididas por grupos etarios, como lo haría México 2 años después, como remedio a la situación⁴⁵.

IV. CUADRO DE PRESTACIONES DEL CICLO DE VIDA

Se plantea a continuación una atención previsional centrada en la mujer y en la familia, distinta al del ciclo estrictamente productivo, que prevenga el embarazo precoz y atienda a la embarazada.

44. Ob. cit.

45. La Ley No. 31017 de 01-05-20, establece la posibilidad de retirar hasta el 25% de los fondos acumulados en las cuentas individuales; se puede retirar hasta el 25% para la compra de la primera vivienda; aparte de la liberación del 95,5% de las cuentas individuales, cumplidas sean determinadas formalidades.

Seguridad social del ciclo de vida. Cuadro de prestaciones

Ciclos	Prestaciones
Ciclo 1 desde el embarazo hasta la maternidad.	Nutrición madres embarazadas. Licencia por maternidad con pago del salario mientras dure la suspensión, extensible a independientes. Bono por embarazo, a partir de la concepción. Bono por Hijo, hasta determinado número y edad, condicionado a la vacunación, escolarización o discapacidad. Bono por vivienda establecido por metro de construcción, efectivo al momento de protocolizar la operación ⁴⁶ .
Ciclo 2 Educativo, desde la educación inicial hasta la universitaria.	Subvención parcial de la matrícula por escala de ingresos. Beca universitaria por rendimiento académico o deportivo.
Ciclo 3 Productivo, de empresa o trabajo independiente.	Garantías de empleo y protección ante el desempleo. Fondo solidario para financiar prestaciones previstas en el Convenio 102 o superiores. Reconocimiento de periodos de suspensión laboral a los efectos del cómputo de cotizaciones de la seguridad social en periodos de maternidad, nacimiento de hijos, enfermedad, invalidez, cuidado de terceras personas y del trabajo en el hogar. Fondo de ahorro complementario para la vejez.
Ciclo 4 Vejez	Goce por el descanso y el ocio. Pensiones sociales no contributivas. Casas de descanso y asilo. Intervenciones locales variadas para ofrecer garantías de transporte, de combate a la soledad y el aislamiento social, evitar abusos y maltratos; brindar opciones residenciales independientes, con asistencia o internación, como adaptaciones interiores de vivienda; desarrollar tecnologías de apoyo y uso de redes; seguridad personal, y; actividad física para mantener la movilidad ⁴⁷ . Financiamiento de cuidados domiciliarios profesionales y apoyo financiero a los cuidadores ⁴⁸ .

La población de 75 años y más se habrá triplicado entre el 2000-2050 y requerirá de cuidados diarios o periódicos que necesitan que su condición sea más llevadera y autónoma. Y es poco probable que la suerte de los pensionados mejore aplicando procedimientos que le trasladen el riesgo de la vejez.

En determinados países, como Venezuela, el discurso antipobreza podría imponerse, encauzado más a un tipo de universalismo básico que a una seguridad social del ciclo de vida, la que puede dejarse de lado por 2 razones. Una, es porque su elaboración necesita consenso y tiempo que muchas veces la emergencia no permite y

46. La idea central es la de fijar a valor de mercado a cada ciudadano desde su nacimiento, el acceso a una vivienda en la adultez como soltero o con pareja.

47. Organización Mundial de la Salud: *Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud*, OMS, Suiza, 2015.

48. Huenchuan, S.: "¿Qué más puedo esperar a mi edad? Cuidado, derechos de las personas mayores y obligaciones del Estado", en Huenchuan, S. y Rodríguez R.I. (eds.): *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las pensiones mayores*, CEPAL, Ciudad de México, 2014, pp. 153-168.

el político tampoco quiere. En el caso venezolano, segunda razón, la fragmentación social podría agravarse, entre la clase media y la pobre, porque, de producirse un cambio político, el abordaje de lo popular caería en sospecha, consecuencia del fracaso del *chavismo* que se apropió de ese relato. La tarea, por tanto, de las fuerzas democráticas será doble, convencer que el planteo es igualitario, universal y solidario, y que acercarse a lo popular no tiene nada que ver con aquél.

V. CONCLUSIONES

La seguridad social del ciclo de vida es una metodología de análisis de políticas públicas que contiene al ciclo productivo, pudiendo en consecuencia, obtener una visión más integral de las fuentes de riesgo y superar las vulnerabilidades desde antes del nacimiento. Rompería con el paradigma productivista y, en el caso del trabajo femenino, haría retroceder la interesada perspectiva masculina en torno a éste; y, aparte de identificar los problemas de género, concebiría desde las *asignaciones familiares* un arco más completo de protección.

Bajo esta perspectiva, la caída de la tasa de fecundidad y el aumento de la esperanza de vida conduciría a conciliar el ciclo productivo con el de la vejez, fijando un ingreso *social* en función de los servicios que le son conexos y no exclusivamente por el *cash* pagado. En este sentido, no se trata de confrontar la sustentabilidad fiscal con el gasto social, siempre que este sea considerado como inversión. Ambas variables macro se llevarían bien, si la inversión social se convierte en soporte de la sostenibilidad financiera. Estrangular el gasto es frenar la inversión y los efectos serían desde luego contraproducentes.

La protección a la infancia, a la educación básica y profesional, así como la extensión de la solidaridad, podrían disminuir las contrataciones atípicas o proteger a los que en ella permanecen. Existen precondiciones que podrían ser satisfechas y que mejorarían las competencias de los que ingresan al mercado de trabajo, como lo sería, la protección a la familia, la alimentación y la salud.

Las pensiones, por último, al ser parte del ciclo de vida, harían menos ostensibles las diferencias profesionales y las corporativas, porque se basarían en la igualdad de oportunidades, en la mujer, en la familia, en el ahorro, en la pertenencia a un hábitat ecológicamente sano y en la titularidad de una vivienda.

Bibliografía

- Arendt, H.: *La Condición Humana*, Paidós, Argentina, 2009.
- Ávalos, Á.: "Envejecimiento se acelerará en Centroamérica a partir de 2040", *La Nación*, 17 de octubre de 2016, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/salud/envejecimiento-se-acelerara-en-centroamerica-a-partir-de-2040/77GPHDPGKNA7TEZTKYUD6NJU2M/story/>.
- Banerjee, A. y Duflo E.: *Economía del pobre y las vías para acabar con ella. Un giro radical en la lucha contra la desigualdad global*, Penguin Random House, India, 2013.

- Bertranou, F. (coord.): *Aportes para la construcción de un piso de protección social en Argentina: el caso de las asignaciones familiares*, OIT, Buenos Aires, 2010.
- Bonilla, A. y Gruat J. V.: *Protección social: Una investigación durante todo el ciclo de vida para propiciar la justicia social, reducir la pobreza y fomentar el desarrollo sostenible*, Organización Internacional de Trabajo, Ginebra, papel de trabajo preliminar, 2003.
- Bosch, M.: "¿Deben las mujeres jubilarse antes que los hombres?", 13 de agosto de 2015, blog ¿Y si hablamos de igualdad, disponible en <https://blogs.iadb.org/igualdad/es/deben-las-mujeres-tener-edad-de-jubilacion-menor-que-los-hombres/>.
- Bui, Q.: "More older people are finding work, but what kind?", *The New York Times*, 18 de agosto de 2016, disponible en <https://www.nytimes.com/2016/08/18/upshot/as-more-older-people-seek-work-they-are-put-into-old-person-jobs.html>.
- Cándido, A.: *El Futuro del Estado del bienestar*, Trabajo de Fin de Grado, Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de Donostia. Universidad del País Vasco, 2015.
- Cecchini, S.: *Protección social universal en América latina y el Caribe. Textos seleccionados 2006-2019*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2019.
- CEPAL: *Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación*, Informe especial n.2, 2020.
- Cetrángolo, O. et al.: "Gastos e ingresos públicos en América Latina desde fines de los años 80 hasta el 2015", *Serie Macroeconomía y Desarrollo* 194. CEPAL, 2018.
- Comité de Protección Social: *Pension adequacy report: current and future income adequacy in old age in the EU*, vol. 1, Comisión Europea, Bruselas, 2018.
- Condeza, A. R., et al.: "Adultos mayores en Chile: descripción de sus necesidades en comunicación en salud preventiva", *Cuadernos info*, núm. 38, 2016.
- Córdoba, J. y Valverde R.: "Pobreza en Costa Rica se mantiene en 21%, aunque baja la pobreza extrema", *Seminario Universidad*, 17 de octubre de 2019. <https://semanariouniversidad.com/ultima-hora/pobreza-en-costa-rica-se-mantiene-en-21-aunque-baja-la-pobreza-extrema/>
- Cordón, J.: "Natalidad: ¿Cuál es el problema?", 4 de julio de 2018, blog *Economistas frente a la crisis*, Disponible en: <https://economistasfrentealacrisis.com/natalidad-cual-es-el-problema/>.
- Domínguez, C.: "En \$716,14 se sitúa la Canasta Básica en Ecuador en enero 2020", *Pichincha Comunicaciones*, 6 de febrero de 2020, disponible en <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/en-71614-se-situa-la-canasta-basica-en-ecuador-en-enero-2020/>.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas: *Los desafíos de la baja fecundidad en América Latina y el Caribe*, UNFPA, 2018, disponible en: <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Baja%20fecundidad%20en%20ALC%20-%20version%20web%20espa%C3%B1ol.pdf>.
- Huenchuan, S.: "¿Qué más puedo esperar a mi edad? Cuidado, derechos de las personas mayores y obligaciones del Estado", en Huenchuan, S. y Rodríguez R. I. (eds.): *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las pensiones mayores*, CEPAL, Ciudad de México, 2014.
- Mesa de Concertación para la Lucha contra la Pobreza. *Envejecimiento con dignidad: Una mirada a los derechos de las personas adultas mayores en el Perú*, Lima, 2018.
- Montero, P.: "Así son las pensiones en Europa: prestación definida, cuentas nocionales y hasta sistema de puntos". 12 de diciembre de 2019, disponible en https://www.65ymas.com/economia/pensiones/pensiones-europa-prestacion-definida-cuentas-nocionales-sistema-puntos_11018_102.html.
- Olivera, J. y Clausen, J.: "Las características del adulto mayor peruano y las políticas de protección social", *Economía*, vol. 37, núm. 73, 2014.
- Organización Iberoamericana de Seguridad Social: *El aporte de las mujeres a la agenda 2030. Las medidas compensatorias de los cuidados no remunerados en los sistemas de seguridad social en Iberoamérica*, OISS, Bogotá, 2019, disponible en <https://oiss.org/wp-content/uploads/2019/02/Medidas-compensatorias.pdf>
- Organización Mundial de la Salud: *Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud*, OMS, Suiza, 2015.

- OIT: *Brasil, un camino simple hacia el empleo formal*, 9 de octubre de 2014, disponible en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_312177/lang--es/index.htm.
- OIT: *El empleo informal en México, situación actual, políticas y desafíos. Programa de Promoción de la Formalización en América Latina y el Caribe*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, México, 2014.
- Orlando, M. B.: "La pobreza en Venezuela, causas y posibles soluciones", *Papeles de trabajo*, N. 15. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Católica Andrés Bello, UCAB, 2000.
- Ortiz, I.; Durán-Valverde, F.; Urban, S.; Wodsak, V. y Yu, Z.: *La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina (2000-2018)*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.
- Robalino, J.: "Ejecutivo incrementará monto de bonos y número de beneficiarios", *Pichincha Comunicaciones*, 1 de julio de 2019. Disponible en <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/ejecutivo-incrementa-montos-de-bonos-y-pensiones-y-numero-de-beneficiarios/>.
- Robles Cordero, E.: *El Sistema de pensiones en Costa Rica y sus desafíos*, Academia de Centroamérica, San José, 2019.
- Rofman, R.; Grushka, C. y Chebez. V.: "El Sistema de Asignaciones Familiares como herramienta central en la política social argentina", *VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, panel "Ingreso Social: conceptos y aportes para su implementación", Argentina, 2001.
- Temprano, A. y Torres Villanueva, E.: "La política de bienestar social en los países de la OCDE hasta los años 90: un balance", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 3, 1993.
- UNEP: *¿Por qué adoptar un enfoque de ciclo de vida?*, PNUMA-SETAC, Nairobi, 2004.



Trabajadores inmigrantes indocumentados en tiempos de crisis y pandemia: exigencias morales y jurídicas para la repolitización de las fronteras

UNDOCUMENTED IMMIGRANT WORKERS IN TIMES OF CRISIS AND PANDEMIC: MORAL AND LEGAL DEMANDS FOR THE REPOLITICIZATION OF BORDERS

Ricardo José Macedo De Britto Pereira

Profesor Titular del Master en Derechos de las Relaciones Sociales y Laborales

Centro Universitario do Distrito Federal – UDF (Brasil)

rjmbpereira@gmail.com  0000-0003-4510-8894

Recibido: 13.10.2020 | Aceptado: 15.12.2020

RESUMEN

El presente texto se ocupa de la violación de los derechos de los trabajadores inmigrantes indocumentados por las políticas restrictivas de inmigración. La vulnerabilidad de este grupo aumenta en el actual contexto de pandemia y crisis económica. Se hace una crítica de la prevalencia de esas políticas, que son orientadas por la expansión del mercado, restringiendo derechos e incrementando las desigualdades. La primacía de los derechos pasa por la repolitización de las fronteras que responda a las exigencias morales y jurídicas de respeto a la persona humana. Esa repolitización, para vencer la lógica del mercado, depende del fortalecimiento de la organización sindical y de la incorporación de la lucha de los trabajadores inmigrantes indocumentados.

ABSTRACT

This text deals with the violation of the rights of undocumented immigrant workers by restrictive immigration policies. The vulnerability of this group increases in the current context of pandemic and economic crisis. It casts a criticism of the prevalence of those policies guided by the market expansion, restricting rights and intensifying inequalities. The primacy of rights goes through the repolitization of the borders that respond to moral and legal demands regarding human beings. This repolitization depends on the strengthening of the union organization, incorporating the undocumented immigrant workers' fight.

PALABRAS CLAVE

Trabajadores inmigrantes
Indocumentados
Repolitización
Fronteras
Dignidad humana

KEYWORDS

Immigrant workers
Undocumented
Repolitization
Borders
Human dignity

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS
 - A. Las políticas de inmigración y la relatividad de las fronteras
 - B. Los trabajadores inmigrantes indocumentados: invisibilidad y mercado informal
 - C. Protección internacional de los derechos humanos y los trabajadores migrantes indocumentados
- III. EL AGRAVAMIENTO DE LA VULNERABILIDAD DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS EN TIEMPOS DE CRISIS Y PANDEMIA
 - A. Los efectos de la pandemia en las clases más vulnerables
 - B. Compromisos constitucionales y el estado de excepcionalidad
- IV. DERECHOS HUMANOS Y DIGNIDAD DE LA PERSONA VERSUS POLÍTICAS ORIENTADAS POR LA EXPANSIÓN DEL MERCADO
 - A. Justificaciones morales para el reconocimiento de derechos a los inmigrantes
 - B. Derechos humanos y la dignidad de la persona
 - C. La sociedad de la externalización y la invasión del mercado
- V. REPOLITIZACIÓN DE LAS FRONTERAS Y LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS
 - A. Políticas versus derechos
 - B. Los derechos colectivos de los trabajadores inmigrantes indocumentados
 - C. Dos comprensiones distintas de los derechos colectivos de los trabajadores inmigrantes indocumentados
- VI. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El presente texto se dedica al estudio de los trabajadores inmigrantes indocumentados, así como su extrema vulnerabilidad en tiempos de crisis y pandemia.

El problema central de investigación puede ser representado por la indagación sobre si la extrema vulnerabilidad de los trabajadores inmigrantes indocumentados, resultante de políticas de inmigración restrictivas, agravada por la pandemia y crisis económica, son aceptados por los instrumentos nacionales e internacionales que aseguran los derechos humanos y la dignidad de la persona. La respuesta negativa lleva a la cuestión de las vías para asegurar los derechos humanos y la dignidad de los trabajadores inmigrantes indocumentados.

La base de análisis es la prevalencia de las políticas migratorias en detrimento de los derechos y el hecho de que esas políticas estén orientadas por una idea expansiva y predatoria de mercado, por la cual la elevada concentración de recursos y poder se sostiene en una brutal desigualdad social y económica.

Así, el texto se ocupa de las exigencias morales y jurídicas para que los derechos no sean negados ante las políticas de inmigración. Por otro lado, se reconoce que las exigencias morales y jurídicas no son suficientes para las transformaciones propuestas, siendo necesario una repolitización de las fronteras. O sea, en la disputa entre políticas y derechos, la propuesta no es la derrota de la política o la despoltización,

sino la repolitización. En este sentido, las mudanzas deben ocurrir en el espacio político y no fuera de él.

El estudio se divide en las siguientes partes. Inicialmente se hará un abordaje sobre los desplazamientos de trabajadores en búsqueda de oportunidades de trabajo y las tendencias de las políticas de inmigración, mencionando instrumentos que se ocupan de asegurar derechos a los inmigrantes indocumentados. En seguida, será examinado como los períodos de crisis y pandemia afectan a los más vulnerables, entre ellos los trabajadores inmigrantes indocumentados, así como las crisis institucionales que esas situaciones de excepcionalidad generan, con amenaza de ruptura de los compromisos constitucionales. Se continúa con las teorías que se ocupan de las cuestiones morales relacionadas con las fronteras para, luego, ingresar en el estudio de los derechos humanos y de la dignidad de la persona. Después se invierte la perspectiva para abordar la sociedad de la externalización y la invasión del mercado. Establecido el enfrentamiento entre políticas y derechos, se presentan argumentos para consagrar la primacía de los derechos, no por la despolitización, sino por la repolitización. Por tanto, el último apartado se ocupa de los derechos colectivos de los trabajadores inmigrantes indocumentados, por medio de la comparación de decisiones de la Suprema Corte estadounidense y del Tribunal Constitucional español.

La conclusión reafirma la necesidad de observancia de los derechos de los trabajadores inmigrantes indocumentados, por medio de una repolitización que valore la acción colectiva de estos trabajadores a partir de la garantía de los derechos humanos y de la dignidad de la persona.

II. LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS

A. Las políticas de inmigración y la relatividad de las fronteras

Se entiende por política la estructuración de medios para alcanzar fines colectivos. Las políticas interfieren en la vida de las personas de manera distinta, según condiciones económicas y sociales u otras variables, pero son difundidas como medidas que satisfacen el bien común. Las políticas pueden encubrir ideologías sectarias y, más que lograr ventajas para la colectividad, buscan implementar y consolidar proyectos de poder.

Las políticas de inmigración reflejan las variaciones de los perfiles ideológicos de los diversos gobiernos, que alternan medidas desde la criminalización o expulsión de los inmigrantes, reforzada con el cierre de las fronteras y el bloqueo de entradas, hasta otra opuesta de acogida, amparo y facilitación para la regularidad de la situación.

El desplazamiento de personas a otros países no es un fenómeno novedoso. Está presente en buena parte de la historia de la humanidad. Pero, el desarrollo tecnológico, la velocidad en el flujo de informaciones, los medios de transporte, la circulación

de mercancías y la globalización de la economía hacen que las migraciones sean mucho más frecuentes en la actualidad¹.

Las personas dejan sus países por distintos motivos, en general para concretar proyectos de encontrar trabajo y tener una vida en condiciones más favorables. Crisis, violación de derechos, guerras, dictaduras, problemas de salud, son algunos de los ejemplos que llevan a las personas a huir de situaciones desfavorables y peligrosas para tener alguna perspectiva en otro lugar, como una reacción necesaria por la supervivencia. Así, los migrantes rompen con el pasado, para utilizar todas las energías, recursos y esperanzas en los proyectos de mudanza, sin tener conocimiento preciso de cuál será el recorrido y hacia dónde van o si llegarán al destino y cuáles serán los desafíos a superar. Todo el proceso es extremadamente arriesgado, con amenazas en todas las etapas: la salida, el trayecto, la llegada y la permanencia².

La relatividad de las fronteras significa que los criterios de entrada son muy variados. Las fronteras están abiertas para el tránsito de personas en innumerables situaciones. Pero, particularmente para aquellos que buscan trabajo y supervivencia las puertas suelen estar cerradas. Como observa Lance Compa, hay una expansión del comercio "por medio de acuerdos comerciales, tratados bilaterales, tratados de inversiones y otros movimientos para atraer inversiones y promover exportación de bienes y comercio de servicios. Entretanto, la expansión del movimiento de bienes, servicios y dinero no se extiende a las personas"³.

La premisa aquí adoptada es que las tendencias nacionalistas y xenófobas resultan de una idea ampliada de mercado, que cultiva la defensa del interés propio en detrimento de la situación ajena y de la comunidad. Esas posturas se verifican incluso en varios países que se tornaron dependientes del trabajo de los inmigrantes para el funcionamiento de la economía. O sea, en países cuyas políticas migratorias son orientadas por el mercado de trabajo, los inmigrantes suelen ser víctimas de aptitudes contrarias a sus personas por el mero hecho de la nacionalidad.

Las políticas más restrictivas en general están basadas en ventajas económicas y en la ausencia de disposición para redistribuir beneficios con los no nacionales. El cierre o la expulsión son presentados como solución para el desempleo de los nacionales o para evitar costes por el combate a problemas sociales de no nacionales en búsqueda de empleo y asistencia personal y familiar. Los inmigrantes son señalados como factores de desestabilización, idea difundida e incorporada por parte de la sociedad, sin cuestionamientos o datos comprobatorios, sobre todo en momentos de crisis económicas⁴.

1. Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 39.

2. Caldera Sánchez-Capitan, J.: "La inmigración y su integración en el mercado laboral español", en Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho, Perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 80.

3. Compa, L.: "Migrant Workers in The United States: Connecting Domestic Law with International Labor Standards: The Piper Lecture", 92 *Chicago-Kent Law Review* 211 (2017).

4. Por ejemplo el cierre de la atención a los inmigrantes en el sistema de salud como forma de cumplir medidas de austeridad en virtud de la crisis financiera: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/24010/espanha+terra+ato+contra+corte+de+atendimento+medico+a+imigrantes+ilegais.shtml>.

La política de inmigración se torna en elemento central de los gobiernos, integrando los debates políticos y electorales. En general, los criterios económicos se superponen al aspecto humanitario. Las personas son puestas debajo de factores de producción y las balizas de las acciones son marcadamente económicas⁵.

Los gobiernos definen unilateralmente quiénes permanecerán en su territorio, por cuánto tiempo y en qué condiciones. Sin embargo, el control estatal no es capaz de impedir la entrada en varias situaciones, como prácticas clandestinas e ilegales de mafias y redes de trata de seres humanos. Son prácticas violadoras de derechos humanos que se concretan con la sumisión de personas vulnerables a varios tipos de explotación en razón del manifiesto estado de necesidad, situación que puede persistir por largo tiempo, e incluso definitivamente. La consecuencia es el aumento de un tratamiento cruel, degradante y deshumanizado. Las reacciones a este cuadro suelen atacar más a las víctimas que a los agresores.

Las políticas migratorias pueden ser divididas por categorías, de acuerdo con las situaciones particularizadas, con variaciones de derechos asegurados tanto por el derecho nacional como por el internacional.

Nunzia Castelli presenta una clasificación que distingue la migración política de la migración económica. Las migraciones políticas se refieren a diversas situaciones como desastres naturales, conflictos armados y violaciones a las libertades, por las cuales las personas son forzadas a salir, pues no tienen como actuar en contra de esas fuerzas para evitar los daños resultantes. En este grupo se encuentran los refugiados y los solicitantes de asilo. Las migraciones económicas, también denominadas laborales, se configuran por el carácter voluntario, en las cuales el desplazamiento se produce por la búsqueda de "recursos y de las oportunidades de desarrollo personal y familiar." Con relación a esta última, Castelli subraya la escasez de instrumentos internacionales dirigidos a esa modalidad de inmigrante⁶.

Este estudio se dedicará a la clase más vulnerable de los inmigrantes económicos, que son aquellos que no cuentan con permiso de residencia y de trabajo o indocumentados. Estos trabajadores enfrentan varios tipos de dificultades y barreras por su condición de inmigrantes indocumentados, a las cuales se añaden otras por razones como género, edad, raza, discapacidades u orientación sexual.

B. Los trabajadores inmigrantes indocumentados: invisibilidad y mercado informal

Los trabajadores inmigrantes sin permiso de trabajo son atraídos por el mercado informal, en actividades que los nacionales no suelen aceptar⁷. Estos empleos corresponden a actividades con menor protección y condiciones inadecuadas de trabajo.

5. López, J.; "Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad", *Estudios de derecho judicial*, núm. 76, 2005, p. 26.

6. Castelli, N.: *Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 19.

7. Viadel Colomer, A.: *Inmigrantes y emigrantes*, Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2006, pp. 4-5.

Los sueldos son bajos, no hay vacaciones o licencias pagadas y los riesgos de accidentes o enfermedades en el trabajo son elevados. Los inmigrantes sin permiso son las víctimas más frecuentes de estos trabajos, en situación de clandestinidad, facilitando el ocultamiento de las infracciones. Las esperanzas de una vida mejor se convierten en pesadillas. Las personas y las instituciones no oyen o comprenden “los gritos de esos hombres y mujeres” o entonces no tienen contacto con su sufrimiento y dolor⁸.

Los que cruzan las fronteras en búsqueda de trabajo y vida digna son considerados ilegales y pasan a sufrir ataques del poder público y de poderes privados. Estas personas viven en la clandestinidad, sin acceso a bienes, instituciones y servicios públicos de educación y salud. La amenaza de deportación hace inviable cualquier reivindicación en términos de derechos.

Las políticas favorables al cierre de las fronteras consideran a los inmigrantes como culpables de situaciones desfavorables y responsables de la mala suerte de los nacionales, enemigos del bien común, debiendo ser expulsados si logran pasar por las fronteras.

Esas razones pasan a ser compartidas por parte de los nacionales, incorporando las ideas sobre la necesidad de impedir la entrada de inmigrantes o de expulsarlos. La represión estatal y legal se refuerza por la represión social, aumentando las barreras para la posible permanencia, integración y reconocimiento de los inmigrantes como sujetos de derechos.

Así, los inmigrantes sin permiso para residir y trabajar suelen enfrentar barreras resultantes de dos frentes: la primera se refiere al estado, que pone el inmigrante al margen de cualquier medida o beneficio estatal, además de perseguirlo para expulsarlo, muchas veces con agresión u otras medidas violentas; la segunda se refiere a una sociedad cerrada que excluye, oprime y amenaza con denunciar, colocando a la persona en constante situación de riesgo e incertidumbre acerca de lo que puede pasar el día siguiente.

En razón de la doble opresión, los inmigrantes se vuelven vulnerables a distintos tipos de violencia en el trabajo y en la vida cotidiana. Los inmigrantes, no representados o ignorados colectivamente, se sujetan a esas políticas, sin alternativas de reacción. La única defensa que poseen es la invisibilidad y esto contribuye a aceptar vivir y trabajar en condiciones inhumanas y degradantes. Por paradójico que parezca, su permanencia depende de su explotación para asegurar esa invisibilidad. Forman las minorías, en la acepción más extremada del término, pues están imposibilitados para recibir prestaciones sociales y económicas o participar de las deliberaciones públicas que puedan decir respeto a su realidad y necesidades, además de ser víctimas de tratamiento violento y degradante.

La debilitación de los inmigrantes sin permiso de residencia y trabajo incrementa el poder de todos que pueden establecer relaciones con ellos, como empleadores, dueños de hogar y comerciantes. El desequilibrio en las relaciones establecidas se caracteriza por el ejercicio de poder incontrolado, por un lado, y la completa sujeción,

8. *Ibid.*, p. 8.

por otro. Si los empleadores llegan a concentrar un poder extraordinario, que gobierne la vida de los trabajadores, estableciendo un gobierno privado, que, en algunos aspectos, controlan y disciplinan la vida de los trabajadores con más intensidad que los gobiernos públicos⁹, con relación a los inmigrantes indocumentados ese control es más intenso.

Las políticas de inmigración orientadas por el mercado y conducidas por el poder del imperio del Estado da margen a la violación de derechos humanos y ese hecho colisiona con constituciones democráticas y tratados internacionales de derechos humanos.

La visión mercantilista y estatista se encuadra en el “clásico régimen de extranjero” y enfrenta concepciones más actuales basadas en un concepto amplio de ciudadanía y derechos humanos¹⁰.

C. Protección internacional de los derechos humanos y los trabajadores migrantes indocumentados

La protección de los derechos humanos en el ámbito internacional general y regional es incuestionablemente aplicable a los trabajadores inmigrantes indocumentados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos confirma esa protección al adoptar un concepto amplio de trabajador. La Corte subraya que:

“Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”¹¹.

Ya la protección específica es más escasa. Se pueden citar los Convenios n. 97¹² y 143¹³ de la Organización Internacional del Trabajo y el Convenio Internacional sobre

9. Anderson, E.: *Private Government. How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk about It)*, Princeton University Press. New Jersey, 2017.

10. Chueca Sancho, Á. G.: “*El ius migrandi en el Derecho Internacional de las migraciones*”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 755.

11. CIDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acceso el 04/04/2013.

12. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C097:NO. Acceso el 26/05/2020.

13. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C143:NO. Acceso el 26/05/2020.

la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de la Organización de las Naciones Unidas¹⁴, adoptada en 1990, que entró en vigor en 2003.

Los convenios de la OIT, aunque tengan disposiciones más generales que pueden dirigirse tanto a los trabajadores inmigrantes documentados como a los indocumentados, condiciona algunos derechos a la legalidad de la permanencia. El artículo 6.1 del Convenio n. 97 establece que:

“1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:

(a) siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas:

- (i) la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;
- (ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos;
- (iii) la vivienda;

(b) la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social), a reserva:

- (i) de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición.
- (ii) de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal;

(c) los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada;

(d) las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en el presente Convenio”.

El Convenio n. 143 también dirige algunos derechos a los trabajadores que tengan residencia legal, como en el artículo 8:

“1. A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la

14. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>. Acceso el 26/05/2020.

pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo.

2. Deberá, en consecuencia, beneficiarse de un trato igual al de los nacionales, especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación”¹⁵.

Por otro lado, el Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares contiene numerosos derechos dirigidos a los trabajadores migrantes en general, documentados o no. En su preámbulo, eso está muy claro:

“Teniendo presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos, por tanto, de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles la protección de sus derechos humanos fundamentales,

Considerando que los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal,

Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y, además, que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentarán a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados”¹⁶.

El Convenio de la ONU no ha logrado un número significativo de ratificaciones por los Estados destinatarios de migrantes. Los que lo ratificaron son en general Estados de origen.

El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular¹⁷, firmado en 2018, representa un importante compromiso internacional para combatir prácticas ilícitas, como el tráfico de personas, así como para facilitar los procesos de migración regular. El Pacto no es vinculante, de modo que no obliga a un Estado que se adhiera a sus términos.

El convenio n. 190¹⁸ de la OIT, aprobado en 2019, es un importante instrumento contra el asedio y la violencia en el trabajo y tiene foco especial en los grupos vulnerables, entre ellos, los migrantes.

15. OIT. Convenio n° 143, de 4 de junio de 1975. Disponible en <http://www.oit.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>. Acceso el 04/04/2013.

16. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>. Acceso el 26/05/2020.

17. Disponible en <https://refugeesmigrants.un.org/es/pacto-sobre-migraci%C3%B3n>. Acceso el 26/05/2020.

18. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C190:NO. Acceso el 26/05/2020.

Nunzia Castelli enumera una serie de problemas que convierten la búsqueda de políticas direccionadas a los movimientos migratorios en Europa más difíciles. Los efectos de crisis económicas y las políticas de austeridad afectaron a los servicios públicos y también al mercado laboral, con un aumento de la “precarización, domesticación y descolectivización”. Las crisis migratorias y de refugiados desencadenó respuestas en dirección a la adopción de políticas basadas en más restricción y represión, así como una asociación más próxima de los movimientos migratorios con la criminalidad y el terrorismo. El mercado avanzó sobre el derecho de asilo, transformado en “moneda de cambio de la política exterior”. La libre circulación incrementó la búsqueda de más protección social, en una especie de “turismo social”, sobrecargando los sistemas de algunos Estados, en la ausencia de una política europea de solidaridad para soportar los costes de los beneficios¹⁹.

En este escenario que apunta por el fortalecimiento del nacionalismo, se vuelve mucho más desafiante lograr efectividad en las normas de derechos humanos y dotar a los inmigrantes indocumentados del status de sujetos de derecho, que les permita su defensa en casos de explotación y violencia contra ellos. Pero, de alguna manera, lo que se dibujaba desde hace algún tiempo pasaba por un período de relativa normalidad. Ahora la situación se agrava, pues se enfrenta una pandemia que destruye vidas y los recursos de los países, de los empresarios y de los trabajadores, imponiendo cambios drásticos en los comportamientos, con impacto en todos los sectores, afectando especialmente a las personas más vulnerables, como son los trabajadores inmigrantes indocumentados.

III. EL AGRAVAMIENTO DE LA VULNERABILIDAD DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS EN TIEMPOS DE CRISIS Y PANDEMIA

A. Los efectos de la pandemia en las clases más vulnerables

Las tragedias naturales o causadas por acciones humanas provocan innumerables crisis, con impactos en la vida de las personas y en la economía, comprometiendo la disponibilidad de recursos para hacer frente a la subsistencia de grupos, especialmente los más vulnerables.

La pandemia del nuevo coronavirus (Covid-19) es una tragedia humanitaria que quita la vida de millares de personas en todo el mundo y enseña que los sistemas de salud de la mayoría de los países están desestructurados para hacer frente a esa catástrofe. El impacto en la economía por las paralizaciones de actividades y la pérdida de empleos puede convertirse en una crisis sin precedentes, pues se sabe muy poco acerca de hasta cuando las medidas de protección a la vida, como las cuarentenas, serán necesarias. La pandemia revela también las condiciones desiguales

19. Castelli, N.: *Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral*, ob. cit., pp. 87-95.

provocadas por el modelo económico prevaleciente en los últimos tiempos, adoptado en muchos países y basado en la privatización de los servicios públicos de salud, resultando más difícil el enfrentamiento de las amenazas, de las enfermedades y de las diversas carencias.

En Estados Unidos, ciudades con brasileños e hispánicos tienen un 30% más de muertes por coronavirus que otros lugares, y eso se debe a la falta de acceso a la sanidad, al recelo por la deportación y a la falta de un ahorro financiero²⁰.

La desestructuración de la sanidad en este modelo económico puede ser constatada en la disminución de camas en hospitales, como estrategia de disminución de la atención de emergencia, en el intento de aumentar las ganancias de las instituciones privadas de salud. El mismo modelo permitió que los grandes laboratorios farmacéuticos no se interesasen en invertir en el descubrimiento y producción de vacunas para el combate de enfermedades infecto-contagiosas, consideradas poco lucrativas en comparadas con otras medicinas. Los Estados, siguiendo las políticas de austeridad, no cubrieron este hueco²¹.

El virus incrementa la extrema vulnerabilidad de refugiados y migrantes. En Grecia, en los campos de internamiento no hay suficiente agua y jabón para la higiene y mucho menos la posibilidad de aislamiento, pues las personas están colocadas unas junto a otras en reducidos espacios de convivencia. Esta realidad está presente en prácticamente todos los campos de internamiento de refugiados y migrantes, que según las Naciones Unidas albergan a 70 millones de personas²².

Los trabajadores precarios e informales son muy vulnerables, pues tienen que administrar la necesidad de aislarse y encontrar medios para la subsistencia. Así también los trabajadores callejeros, que, sin el flujo de personas, perdieron la posibilidad de obtener rendimientos para sus necesidades. Los trabajadores uberizados se quedaron sin ingresos y los que pudieron mantenerse, sobre todo por la entrega de alimentos, asumen los riesgos de la contaminación. En la misma situación de riesgo y carencia se encuentran los moradores de los entornos, que viven en favelas, sin servicios de saneamiento u otros servicios públicos. Completan estos grupos los inmigrantes indocumentados y los refugiados, concentrados en los campos de internamiento en condiciones degradantes, las personas con discapacidad y los mayores, por citar solo a algunos grupos en estas condiciones²³.

La Organización Internacional del Trabajo indica que los efectos más impactantes de la pandemia se muestran en el mercado informal, como resultante de las medidas de aislamiento y cierre de actividades. La pérdida de la renta en el mercado informal, compuesto por aproximadamente 1,6 mil millones de trabajadores en todo el mundo, aumenta la pobreza relativa. Ante este cuadro, la OIT clama por urgentes políticas

20. <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2020/04/19/nos-eua-cidades-com-migrantes-brasileiros-e-hispanicos-tem-30-mais-mortes-por-covid-19.htm>.

21. Davis, M. et al.: *Coronavirus e a luta de classe*, Terra sem amos, Brasil, 2020.

22. Santos, B. S.: *A pedagogia do virus*, Almedina, Lisboa, 2020.

23. *Ibid.*

gubernamentales para proteger a los empresarios, sobre todo a los pequeños, y a los trabajadores, especialmente los que se encuentran en la economía informal²⁴.

Además de la pérdida de renta, los inmigrantes tienen que enfrentar muchas barreras para tener acceso a las ayudas y beneficios estatales. La Organización Internacional de Migración observa que las prácticas xenófobas y discriminatorias crecieron en este momento de gran incertidumbre provocado por la pandemia. Según la OIM, la recuperación de todos los problemas causados por la pandemia debe necesariamente incluir la “lucha contra la xenofobia”²⁵.

En Europa, la ausencia de inmigrantes por el cierre de fronteras afecta a las cosechas de varios países, dado que esos trabajadores son la mayoría en estas actividades. Las propuestas para facilitar la entrada de esos trabajadores enfrentan la resistencia por los que defienden el cierre de las fronteras²⁶.

La pandemia ha intensificado las barreras en las fronteras, reforzando las políticas restrictivas de la inmigración, para impedir la entrada de refugiados y de menores no acompañados, imponiendo la deportación de los detenidos por cruzar las fronteras, independientemente de ser portadores de enfermedades o de amenazar con contaminar a otras personas. Estas directivas de deportación se vuelcan contra los que llegan a las fronteras sin documentos válidos, ignorando el derecho a pedir asilo y los procedimientos aplicados a los menores no acompañados²⁷. Entre los deportados, personas infectadas con el virus se quedan sin cualquier tipo de asistencia²⁸.

En todo el mundo fue necesaria una actuación más efectiva de los gobiernos, para ayudar a empresarios y trabajadores que perdieron sus ingresos. Con todo, los trabajadores inmigrantes indocumentados difícilmente tienen acceso a estas ayudas y a los que las reivindican asumen los riesgos de exponer la situación de indocumentado.

B. Compromisos constitucionales y el estado de excepcionalidad

Stephen Holmes resalta la importancia de los compromisos constitucionales para controlar los excesos de los poderes públicos y privados, como la actuación de mayorías contra minorías. No se trata de limitar de forma irracional la autonomía de generaciones futuras, sino de hacer viable un curso regular de la vida en comunidad, sin la necesidad de refundación a cada generación de las bases para el funcionamiento de las instituciones. La idea es impedir que tendencias autoritarias o resultantes de pasiones momentáneas destruyan conquistas civilizatorias del pasado. Holmes utiliza

24. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_743146.pdf.

25. <https://www.iom.int/es/news/la-lucha-contra-la-xenofobia-es-clave-para-una-recuperacion-efectiva-tras-la-pandemia-de-covid>.

26. <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/04/20/imigrantes-colheitas-europa.htm>.

27. <https://www.nytimes.com/2020/05/11/opinion/trump-coronavirus-immigration.html?referringSource=articleShare>.

28. <https://www.nytimes.com/2020/05/19/books/review/one-mighty-and-irresistible-tide-jia-lynn-yang-the-deportation-machine-adam-goodman.html?referringSource=articleShare>.

las figuras de Ulises preso en el mástil para no caer en la tentación del canto de las serenas y la Constitución como “Pedro sobrio” y los electores como “Pedro borracho”. Un ejemplo de compromiso constitucional que no podría ser alterado por las generaciones futuras sería la prohibición de rescatar la esclavitud²⁹.

Esa limitación propuesta por Holmes es de gran importancia en la actualidad, considerando las embestidas en contra de los derechos constitucionales, incluso antes de la crisis por la pandemia. El avance del neoliberalismo situaba los derechos como barreras para la expansión del mercado. Con todo, con el inicio de la contaminación masiva, los gobiernos se percataron de que, sin una fuerte participación del Estado para neutralizar algunos de los efectos de la crisis, las consecuencias serían peores todavía. Por otro lado, el estado de excepcionalidad abre las puertas a justificaciones de no aplicación de los derechos previstos en la constitución y esta idea refuerza la expansión neoliberal, debilitando los compromisos constitucionales.

Una crisis constitucional que afectó rotundamente la vida de los trabajadores inmigrantes fue la sucedida tras el atentado a las Torres Gemelas de Nueva York. La *Patriot Act*, basada en una definición más amplia de terrorismo, afectó a los derechos fundamentales al permitir el control sobre las personas y sus comunicaciones para cumplir con el imperativo de la seguridad nacional. La privacidad e intimidad de las personas quedaron debilitadas ante los poderes conferidos a las autoridades para hacer búsquedas y aprehensiones. La violación de la persona fue mucho más incisiva con relación a los inmigrantes, sujetos a procedimientos secretos para averiguaciones y detenciones, seguidos de deportaciones³⁰.

En la pandemia, la idea de la seguridad de los nacionales es confrontada con la apertura de la economía. Se contraponen la vida de las personas a los impactos de las restricciones en la economía. Las políticas que adoptan la elección por la economía pasan a defender la apertura de las empresas, en la expectativa de la vuelta a la normalidad. El problema es que la flexibilidad de las medidas restrictivas aumenta el riesgo de contagio, llevando a más personas a los hospitales, con una sobrecarga del sistema de salud, y al final los focos de contagio imponen nuevos cierres. La prevalencia de las ideas económicas representa una amenaza a la vida de las personas, así como a sus derechos.

En los próximos apartados se confrontarán los derechos humanos y la dignidad de los trabajadores inmigrantes indocumentados con los imperativos de un mercado expandido, favorable al capital financiero y a los grandes empresarios, que ignora derechos y subestima a las personas.

29. Holmes, S.: *Passions & Constraint. On the theory of liberal democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1995, pp. 134 y ss.

30. Ernst, J. L.: “The constitution in times of national crisis: contextualizing post-september 11 constitutional ramifications”, *North Dakota Law Review*, vol. 88, núm. 1, article 3.

IV. DERECHOS HUMANOS Y DIGNIDAD DE LA PERSONA VERSUS POLÍTICAS ORIENTADAS POR LA EXPANSIÓN DEL MERCADO

A. Justificaciones morales para el reconocimiento de derechos a los inmigrantes

Algunos teóricos se muestran en contra del poder discrecional de los Estados de definir unilateralmente las condiciones de entrada y permanencia de inmigrantes, basados en patrones morales que exigirían un tratamiento compatible con la condición de personas humanas, y como tales, portadoras de derechos en cualquier lugar y circunstancia en que se encuentren.

Will Kymlicka señala las contradicciones de los teóricos liberales, que resaltan la igualdad moral de las personas, pero al final, atribuyen esta igualdad solo a los ciudadanos, a quienes les son reconocidos los derechos de transitar libremente, buscar oportunidades para mejorar las condiciones de vida y de trabajo y participar de las deliberaciones colectivas. Las libertades y oportunidades, así como el bienestar, quedan reservadas para el interior de los Estados, mientras fuera de sus fronteras la pobreza y los problemas de todo orden son dejados al margen de las preocupaciones de los gobiernos. El mero hecho del lugar de nacimiento es aceptado con naturalidad para justificar una división entre concentración o escasez de derechos y de recursos, lo que amplía la brutal desigualdad mundial³¹.

Este factor, lugar de nacimiento en uno u otro territorio, se torna más cuestionable, considerando el establecimiento arbitrario de las fronteras, sin observar cualquier criterio de racionalidad o la participación de la población, sino circunstancias históricas ilegítimas, como “conquistas, colonización o la cesión de territorios” por los detentores de poder³².

El movimiento teórico que plantea la libertad de las personas para cruzar las fronteras, negando el poder discrecional de establecer límites por los Estados, es denominado de fronteras abiertas (*open borders*). Uno de sus ilustres representantes es Joseph H. Carens, que cuestiona el uso de la fuerza por parte de la policía de fronteras para tratar a los inmigrantes como si fueran “terroristas, invasores armados o criminales”. La mayoría de los inmigrantes no se encuadran cómo tales pues, al contrario, son personas pacíficas que simplemente buscan nuevas oportunidades de trabajo y un futuro más seguro para su familia. Por lo tanto, Carens cuestiona la existencia de justificaciones morales para impedir la entrada de estas personas, en ocasiones con el uso de fuerza y armas³³.

Carens se opone a la tendencia mayoritaria basada en la soberanía y en la autodeterminación política que aportarían las justificaciones para el ejercicio del control de fronteras, de acuerdo con los intereses de los nacionales. Según esa corriente, habría

31. Kymlicka, W.: *Fronteras territoriales*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 36-37.

32. *Ibid*, p. 38.

33. Carens, J. H.: *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, New York, 2013, p. 225.

una libertad de escoger la posibilidad de acoger o no los inmigrantes, pero, en ningún caso, un deber moral de proceder así³⁴.

Utilizando la sociedad medieval para fines comparativos, Carens equipara a la nobleza de los países ricos de Europa y América del Norte, y a los campesinos de los países pobres de Asia y África. En la sociedad contemporánea los primeros poseen incuestionables ventajas respecto a las innumerables desventajas a superar de los últimos. El lugar de nacimiento o de origen, por lo tanto, sería un privilegio y el cierre de las fronteras de los países ricos sería una medida para preservar este privilegio. En este sentido, Carens pregunta: ¿si no había justificaciones para el mantenimiento de los privilegios en las sociedades medievales, por qué razón habría en el mundo contemporáneo?³⁵.

Carens basa su cuestionamiento en contra del control de las fronteras en tres premisas. La primera es que no hay órdenes sociales naturales; son creados por seres humanos y alterados según las necesidades de las comunidades. La segunda es que los seres humanos son iguales y poseedores del mismo valor moral. La tercera es que las restricciones a la libertad de las personas demandan necesariamente una justificación moral. De hecho, las tres premisas no son sólo para justificar una posición favorable a la apertura de las fronteras, sino que también son exigencias para la legitimación moral de todos los regímenes democráticos en la actualidad³⁶.

La autodeterminación es cuestionable por no dejar muy claro quiénes son los sujetos que definen el grupo y por qué razón tendrían legitimidad para deliberar, sin tener en cuenta los intereses de todos los afectados por la decisión de ingreso o no en el país. La libertad de movimientos no puede ser considerada de forma aislada, sino en conjunto con otras libertades. La limitación de una acaba por llevar a restricciones a otras libertades. La apertura de fronteras contribuiría en este aspecto a la ampliación de las libertades. La mejora de las condiciones de vida de las personas no puede ser impedida por criterios como el origen o lugar de nacimiento, la raza, el color, el género o la clase social. Esos factores discriminatorios impiden a las personas a desarrollar todo su potencial, colocándolas en condiciones de inferioridad con relación a las personas que no pertenecen a estos grupos, en una especie de jerarquización de la sociedad, en los moldes feudales. En este sentido, Carens refuerza su argumento de que la apertura de las fronteras contribuiría a la igualdad de oportunidades de todas las personas³⁷.

Carens es consciente de la dificultad de establecer la apertura de las fronteras como proyecto viable. Su propuesta se localiza en una perspectiva de pensar los derechos como una cuestión de principios. El autor pretende, justamente, poner de manifiesto el distanciamiento entre las políticas y los principios³⁸.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*, p. 226.

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*, p. 228.

38. *Ibid.*, p. 229.

Luigi Ferrajoli comparte la crítica del cierre de fronteras y del uso de la fuerza contra los inmigrantes que buscan mejores condiciones de vida y trabajo en otros países. Los derechos diferenciados en razón de la nacionalidad o la condición de extranjero representan “el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”³⁹.

Las personas se ven forzadas a salir de sus países por una serie de circunstancias, como “guerras, hambres y desigualdades substanciales en los más pobres países de origen, siendo que muchos de los problemas son derivados de políticas del pasado y presente de los más ricos países de destino”. Los países más ricos explotaron a los más pobres y luego cerraron las puertas a las personas que sufrieron las consecuencias de sus acciones. Así, a la llegada a otro país, los inmigrantes tienen que soportar un tratamiento discriminatorio y explotación en el trabajo y otras relaciones, asociados a reacciones xenófobas y racistas. Estas tendencias están presentes en gran parte de la historia de los movimientos migratorios. Lo que se añade en la actualidad es la criminalización del inmigrante irregular, situándolo como “clandestino” o “persona ilegal”, en refuerzo de la invisibilidad de estas personas y de la indiferencia con relación a las prácticas violentas, humillantes y de explotación dirigidas a ellas⁴⁰.

El flujo migratorio en dirección a los países con mejores condiciones económicas no es algo episódico o contingente. Al revés, es un problema estructural que resulta de la desigualdad y desequilibrio en las relaciones económicas en el ámbito mundial. La desigualdad aumenta por la retórica de segmentos políticos que se expanden en Europa rumbo al cierre de las fronteras y a la exclusión de inmigrantes, propagando la xenofobia y el racismo, bajo el argumento de la preservación de una identidad cultural. En realidad, el crecimiento de este segmento político amenaza los valores occidentales, sobre todo de Europa⁴¹.

Ferrajoli trata de la asimetría del derecho de emigrar y de su reverso, el derecho de inmigrar. En el pasado, los europeos dejaron sus países de origen para colonizar el nuevo mundo. Ese movimiento perduró siglos y se caracterizó por explotación, masacres y depredación. Ahora, son las personas con hambre y sin condiciones de vida y trabajo las que emergen en las fronteras de Europa⁴².

Las políticas contra la inmigración se insertan en un contexto de políticas liberales que han sido responsables del aumento de la desigualdad en el mundo, la precarización de las relaciones laborales y el aumento del desempleo. Ese cuadro contrasta con la “subjetividad política colectiva” de Europa estructurada sobre la igualdad de derechos y la solidaridad, ahora reemplazadas por “nuevas identidades colectivas de tipo racista basadas en el odio a los diferentes”⁴³.

39. Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más Débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 117.

40. Ferrajoli, L.: *Manifiesto por la igualdad*, Trotta, Madrid, 2019, p. 185.

41. *Ibid.*, p. 186.

42. *Ibid.*, p. 190.

43. *Ibid.*, p. 200.

Aún más incisivo que Carens, en cuanto a la defensa de la superación de las fronteras, Ferrajoli considera que la civilización es la realización con más o menos intensidad de la historia de las utopías, llegando a reservar un papel constituyente a los pueblos migrantes, que representan mejor la brutal desigualdad material, las diferencias de identidad y las desigualdades en los derechos y status⁴⁴.

Martha C. Nussbaum, en un extenso debate con importantes estudiosos dedicados a la teoría social, critica el patriotismo para defender el cosmopolitismo y una educación volcada en la relatividad de las fronteras. Los reclamos de una ciudadanía mundial, sin distinciones de nacimiento o de pertenencia étnica, entre otras, afronta resistencias, pues exigirían una completa reformulación institucional, con numerosas incertidumbres. Ese desacuerdo general es relevante para establecer consensos en situaciones particulares, como el tratamiento más humano y respetuoso, así como la necesidad de reconocer derechos básicos. Es relevante igualmente para buscar un compromiso global para varias cuestiones no localizadas, pero que se quedan a cargo de cada Estado⁴⁵.

Es incuestionable la hipocresía moral en el uso excesivo del término “universalismo, pero cuyo universo, por el contrario, tiene un alcance restringido e interesado”. La referencia a la dignidad humana, la igualdad de todos en la titularidad de derechos indisponibles reclaman una postura diferente de diálogo con relación a los derechos de los otros en lugar de la mera retórica⁴⁶.

Existe una contradicción en la enérgica adopción de una pauta de ruptura con “las fronteras de la etnicidad, la clase, el género y la raza”, pero que deja de existir cuando se encuentra con las fronteras de los Estados⁴⁷.

Kwame Anthony Appiah refuerza la idea de que los valores liberales, la igualdad de todos delante de derechos indisponibles se tornan extremadamente débiles si estos mismos valores no valen para los extranjeros⁴⁸. Este es un punto que parece central en el reconocimiento de derechos de los inmigrantes. La ausencia de reconocimiento de derechos básicos vinculados a su condición humana compromete la propia idea de derechos humanos y de dignidad de la persona.

De hecho, una lealtad cosmopolita más amplia no significa excluir otras lealtades locales, si bien la cuestión central que se presenta es si es posible una ciudadanía mundial sin un Estado mundial⁴⁹.

Immanuel Wallerstein destaca el poder político, económico y social de los fuertes “de ejercer una hostilidad agresiva hacia los débiles (xenofobia)” y que los débiles reaccionan contra esas desventajas por medio de un sentimiento de afirmación de grupo, lo que conlleva a un “nacionalismo de los oprimidos”. Según Wallerstein, la fórmula

44. *Ibid.*, pp. 203-206.

45. Nussbaum, M. C. et al.: *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y “ciudadanía mundial”*, Espasa, Barcelona, 1999.

46. *Ibid.*, p. 24.

47. *Ibid.*, p. 25.

48. *Ibid.*, p. 37.

49. *Ibid.*, pp. 136 y 141.

para superar esta opresión no es por la vía del cosmopolitismo, sino con la defensa “de un mundo más democrático e igualitario”⁵⁰.

Michael Walzer adopta una concepción más cerrada por la cual sin el establecimiento de fronteras no es posible pensar en mecanismos de justicia distributiva. A partir de la definición de la condición de miembro es posible identificar los destinatarios de los bienes y servicios y los que tienen el deber de pagar impuestos. Los que no son miembros tienen significativas desventajas, incluso para participar del mercado, que en principio está abierto a todos. Los no miembros están en una situación arriesgada, además de no tener garantía de que se beneficiarán de los servicios de seguridad y bienestar. Por lo tanto, esta capacidad política de definir soberanamente quiénes pueden entrar y permanecer en el interior de las fronteras es fundamental para la independencia del Estado⁵¹.

Esa distribución de la condición de miembro es una concesión a extraños, pues los miembros que deciden el tamaño del Estado y los bienes y servicios a ser distribuidos ya poseen esta condición. Esta concesión dependerá de una serie de factores como relaciones y alianzas con los que están fuera de las fronteras⁵².

Los Estados tienen el poder soberano de establecer las políticas de admisión de personas, de controlar y poner barreras a la entrada de inmigrantes, por razones de compromisos de distribución de bienes y servicios o para preservar la cultura de personas vinculadas por modos de vida compartidos. Mientras tanto, no tienen el mismo poder para establecer controles de salida, que en lugar de en un compromiso se basaría en la fuerza. En este sentido, hay una asimetría moral entre la inmigración y la emigración. Reconocer afinidades con los nacionales como motivo para permitir la inmigración no significa que el no reconocimiento de afinidades sea motivo para la expulsión⁵³.

Al tratar de los trabajadores invitados, Walzer excluye de esta categoría a los inmigrantes en búsqueda de casa o ciudadanía y subraya que hay actividades que los nacionales no están dispuestos a ejecutar, por ser actividades cuyos sueldos son más bajos de lo que esperan cobrar. Los trabajadores invitados, cuando acaban sus actividades o expira su visado, son presionados para dejar el país. Sin embargo, en este caso, sería como separar el trabajo de estos trabajadores de su vivienda, como si fuera posible vivir en un Estado distinto del cual se prestan servicios. La exclusión de estas personas, que dividen el territorio con los nacionales, equivaldría a la opresión y no a una comunidad basada en la libertad. Así, a esos trabajadores no se les puede negar la misma protección conferida a los nacionales, incluso de carácter político⁵⁴.

Por consiguiente, la oferta de trabajo a un no nacional es presentada como una oportunidad para la comunidad, en el sentido de que los trabajos que los nacionales

50. *Ibid.*, pp. 149 y 151.

51. Walzer, M.: *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2003, pp. 39 y ss.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

54. *Ibid.*, p. 73.

no están dispuestos a realizar crea un vínculo con el trabajador que extrapola el trabajo en sí, alcanzando a la propia comunidad. El término del contrato con el trabajador extranjero que sirvió a la comunidad no puede convertirse en acto arbitrario de expulsión⁵⁵.

Walzer se basa en un fundamento político para justificar el derecho de los nacionales a controlar las fronteras, pero respecto al trabajador invitado hay una justificación moral fuerte en el sentido de igual consideración y respeto, además de un derecho a permanecer en razón del trabajo. El trabajo, por lo tanto, tendría esa fuerza de integrar al trabajador en la comunidad, prevaleciendo sobre las opciones políticas.

Es posible hacer una crítica a Walzer, por el carácter cerrado de su posición, incluso por presentar justificaciones para limitar el refugio y el asilo, pero también por la vaguedad de su cambio de perspectiva en cuanto trata de los trabajadores invitados. No está claro si hay un tiempo mínimo para que un trabajador temporal tenga este reconocimiento. De todos modos, en este aspecto del trabajador invitado, Walzer se acerca a la posición más amplia de Carens sobre la existencia de un derecho de permanecer que se consolida con el tiempo, en razón de los vínculos establecidos en la sociedad de destino. Cuanto más largo sea el tiempo de permanencia en el lugar de destino, más consistente es la justificación para desafiar las políticas migratorias cerradas⁵⁶.

La permanencia de un trabajador en una localidad, por medio de una actividad, sea formalizada o no, genera ventajas para las personas y consolida los vínculos con la comunidad. Esa circunstancia refuerza la necesidad de protección de la persona, no a penas como ser humano, pero también como parte de una colectividad.

B. Derechos humanos y la dignidad de la persona

En este apartado se pretende ingresar en el complejo debate de los derechos humanos y de la dignidad de la persona como importantes instrumentos para impedir que las personas vulnerables sean violentadas, agredidas o explotadas.

Los derechos humanos "son un conjunto mínimo de bienes, servicios, oportunidades y protección que son largamente reconocidos hoy como prerequisites esenciales para la vida con dignidad"⁵⁷.

Estos derechos constituyen una categoría central del discurso jurídico en razón de su potencial argumentativo y de su fuerte atractivo. Pertenecen a los seres humanos por su condición humana, para que cada uno sea un agente, de acuerdo con sus propias opciones, sin someterse a los otros para la obtención de fines ajenos. La fuerza del discurso de los derechos humanos busca desencadenar, por medio de la acción política y de su aplicación en el razonamiento jurídico, transformaciones en la realidad como medio para impedir situaciones degradantes e inhumanas.

55. *Ibid.*

56. Carens, J. H.: *Innigrants and the right to stay*, MIT Press, Cambridge, 2010.

57. Nota *supra* 6, p. 29.

Con todo, esta idea no es aceptada sin cuestionamientos. Mientras algunos invocan los derechos humanos como una demanda justificada moralmente para eliminar todas las formas de injusticia, para otros no pasan de un *slogan* que debe ser tratado con desconfianza e incluso rechazado⁵⁸.

De hecho, hay una considerable disputa en torno al concepto de dignidad de la persona y de derechos humanos, la relación entre ellos, así como de las varias realidades concernientes a su aplicación práctica.

James Griffin considera la indeterminación de los derechos humanos y propone como remedio para completar su noción incompleta el contenido ético adoptado tras el abandono del contenido teológico. Así, los derechos humanos deben ser vistos como una protección para el contenido normativo de la acción humana⁵⁹.

Para resolver la indeterminación de los derechos humanos, Griffin utiliza el concepto de personalidad (*personhood*) para enumerar los derechos humanos tradicionales, como el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la libertad de expresión, de reunión, de prensa y de religión. En esta lista, Griffin incluye derechos de libertad positiva, como el derecho a la educación, a la subsistencia y a no ser torturado, que elimina la capacidad de decisión⁶⁰. Con relación a su aplicación, Griffin utiliza el término *practicalities* para considerar que los derechos humanos son dotados de mecanismos para su exigibilidad, lo que diferencia estos derechos de las normas morales en general⁶¹.

Para Griffin, la universalidad de los derechos humanos no significa que su contenido se refiera a todos los lugares y tiempos. La aplicación de los derechos humanos tiene en cuenta personas localizadas y no personas en abstracto⁶². En este sentido, hay un deber general de respetar los derechos humanos cuyo contenido demanda regulaciones e instrumentos específicos para una protección efectiva, considerando las variaciones de las relaciones de poder y las diversidades en las sociedades.

La universalidad de los derechos humanos es confirmada por el hecho de que los Estados están obligados por el derecho internacional vinculante. Ello dice respecto a la titularidad y la existencia de estos derechos⁶³, pero eso no significa que haya universalidad en la aplicación, exigencia o disfrute, que juegan con las variables y disputas conceptuales en torno a esos derechos. Esto no debilita los derechos humanos, sino que los vuelven más fuertes⁶⁴.

En este sentido, el universalismo y la diversidad cultural presentes en el debate sobre los derechos humanos son perfectamente conciliables, siendo posible usar la expresión "la relativa universalidad de los derechos humanos"⁶⁵.

58. Clapham, A.: *Human Rights. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2007.

59. Griffin, J.: *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

60. *Ibid.*, p. 33.

61. *Ibid.*, p. 38.

62. *Ibid.*

63. *Ibid.*, p. 40.

64. *Ibid.*, p. 41.

65. *Ibid.*, p. 48-49.

Evidentemente que la relatividad en la implementación de los derechos humanos debe observar límites, caso contrario se comprometería la titularidad universal de los derechos, vaciando todo su sentido como fuente de deberes jurídicos. El efectivo disfrute de los derechos humanos requiere aptitudes para reaccionar a sus violaciones. La parálisis y la inoperancia son incompatibles con la existencia, así como a la protección, de los derechos humanos.

La dignidad humana es considerada por muchos teóricos como fundamento de los derechos humanos⁶⁶. Por supuesto, este punto genera muchas controversias. Pero la dignidad de la persona puede establecer límites a la relativización en la aplicación de los derechos humanos. La dignidad como un estándar que justifica reacciones por variados medios para, cuando no sea observado, rescatar el valor intrínseco de la persona por su condición humana.

La dignidad suele ser invocada por partes que están en posiciones contrapuestas de una disputa, con posibilidad de favorecer a uno u otro lado. Como argumentos que ingresan en el campo de la moral, hay cuestionamientos sobre su capacidad de ofrecer soluciones racionales, así como la posibilidad de un uso manipulado, lo que comprometería su potencial para cumplir alguna finalidad con relación a los derechos humanos. No obstante, la imprecisión conceptual no sería un punto débil sino fuerte, de modo que la dignidad podría figurar como locus de partida en los debates en torno a visiones distintas y contradictorias⁶⁷.

La dignidad humana viene siendo contextualizada para atender a las exigencias de la democracia y del pluralismo. No se trata de una esencia inmutable ajena a las acciones humanas. Son las acciones concretas que construyen espacios de luchas por la dignidad humana⁶⁸ y eso “se alimenta de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana”⁶⁹.

La dignidad humana es un concepto abierto, cuya densidad resulta de procesos de disputa y de comparto de significados en una propia cultura o entre culturas distintas, basada en el reconocimiento del otro para la “ampliación de los círculos de reciprocidad” y la consecuente consolidación de su “capacidad de inclusión social”⁷⁰.

La idea de dignidad humana, introducida en varias constituciones, fue fuertemente influenciada por la doctrina kantiana, que diferenció lo que posee precio, y es sustituible, de lo que está por encima de todo precio y, por no ser sustituible, posee dignidad⁷¹. Ese “valor interno absoluto” de cada ser humano es atributo de la “persona aparejada con identidad moral y auto-responsabilidad, dotada de razón práctica y

66. Habermas, J.: “The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights”, *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 4, 2010, pp. 464-480.

67. Maccruden, C.: “In Pursuit of human dignity: An introduction to current debates”, *Michigan Law*, paper n. 309, 2013.

68. Herrera Flores, J.: “Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales”, en *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2004, p. 68.

69. Habermas, J.: *Sobre a Constituição da Europa*, Unesp, São Paulo, 2012, p. 11.

70. Santos, B. S.: “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”. *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo cultural*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003, pp. 62-63.

71. Kant, I.: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Edições 70, Lisboa, 1991, p. 81.

capacidad de autodeterminación⁷². De esta manera, se disocia el ámbito de las relaciones mercantiles, de intercambio patrimonial, según actos de disposición, de la esfera de los derechos que tutelan la dignidad humana, no disponible y no negociable.

Por la dificultad en establecer un contenido más denso para delimitar las exigencias de la dignidad humana, los expertos buscan establecer prácticas posibles de ser identificadas como indignas, asociadas al desprecio, a la humillación y a la degradación. Este aspecto negativo encuentra cuestionamientos, pues esas situaciones, como la humillación y el desprecio, no tendrían como fundamentar los derechos humanos⁷³. Pero, no son esas situaciones las que cumplen esa función de fundamentación de los derechos humanos, pues ellas se sitúan por debajo del estándar que representa un mínimo a ser observado en relación a toda persona. Ello simplemente posibilita la identificación de situaciones extremas para desencadenar la reacción en contra de prácticas que indudablemente violan la dignidad humana. El fundamento sigue en los aspectos positivos o los deberes impuestos para la observancia del estándar, como es la exigencia de igual respeto y consideración, por ejemplo.

Hay quien defiende que la dignidad no se mezcla con los derechos humanos, porque ejercen una función de crítica a ellos⁷⁴. Con todo, el ejercicio de una función correctora no parece incompatible con su encuadramiento como fundamento de los derechos humanos. Lo importante es que la dignidad cumpla con su papel como guía para la acción, en el sentido de llevar a remedios que impidan o reparen un tratamiento inhumano o degradante.

El trato a las personas más vulnerables por los miembros de una comunidad muestra el grado de compromiso que esta comunidad tiene con la dignidad humana. Si son tratados como objetos, el valor intrínseco es despreciado, quitando el sentido de la vida. Aunque haya una difusión de la idea de dignidad como expresión de la autonomía y de la libertad, medidas de protección son necesarias para impedir que sean explotadas, despreciadas o tratadas como si fueran un objeto para la satisfacción de intereses ajenos. Los derechos sociales y económicos son fundamentales para el desarrollo de la persona, incluso para que pueda hacer elecciones y perseguir la libertad. La libertad es muchas veces restringida para asegurar la dignidad, como en el caso de los enones examinado por el Consejo de Estado Francés⁷⁵.

La dignidad también está vinculada a la idea de igualdad y ha sido un importante elemento en las reivindicaciones de grupos históricamente oprimidos, por cuestiones raciales, de género, orientación sexual, discapacidades, enfermedades y otros muchos factores que generan diferenciaciones de tratamiento y oportunidades. La dignidad en este sentido posee un importante contenido crítico de las estructuras tradicionales que confieren soporte a desigualdades que solamente encuentran justificaciones en un modelo autoritario y jerárquico de sociedad.

72. Haberle, P.: "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", en Sarlet, I. W. (org.): *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 117.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

75. Maccruden, C.: "In Pursuit of human dignity: An introduction to current debates", ob. cit.

Jeremy Waldron desarrolla un concepto de dignidad humana vinculada a la idea de *status* y de igualdad para defender el alto grado de consideración y respeto de todos los seres humanos. Waldron busca una fundamentación más jurídica que moral, para asegurar los mismos derechos humanos, que deben ser proclamados y respetados, además de protegidos igualmente por las leyes. Los términos “igual consideración y respeto” y “dignidad humana” están articulados, pero no son sinónimos. Estos términos son conectados para formar un potente bloque de principios con función vertical relacionada con la identificación del valor de cada ser humano, y horizontal para asegurar la igualdad de consideración de este valor entre todos los seres humanos⁷⁶. La noción de igual protección puede ser conciliada con diferencias de riqueza y poder en las sociedades, si hay una base para el interés de todos, pero la igual protección establece alertas a las desigualdades sociales y económicas, al afectar a la capacidad de personas de identificarse como parte del todo⁷⁷. Por otro lado, una clasificación racista o sexista que sitúa seres humanos en *status* distintos en razón de la raza y el género, por supuesto, no encuentra ninguna base en el bloque de dignidad humana y de igual protección⁷⁸.

La idea kantiana de que las personas no pueden servir de medios para alcanzar fines estuvo presente en la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán cuando pronunció la inconstitucionalidad del *Aviation Security Act*, por la cual se justificaba matar pasajeros en aviones para evitar que otras personas fuesen víctimas de ataques terroristas. En este caso, la dignidad de los pasajeros no permitió que ellos fuesen usados como medios para proteger la vida de otras personas. La dignidad media entre el campo de los deberes morales y el de las exigencias legales. Los derechos humanos surgen como respuesta a situaciones de “resistencia al despotismo, la opresión y la humillación”. Esta idea está presente en las constituciones post-guerra, en que los países con los regímenes más crueles fueron los que dispusieron la dignidad humana en sus constituciones. Así pasó con Alemania, Italia y Japón⁷⁹.

Habermas menciona violaciones concretas de la dignidad de la persona humana en situaciones como la marginalización de las clases empobrecidas, el tratamiento desigual entre hombre y mujer en los lugares de trabajo, en la discriminación contra los extranjeros y minorías raciales, lingüísticas, culturales y religiosas, de la mujer joven inmigrante por razones de violación de códigos de honor y en la expulsión de inmigrantes y de los que buscan asilo⁸⁰.

La dignidad humana opera la conexión entre distintas “generaciones” de derechos humanos. Los típicos derechos civiles y políticos, de libertad contra la interferencia del Estado, sólo son efectivamente observados si se garantizan condiciones sociales y económicas mínimas. Caso contrario, las personas serán llevadas a la marginalización, la

76. Waldron, J.: *One Another's Equals. The basis of human equality*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2017, p. 3.

77. *Ibid.*, p. 5.

78. *Ibid.*, p. 15

79. Habermas, J.: “The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights”, ob. cit., *vid.* nota 66.

80. *Ibid.*

discriminación y para el sufrimiento. Siendo así, la dignidad permite que los derechos humanos sean considerados como indivisibles. Las categorías de derechos humanos consideradas fragmentadas no son suficientes para resguardar el respeto a la igual dignidad de todas las personas en todos los lugares⁸¹.

La dignidad como fuente de derechos exigibles se circunscribe en una sociedad política específica, pero su carácter universal legitima pretensiones que sobrepasan las fronteras de los estados-naciones. Pero la protección de los derechos humanos en los estados naciones, así como más allá de sus fronteras, en muchos casos presupone luchas y disputas políticas de resistencias contra situaciones de opresión y degradación⁸².

En el campo jurídico, hay una discusión acerca de exactamente qué sería la dignidad prevista en constituciones e instrumentos internacionales. ¿Sería un derecho, un principio o un valor? Ello tiene importancia en la definición del carácter absoluto o relativo, cuando la dignidad es confrontada con otros bienes y valores del mismo rango. ¿Habría margen para la ponderación? Aharon Barak estudia la dignidad humana en las constituciones y sus diferentes previsiones. Según él, la dignidad está directamente vinculada a contextos históricos y su concepto sufre constante variaciones. Barak no está de acuerdo con que la dignidad sería un concepto axiomático y universal. Pero el hecho de no aceptar su universalidad no le quita fuerza. Esta relatividad conceptual, que la convierte en dependiente de sociedades concretas, es lo que permite desplegar toda su fuerza. Además, el concepto de dignidad expresa respeto al ser humano que se relaciona con los otros seres humanos, siendo por lo tanto relacional⁸³.

Algunas constituciones, como la española, consideran la dignidad como un valor. La Constitución brasileña la prevé como fundamento de la república. La dignidad puede ser reconocida como valor implícito en las constituciones norteamericana y canadiense. En la Ley Fundamental de Bonn, la dignidad es un derecho absoluto, que no admite juicio de proporcionalidad. Como consecuencia, la dignidad provocará una limitación desproporcionada en derechos que colisionen con ella en casos concretos. En otras constituciones, los conflictos en que la dignidad está en discusión son solucionados, admitiéndose restricciones en la dignidad si son proporcionales. Barak llama al derecho de la dignidad humana como un derecho-madre que posee derechos-hijos que revelan las facetas de la dignidad en diferentes niveles de abstracción. Un eventual conflicto entre derecho-madre y derecho-hijo no será resuelto a nivel constitucional, sino infraconstitucional. Barak responde que la idea de dignidad, por su flexibilidad, sería un medio para ampliar el margen discrecional del juzgador. Según él, los demás derechos fundamentales se caracterizan, así como la dignidad, por un campo amplio de significaciones⁸⁴.

81. *Ibid.*

82. *Ibid.*

83. Barak, A.: *Human Dignity. The constitutional value and the constitutional right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

84. *Ibid.*

Pese a ese entendimiento mayoritario de relativizar la dignidad humana para someterla a la ponderación como otros derechos fundamentales, incluso a partir de la crítica a la jurisprudencia alemana, ella misma, considerada como fundamento de los derechos, no sería relativizada o ponderada, pues establecería un límite, un mínimo según el cual el derecho no podría ceder. En este sentido la dignidad asegura el núcleo esencial de los derechos.

Neomi Rao desarrolla tres conceptos de dignidad humana⁸⁵. El primero se refiere a la dignidad como valor intrínseco de todo ser humano, con independencia de las acciones para perseguir los ideales de vida buena. Es decir, la dignidad se vincula a la condición de ser humano y no a sus acciones y opciones. Su contenido básico es la libertad negativa que permite a las personas elegir sus proyectos de vida, sin interferencias. El segundo concepto se refiere a las formas substantivas de dignidad, diferente de la dignidad como valor intrínseco, que se ocupa de modos de vida particulares. El foco no es solo el ser humano en su individualidad, sino como miembro de una comunidad. El último concepto de dignidad se conecta con las exigencias de respeto y reconocimiento, por el cual, difiere del valor intrínseco, como espacio para el desarrollo, en esta última la dignidad y la identidad de la persona dependen de la aptitud de los otros para obtener respeto y reconocimiento⁸⁶.

La vinculación de la dignidad a determinadas condiciones de bien estar, por ejemplo, es un elemento externo que no es posible satisfacer por la idea de dignidad como valor intrínseco. Como estas condiciones de bien estar son contingentes de acuerdo con sociedades concretas, se entiende que la dignidad es eliminada o disminuida por razones como la pobreza o situaciones de discapacidad⁸⁷.

La Constitución sudafricana, por ejemplo, asegura la vivienda digna como derecho de todas las personas, correspondiendo al legislador promover las políticas necesarias para el cumplimiento de este derecho. La Suprema Corte vinculó este derecho a la dignidad de la persona, considerando que ninguna persona tendrá libertad e igualdad sin garantías de comida, ropa y vivienda. Así, la Corte condenó El estado a promover políticas para el gradual ejercicio del derecho previsto en la Constitución⁸⁸.

En el derecho internacional, la dignidad humana es mencionada en la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración de Derechos Humanos, en los Convenios de Derechos Humanos de 1966, en el Preámbulo del Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en el Preámbulo del Convenio para la Eliminación de todas las formas de discriminaciones contra las mujeres, en el Preámbulo del Convenio de los Derechos de los Niños, en el Convenio de Protección de los Derechos de todos Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus familias, en el Preámbulo de la Declaración de Viena, en el Convenio para la Protección de todas las personas forzo-

85. Rao, N.: "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law", *Notre Dame Law Review*, vol. 86, núm. 1, 2011, pp. 183-271; *George Mason Law & Economics Research Paper*, núm. 11-20. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1838597>.

86. *Ibid.*

87. *Ibid.*

88. *Ibid.*

samente desaparecidas, en el Convenio de las Personas con Discapacidades, además de convenios de órganos y agencias especializadas⁸⁹.

Ocurre que los espacios de moralidad son reducidos por la invasión del mercado en las esferas de convivencia, sustituyendo patrones morales por la mercantilización de la vida.

C. La sociedad de la externalización y la invasión del mercado

Stephan Lessenich, en *La Sociedad de la Externalización*, describe la política global imperante, cuyo desarrollo social y económico está basado en un reparto desigual de las oportunidades y de los riesgos, como parte de la gestión de los costes del régimen capitalista. Por medio de la externalización, se trasladan a terceros, ajenos al proceso de acumulación de ganancias y riquezas, los costes y daños al medio ambiente y a las personas. La externalización se basa justamente en la desigualdad y la necesidad de su preservación, creando barreras para que los destinatarios de los efectos negativos del proceso puedan superar sus problemas y dejar de ejercer esta función⁹⁰.

La buena vida de unos es posible porque otros sufren al soportar las malas consecuencias que ello genera. Para que unos puedan ganar, otros tendrán que perder. La realidad es encubierta por una propaganda engañosa en la que los avances en la economía representarían posibles ventajas para los más pobres. Con todo, es un sistema que aumenta las desigualdades, pues está basado en la lógica de que para que unos ganen otros tienen necesariamente que perder⁹¹.

La expansión capitalista se direcciona a nuevas conquistas de espacios para convertir los territorios en objetos para la realización del fin de incrementar las ventajas económicas. Esa expansión se verifica con relación a la mano de obra barata para la descentralización de los costes de producción, lo que incrementa las prácticas de trabajo forzoso y esclavo, trabajo infantil y trabajo degradante. Ese proceso se desarrolla por medio de una distribución funcional del centro hacia la periferia. Esta distribución opera, entre otros mecanismos, por medio de cadenas de producción que disocian los daños sociales y ambientales de la generación y concentración de riqueza. El centro retiene los ingresos y la parte limpia del proceso, mientras la periferia se queda con los daños, los perjuicios, la basura y toda la suciedad. El incremento del poder económico corresponde al incremento del poder político. La asimetría de poder es parte estructural de la sociedad de la externalización. El ejercicio del poder en esta sociedad consiste justamente en la capacidad de descargar sobre terceros los costes del bienestar, que, a su vez, están excluidos de cualquier beneficio⁹².

Los miembros que tienen que soportar los daños, las desventajas y los perjuicios del proceso de producción de bienestar son los primeros afectados en tiempos de

89. *Ibid.*, p. 38.

90. Lessenich, S.: *La Sociedad de la Externalización*, Herder Editorial, Barcelona, 2019.

91. *Ibid.*

92. *Ibid.*

austeridad, por medio de narrativas como apretar “los cinturones” para justificar la reducción de ingresos y de derechos, cuyo resultado es el aumento de las ganancias y del bienestar para los grupos del centro⁹³.

Este proceso de externalización igualmente opera con un cierre social por el cual se protege a los miembros que monopolizan las ganancias de no sujetarse al proceso de explotación para generarlas. El funcionamiento de la sociedad de la externalización opera por la difusión de un proceso psíquico, que interioriza al cotidiano la deslocalización, la descarga, la represión y la exoneración. Se adopta el imperativo categórico inverso, en el sentido de hacer a los otros todo lo que no se quiere que se haga a sí mismo⁹⁴.

Los refugiados de guerra son animados a volver para participar en el proceso de lucha política de sus países de origen. Las diferencias son reforzadas para destacar el lado perverso de los extranjeros, con la difusión de la necesidad de tratarlos como criminales y de que la recuperación es inviable. Los movimientos de emigración de la periferia al centro son parte del efecto secundario de la sociedad de la externalización, como una especie de cobro del precio por soportar estos efectos. La reacción muchas veces se evidencia con prácticas represivas y racistas para proteger, por medio de la violencia y destrucción, los centros de prosperidad. Además, hay una enorme asimetría en el poder de movilidad asociada a las dificultades de la contención por las barreras, lo que genera una crisis migratoria. Los países centrales tienen la movilidad de sus nacionales asegurada en muchos países mientras los países de la periferia tienen cercenada esta movilidad, para no externalizar sus problemas a los países centrales. Los límites de la sociedad de la externalización tiene esa marca desigual entre entrada y salida⁹⁵.

Karl Polanyi analizó la vinculación de la economía a las necesidades de las sociedades y los intentos de aislar los dos fenómenos para forjar una economía auto-regulada y orientada exclusivamente por los imperativos del mercado, tendencia que vino con la revolución industrial. La solución para los problemas se encontraría en la materialización de las necesidades, por medio de una cantidad de mercancías (*commodities*). En estas economías, el comportamiento humano se vuelca para obtener el máximo de ingresos. Los precios tienen la capacidad de controlar la producción y la distribución en las sociedades. Todo lo que se produce es colocado para su venta en el mercado y los ingresos son originarios de estas ventas. El mercado asume una dimensión en que pasa a controlar no sólo la producción de los bienes y servicios, sino también el propio dinero, el trabajo y la tierra, que tendrán sus precios, mediante su conversión en mercancías, remunerados por juros, salarios y alquileres. Se prohíbe cualquier interferencia en la definición de los precios, que se quedan condicionados tan solamente a las definiciones del mercado⁹⁶.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*

96. Polanyi, K.: *A grande transformação. As origens de nossa época*, Editora Campus, Rio de Janeiro, 2000, p. 89.

Esta separación entre economía y sociedad, y consecuentemente entre economía y política, es presentada como si fuera común a toda la sociedad, cuando en realidad toda la economía debe servir a la sociedad. La tendencia de expansión del mercado, transformando dinero, trabajo y tierra en mercancías, no pasa de una ficción, puesto que el trabajo, la tierra y el dinero no son realmente mercancías, pues están directamente asociadas a la vida humana, de modo que tratarlas como mercancías es subordinar la sociedad a las exigencias del mercado. El trabajo está directamente vinculado a la persona del trabajador, no aceptando ser almacenado como un producto, así como la tierra es la propia naturaleza y no puede ser producida por el ser humano. El dinero simboliza el poder de compra, por lo que tampoco es una mercancía. Así, se refuerza que la conversión de estos elementos en mercancías no pasa de una ficción. La separación del trabajo de las actividades de la vida para insertarse en las leyes del mercado elimina formas sociales orgánicas para dar paso a formas individuales y atómicas. La autonomía de la voluntad manifestada por el contrato es la vía para eliminar relaciones humanas no contractuales⁹⁷.

En el caso que, efectivamente, el trabajo, la tierra y el dinero fueran orientados exclusivamente por los mercados, las sociedades se desplomarían. Según Polanyi, esta sobredimensión del mercado destruiría a las personas, las empresas y la naturaleza y ninguna sociedad se mantendría, en un efecto devastador que él denomina “molinos satánicos”⁹⁸.

El análisis de Polanyi muestra una lucha en el siglo XIX contra el dominio del mercado, en que fue posible preservar la posición subordinada de la economía a la sociedad. Sin embargo, en el siglo XXI lo “molinos satánicos” parecen desarrollar toda su fuerza destructora en razón de la prevalencia del mercado.

Michael Sandel, conocido por su célebre *best seller Justicia*, retrata en otro libro, *Lo que el dinero no puede comprar*, la invasión del mercado en las esferas de la vida que antes eran orientadas por otros factores. Como ejemplos de qué se compra, Sandel menciona, entre otros, la mejora en la cárcel, acceso a las vías de transportes solidarios con solo uno pasajero, madre de alquiler en India, derecho de ser inmigrante en los Estados Unidos, derecho de matar animales amenazados de extinción, teléfono móvil del médico, derecho de contaminar el medioambiente y matrícula de los hijos en universidades de prestigio⁹⁹.

Los mercados rigen las actividades humanas de forma apartada de la moral. Las relaciones humanas son orientadas por la lógica del mercado y, cada vez más, el dinero determina el comportamiento y las vidas de las personas. El autor utiliza el término corrupción, en sentido más amplio que el utilizado para referirse a pagos ilícitos y sobornos, en el intento de indicar la degradación de los bienes y prácticas, que pierden

97. *Ibid.*

98. *Ibid.*, p. 95.

99. Sandel, M. J.: *O que o dinheiro não compra. Os limites morais do Mercado*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2016.

su valor moral, para transformarse en objeto de transacciones, destinándose apenas a incrementar los ingresos¹⁰⁰.

Un gerente de Walmart en New Hampshire, Michael Rice, lleva una televisión al coche de una cliente y, en el camino, sufre un ataque cardíaco y fallece a la semana siguiente. La póliza de seguro con valor de US\$300.000 no fue para la viuda o los dos hijos de Rice. Fue para Walmart, que adquirió la póliza, indicando a la propia Walmart como beneficiaria. Con naturalidad, Walmart justificó el beneficio con los costes para la formación y entrenamiento del empleado, así como la necesidad de sustitución y preparación de otro para ocupar su puesto. Según Sandel, la objeción a una práctica como esa llega a ser obvia. Aceptar que los empleadores puedan lucrarse con la muerte de sus empleados es algo que genera un desprecio total de las condiciones de salud y seguridad en el trabajo. No obstante, fue una práctica muy utilizada, tanto que los seguros de los trabajadores víctimas del 11 de septiembre de 2001, en el ataque a las Torres Gemelas, no beneficiaron a los familiares de los muertos, sino a los empleadores¹⁰¹.

Esta invasión de una lógica de mercado en todas las esferas de la vida deforma la dignidad de la persona humana, a partir de la máxima kantiana de que las personas no tienen precio, sino dignidad. Es la inversión del imperativo categórico en la sociedad de la externalización, como subraya Lessenich, por el cual el mandamiento pasa a ser descargar sobre los otros todo lo que se no quiere que caiga sobre uno mismo¹⁰².

O sea, la dignidad que representa el campo de lo no negociable e indisponible pasa a ser orientada por los mecanismos de mercado, como algo disponible y vendible, desafiando la Declaración de Philadelphia (1944) que afirma que el trabajador no es una mercancía.

Estas características flexibilizan el principal instrumento de protección de la dignidad humana, que son los derechos. Los derechos pierden su indisponibilidad, pasando a adquirir un carácter flexible, precario y temporal. En el derecho laboral, la precariedad viene en forma de subcontratación y de cadenas productivas como instrumentos de explotación y la creación de un pasivo laboral por numerosos infortunios y falta de pago, sin que sea posible identificar los responsables de las deudas. Los propios trabajadores tienen que soportar esos perjuicios. Los derechos laborales pasan a sufrir presiones, pues en ese modelo son obstáculos para el desarrollo económico y la expansión del mercado.

Ese contexto afecta a los trabajadores inmigrantes en una doble perspectiva. Una refuerza la prohibición de ingreso, por medio de posturas criminales y racistas en la búsqueda de culpables para problemas no resueltos. Otra afecta a los que logran entrar, que son convertidos en mercancías, sometidos a la explotación y a la degradación de las condiciones de trabajo. Las barreras en la entrada favorecen la explotación de los que ingresan y consiguen permanecer.

100. *Ibid.*

101. *Ibid.*

102. *Vid.* nota 52.

V. REPOLITIZACIÓN DE LAS FRONTERAS Y LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS

A. Políticas versus derechos

Las políticas de inmigración, inspiradas en una idea de mercado expandido y de externalización de los efectos dañinos de la concentración de recursos, se confrontan con las exigencias morales y jurídicas de respeto y consideración a la persona humana. Esas políticas suelen denegar derechos previstos en el ordenamiento nacional e internacional a los trabajadores inmigrantes indocumentados.

Ronald Dworkin desarrolló como parte de su teoría el posible enfrentamiento entre derechos y políticas. Inicialmente, Dworkin presenta la distinción entre principios y políticas (*policies*). Con relación a estas últimas, son un estándar que establecen objetivos a ser alcanzados en general para obtener resultados en términos económicos, políticos o sociales en beneficio de la comunidad. Los principios son igualmente estándares a ser observados no para lograr objetivos económicos, sociales o políticos, sino por un imperativo de justicia o de otra exigencia moral¹⁰³. A continuación, Dworkin diferencia derechos y objetivos, subrayando que los argumentos de principios buscan establecer un derecho individual mientras los argumentos de políticas se prestan a fijar objetivos colectivos¹⁰⁴. Un derecho político busca satisfacer una demanda individual, mientras los objetivos colectivos no se ocupan de una demanda individual, sino de alcanzar, por medio del equilibrio entre beneficios y cargas, ventajas para la comunidad en general¹⁰⁵.

Los derechos no están sujetos a este juego de compensaciones entre beneficios y cargas, pero esto no significa que sean absolutos. Los derechos pueden ceder ante otros principios o ante políticas urgentes, de acuerdo con circunstancias fácticas muy específicas. Pero, en general, los derechos prevalecen cuando en disputa con otras medidas para alcanzar objetivos colectivos. Esta es la base de la expresión “derechos como triunfos”, significando que los derechos se sobreponen a otras justificaciones para la acción política. Por ejemplo, una política buscando la seguridad de la comunidad por medio de la reducción de crímenes violentos aumenta los impuestos para estructurar mejor la policía. Esa política posee justificaciones para su implementación, pero no puede lograrse mediante la prohibición de manifestaciones o el encarcelamiento de personas sin el debido proceso¹⁰⁶.

Al lado de su teoría de los “derechos como triunfos”, Dworkin pone de relieve el concepto de “igual consideración y respeto”. El elemento central de esta idea es la igualdad y no la libertad. Los gobiernos están obligados a tratar a todos como humanos, con consideración, lo que significa tener en cuenta sus frustraciones y sufrimientos, así

103. Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 22.

104. *Ibid.*, p. 90.

105. *Ibid.*, p. 91.

106. Dworkin, R.: *Justice for Hedhoges*, Harvard University Press, Cambridge, 2013, p. 329.

como con respeto, asegurando los espacios donde actuar como agentes libres y conscientes para elaborar y ejecutar sus planes de vida. No se trata de que cada uno tenga una consideración y respeto en alguna medida, sino de que todos estén sujetos a igual consideración y respeto¹⁰⁷.

Según Dworkin, una comunidad política no tiene poder para crear y exigir obligación en contra a sus miembros si no observa igual consideración y respeto, aunque sea en la búsqueda de un nivel de bienestar considerable beneficioso para muchos. En suma, los principios de dignidad triunfan sobre las políticas colectivas¹⁰⁸.

Dworkin expone algunas concepciones de derechos humanos, subrayando la que sitúa los derechos como triunfos no solo sobre objetivos colectivos nacionales, pero también con relación a la soberanía nacional. Además de ser tratados con igual respeto y consideración, un individuo ostenta “un derecho de ser tratado como ser humano cuya dignidad fundamentalmente importa”¹⁰⁹.

Es importante aclarar que la teoría de derechos como triunfos no consagra una prevalencia de derechos individuales sobre objetivos colectivos que se convirtieron en derechos. Dworkin criticó la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Lochner*¹¹⁰, que apartó la legislación estatal de limitación de la jornada de panaderos so fundamento de la libertad de contratar¹¹¹. Como Dworkin deja claro en su teoría, el concepto de igualdad tiene más peso que el de libertad. Su teoría ha desencadenado debates y controversias en muchas áreas¹¹². Lo que importa resaltar es el peso que confiere a las fundamentaciones morales y jurídicas sobre las meramente políticas en el sentido de objetivos colectivos a ser alcanzados. En nuestro caso, las exigencias morales y jurídicas establecen límites a las políticas de inmigración, que debe ceder para respetar la dignidad de los trabajadores inmigrantes indocumentados.

La pregunta es si los argumentos morales y jurídicos, por sí solos, son suficientes para resguardar la dignidad de los trabajadores inmigrantes indocumentados. La respuesta es negativa, especialmente en estos tiempos de aumento del nacionalismo y de sentimientos xenófobos. De ahí que estas exigencias morales y jurídicas no deben anteponerse a la política, sino subsidiar una repolitización de las fronteras para establecer un replanteamiento por medio de la inversión de la ecuación entre el mercado y la vida de las personas.

La dignidad humana fue incorporada al movimiento laboral en la mitad del siglo XIX y asociada a la idea de justicia, lo que permitió extrapolar el campo del pensamiento a la práctica jurídica.¹¹³ Esa conversión se operó en el campo de la lucha política. La

107. Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, ob. cit., p. 272.

108. Dworkin, R.: *Justice for Hedhoges*, ob. cit., p. 330.

109. *Ibid.*, p. 335.

110. *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905).

111. Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, ob. cit., p. 278.

112. Waldron, J.: “Pildes on Dworkin’s Theory of Rights”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 1, 2000, pp. 301-307. Publicado por The University of Chicago Press for The University of Chicago Law School en <http://www.jstor.org/stable/10.1086/468072>.

113. Haberle, P.: “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, ob. cit., p. 118.

protección de prácticas discriminatorias y degradantes convierte la dignidad en un poder para desafiar “los poderes ilegítimos, las jerarquías y los privilegios”¹¹⁴.

En contrapunto a la dignidad humana, se presenta el poder de reducir todo en medio para la acumulación de riquezas, que se alimenta de la capacidad política de influir en la dinámica social. Ese poder busca la despolitización del movimiento obrero, por medio de la naturalización de las violaciones de derechos, disminuyendo el poder de los trabajadores, de la individualización de los intereses, desorganizando acciones colectivas, y del pseudoasistencialismo, en el sentido de que la explotación de seres humanos es presentada como oportunidades para los más débiles.

La orientación ultraliberal desconsidera las luchas históricas para defender que la productividad de los trabajadores aumenta en condiciones de dificultades económicas y de alto riesgo para su salud y seguridad. En este sentido, la productividad sería inversamente proporcional a la protección laboral. Según esta visión, el orden económico no se somete a un control democrático o de medidas de justicia social¹¹⁵.

El trabajo digno figura como elemento central de la democracia, como inductor de distribución de poder. No respetar la dignidad de los trabajadores es una de las fórmulas más efectivas de apropiación y concentración de poder. El respeto a la dignidad asegura el poder de estar presente en la sociedad para defender adecuadamente sus intereses. Las afrentas a la dignidad desplazan a los trabajadores de los centros de las decisiones. Las violaciones de derechos laborales se convierten en estrategias para no distribuir poder, ya que la observancia de los derechos empodera. Las acciones contra el trabajo digno se valen de elementos de las normativas civiles y comerciales, para el campo transaccional, para quitar su carácter inderogable y relegar el sistema de protección social. Las tendencias de flexibilización aumentan el poder de los empleadores, volviendo a las viejas relaciones de poder como coto vedado a los derechos fundamentales¹¹⁶. “Con la eliminación de la violencia física como instrumento legítimo para obtener resultados, los mecanismos de control pasaran a ser disimulados, con carácter psicológico, introduciendo problemas graves de violencia y sufrimiento físico y mental en el ambiente de trabajo”¹¹⁷.

La repolitización de las fronteras está directamente condicionada a la organización y a la acción colectiva de los trabajadores inmigrantes indocumentados.

B. Los derechos colectivos de los trabajadores inmigrantes indocumentados

Antonio Baylos destaca la dimensión del sindicalismo “como movimiento social y como cultura política” en constante tensión con “la regulación que la norma realiza de sus

114. Njoya, W.: “Dignity as non-discrimination: existential protests and legal claim-making for reproductive rights”, *Philosophy and Social Criticism*, vol. 43, núm. 1, 2017, pp. 51-82.

115. Supiot, A.: *El Espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Península, Barcelona, 2011, p. 35.

116. Lasagabaster Herrarte, I. L.: *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

117. Cf. Dejours, C.: *A banalização da injustiça social*, FGV, Rio de Janeiro, 2006.

estructuras y formas de actuación". La primera antecede y pone límites a la intervención estatal para preservar la autonomía y la independencia de los sindicatos¹¹⁸.

La existencia de un derecho colectivo de trabajadores inmigrantes indocumentados es incuestionable, pero su reconocimiento es gradual y objeto de disputas jurídicas, según el peso que se atribuyen a las políticas de inmigración. De cualquier manera, se trata de uno de los instrumentos más legítimos para una repolitización de las fronteras, pues es un canal para la defensa de la dignidad humana.

En algunas ocasiones es necesario conferir tratamiento colectivo a formas no organizadas de colectividades o actuar en otras organizaciones cuyos objetivos no sean propiamente laborales. Hay problemas que afectan a individuos que tienen dificultad en organizarse y cuya solución debe ser alcanzada en clave colectiva. Por tanto, hay derechos que se unen a otros varios para el desarrollo de las sociedades en general, como el derecho a la paz, a un medio ambiente sostenible, a la protección del patrimonio de la humanidad¹¹⁹, a la asistencia humanitaria y a minorías y grupos vulnerables, como los niños, discapacitados, enfermos y ancianos¹²⁰.

Los intereses colectivos no representan la suma de intereses individuales; son por lo tanto indivisibles y no están sujetos a la libre disponibilidad. Esto facilita la comprensión de la actuación de sindicatos contemplando trabajadores que no son afiliados¹²¹, lo que contribuye a que el trabajador reconozca su interés en el ámbito de una colectividad¹²².

Uno de los desafíos que se presentan a los sindicatos es una reestructuración para, además de orientarse por las categorías de profesión, sector o rama de actividad, tener en cuenta la diversidad y subjetividad de los trabajadores.

El sufrimiento en el trabajo no ha merecido la atención debida de las organizaciones sindicales, por el hecho de haber sido vinculado a la subjetividad individual, que podría direccionar a prácticas individualizadas en detrimento de la acción colectiva. Este espacio fue ocupado por empleadores, por medio de sus sectores de recursos humanos, que desarrollaron "nuevos métodos concernientes a la subjetividad y al sentido del trabajo: cultura empresarial, proyecto institucional, movilización organizacional, etc., extendiendo de manera drástica la brecha entre la capacidad de iniciativa de gerentes y empleadores, de un lado, y la capacidad de resistencia y de acción colectiva de las organizaciones sindicales, de otro"¹²³.

En los colectivos de trabajadores hay una heterogeneidad de intereses, así como violaciones particularizadas de trabajadores negros, mujeres, homosexuales, jóvenes, ancianos, inmigrantes, que merecen atención y tratamiento diferenciados. La identificación

118. Baylos Grau, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 7.

119. García Inda, A.: *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 35-38.

120. No existe uniformidad en la clasificación de estos derechos como colectivos. Sobre este punto, ver la de G. Peces Barba, que distingue los derechos individuales por la pertenencia a un colectivo de los derechos colectivos y, a su vez, estos de las competencias. "Los derechos colectivos", en Ansuátegui Roig, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson-IDH "Bartolomé de las Casas"-Universidad Carlos III, Madrid, 2001.

121. Giugni, G.: *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001, p. 58.

122. Vallebona, A.: *Istituzioni di diritto del lavoro. I Il diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 69.

123. Dejours, C.: *A banalização da injustiça social*, ob. cit., p. 39.

y comprensión de estos problemas pueden ocurrir mediante la articulación con otros movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales y agentes públicos formuladores y ejecutores de políticas públicas, formándose redes de protección dirigidas a cuestiones específicas.

La actuación de los sindicatos para beneficiar solo a sus afiliados o a los integrantes de una categoría específica de trabajadores puede dar margen a un proceso de inclusión y de ciudadanía. Una organización espontánea de trabajadores migrantes indocumentados es de difícil concreción, por la necesidad de asumir posiciones de visibilidad pública, lo que representa una gran amenaza para estos trabajadores.

Compete a los sindicatos comprometerse en la protección y en la acogida de los trabajadores inmigrantes, independientemente de un contrato formal de trabajo. La actuación más general puede ser una estrategia en contra de la reducción del número de afiliaciones que es una tendencia general.

La noción de trabajador no depende de la nacionalidad del sujeto que trabaja. El trabajo, por sí sólo, justifica la aplicación de derechos, tanto en el ámbito individual como colectivo, sobre todo los derechos fundamentales. El trabajo iguala el disfrute de derechos, independiente de la condición de nacional o de otros motivos diferenciadores¹²⁴.

Como resalta Baylos, “[l]a dependencia de la inmigración como fenómeno social de la norma imperativa estatal-nacional es marcada por la política de emigración comunitaria, no impide olvidar que existe un espacio de autonomía colectiva que se conforma como una esfera de acción en la que también el trabajador inmigrante posee su lugar porque puede concebirse y proyectarse como sujeto colectivo o como participante de un sujeto colectivo ya dado y que actúa en el mundo del trabajo. En esa dimensión colectiva, la presencia del inmigrante como sujeto y un elemento que sin embargo se suele dejar en la sombra, incluso en las declaraciones de derechos”¹²⁵.

C. Dos comprensiones distintas de los derechos colectivos de los trabajadores inmigrantes indocumentados

En este apartado, se pretende analizar la decisión de la Suprema Corte Norteamericana en el caso *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*¹²⁶ por la cual se consideró que la decisión de la agencia nacional de relaciones colectivas (*National Labor Relations Board-NLRB*), que garantizó la reincorporación y el pago retroactivo a un trabajador extranjero indocumentado tras un despido por participar de actividades sindicales, no era compatible con la política de inmigración federal. La idea es hacer una comparación con la decisión del Tribunal Constitucional español, que consideró inconstitucional

124. Baylos Grau, A.: “Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español”, *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006, pp. 11-40.

125. *Ibid.*

126. 535 U.S. 137 (2002).

la ley que exigía un permiso de residencia para reconocer el derecho de organización y acción sindical¹²⁷.

En mayo de 1988, la empresa Hoffman Plastic Compounds, Inc. (Hoffman) contrató a José de Castro como operador de máquinas. Castro presentó a la empresa los documentos que le autorizaban a trabajar en Estados Unidos. En diciembre del mismo año, un sindicato ligado a AFL-CIO lanzó una campaña para organizar trabajadores en la empresa. Castro participó de la campaña distribuyendo material a sus compañeros de trabajo. En enero de 1989, la empresa despidió a todos los trabajadores que participaron de la campaña, incluyendo a Castro. En enero de 1992 la agencia NLRB entendió que el despido colectivo violó el § 8 (a)(3) de la Ley Nacional de Relaciones Colectivas (*National Labor Relations Act -NLRA*) y ordenó a la empresa no violar la NLRA y notificar a sus empleados la decisión, determinando la reincorporación de los empleados afectados por el despido y el pago de los sueldos atrasados. La empresa aceptó con la decisión de la NLRB, pero, en junio de 1993, en una audiencia con un Juez Administrativo para establecer la cuantía del pago, Castro alegó que era originario de México y que no tenía permiso de trabajo válido en Estados Unidos. Castro usó una certificación de nacimiento falsa con la cual obtuvo su permiso de conducir y su número de la Seguro Social. El Juez Administrativo, ante los hechos, considerando la violación a la ley de inmigración, denegó el pago. Con todo, en septiembre de 1998, la NLRA, por mayoría, revirtió la decisión que denegó el pago, con el argumento de que la forma apropiada de cumplir la política de inmigración es garantizar al trabajador indocumentado la misma protección ofrecida a los demás trabajadores. De este modo, se calculó el pago en \$66.951.

La empresa llevó el caso a la Corte de Apelaciones, que denegó el recurso, pero la Suprema Corte aceptó el caso y revirtió la decisión. El voto de la mayoría subrayó que el margen de la NLRA para definir remedios por la violación de la NLRA no es ilimitado, como se había decidido en el caso *Sure-Tan*¹²⁸, por el cual dos empresas denunciaron a empleados extranjeros al Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) como represalia por organizar actividades sindicales. Los trabajadores dejaron el país voluntariamente. La NLRB, durante la investigación, concluyó que las empresas violaron los §§ 8 (a)(1) y (3) de la NLRA y determinó la reintegración y pago atrasado, pero para no ir contra la Ley de Inmigración y Naturalización (INA), las medidas fueron condicionadas a la entrada regular en el país.

Dos años después de *Sure-Tan*, el Congreso aprobó en 1986 una reforma de la Ley de Inmigración (*Immigration Reform and Control Act-IRCA*) para impedir el empleo de extranjeros que no estuvieran legalmente en Estados Unidos o no autorizados para trabajar en el país. En este caso, no podían ser contratados, penalizando con sanciones civiles y criminales a los empleadores que contratasen trabajadores indocumentados. Los trabajadores indocumentados también serían penalizados si presentaban documentos alterados o falsos. Como Castro usó documentos falsos, él

127. STC 236/2007, de 07 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad 1707/2001 (BOE 10/12/2007).

128. 467 U.S. 883 (1984).

violó la ley y el pago atrasado iba en contra de la IRCA, de modo que la NLRA no tenía autoridad para aplicar esas órdenes. En la concepción de la mayoría, la decisión de la NLRA estimularía las violaciones como la de Castro. El voto de la minoría discrepó de la conclusión de la mayoría, bajo el argumento de que el pago atrasado no violaría la política federal de inmigración. Al contrario, eso contribuiría a disuadir la actividad ilícita en desacuerdo con las leyes de relaciones colectiva y de inmigración. Como el despido resultó de la actividad sindical contra la ley, el pago atrasado buscaba inhibir violaciones como esta. Caso contrario, el empleador se sentiría estimulado para violar la ley por ausencia de sanción. La ley de Inmigración contiene sanciones específicas y no impide el pago atrasado a trabajadores indocumentados. Según el voto vencido, la decisión en *Sure-Tan* denegó el pago atrasado porque los extranjeros dejaron el país.

Por lo tanto, son dos visiones distintas. Para la mayoría, el derecho de acción sindical queda debilitado por la ley de inmigración. Para la minoría, el pago reforzaría el cumplimiento de la política de inmigración.

El Tribunal Constitucional español también examinó un caso que confrontaba derechos colectivos de trabajadores inmigrantes indocumentados con las políticas de inmigración.

La Ley Orgánica 4/2000¹²⁹, de 11 de enero, aprobó nuevas disposiciones sobre los derechos, libertades y la integración de los inmigrantes en España. El texto original del artículo 11 preveía el derecho de filiación a sindicatos en condiciones de igualdad con los españoles, de acuerdo con la ley. La Ley Orgánica 8/2000¹³⁰, de 23 de diciembre, modificó el mencionado artículo 11, incluyendo una condición para el ejercicio del derecho de filiación a sindicatos: el permiso de residencia en España. Otros derechos fundamentales, como el de asociación, acceso a la tutela judicial efectiva y educación, entre otros, también fueron condicionados por la ley al permiso de residencia.

Recursos de inconstitucionalidad fueron presentados, cuestionando, entre otros, el artículo 11 sobre el derecho de filiación sindical con relación al artículo 28 de la Constitución Española. El Tribunal inició su análisis con una cuestión importante en torno a la localización de los derechos de los extranjeros en la Constitución o en la ley. De acuerdo con el Tribunal, la Constitución no trasladó a la ley el régimen de extranjería en España. Con base en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, el Tribunal subrayó que el artículo 13 de la Constitución contenía “un estatuto constitucional de los extranjeros”. El hecho de que dicho artículo mencionase la ley no significa que la Constitución delegue estos derechos al legislador, pero el legislador tiene un margen para regular los derechos de los extranjeros, observados los límites establecidos por la Constitución. Los extranjeros son titulares de algunos derechos fundamentales del Título I por mandamiento constitucional, sin que se admita un tratamiento diferenciado de los españoles (STC 107/1984), de manera que los derechos están asegurados en igualdad de condiciones con los españoles (STC 95/2000). Estos derechos pertenecen a la persona como ser humano y no como ciudadano y son esenciales para

129. Publicada en el BOE de 12/01/2000.

130. Publicada en el BOE de 23/12/2000.

asegurar la dignidad humana en los términos del artículo 10 de la Constitución (SSTC 107/1984; 99/1985; 130/1995).

Este punto merece atención al establecer la dignidad humana como elemento definidor de algunos derechos fundamentales por los cuales los extranjeros tienen la misma protección que los españoles, ejercidos con las mismas garantías y límites. Este grupo de derechos incluye la vida, la integridad moral y física, la privacidad, la libertad de expresión (STC 107/1984), el derecho de protección efectiva por jueces y tribunales (STC 99/1985), el derecho de asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003), el derecho de libertad y seguridad (STC 144/1990) y el derecho de no ser discriminado por origen, raza, sexo, religión u otra circunstancia personal o social (STC 137/2000). El Tribunal reconoció estos derechos de las personas como seres humanos en una lista no cerrada, que incluye la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados ratificados por España, como está previsto en el artículo 10.2 de la Constitución¹³¹.

Esta conclusión no quita el margen del legislador de delimitar derechos de los extranjeros. La Constitución ofrece una serie de opciones políticas y el legislador puede condicionar algunos derechos al permiso de residencia, como el derecho de establecer un contrato de trabajo válido (STC 107/1984).

Así, el Tribunal con apoyo de los artículos 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 22 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 del Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2 del Convenio n. 87 de la Organización Internacional del Trabajo, consideró que el artículo 28.1 de la Constitución no excluye a los trabajadores extranjeros, haciéndolo solo con relación a los trabajadores sujetos a disciplinas militares y algunas particularidades de los funcionarios públicos. El contenido de este derecho es amplio y engloba un elemento funcional para la actividad de los sindicatos (STC 281/2005). Así, el Tribunal concluyó que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, con la alteración de la Ley Orgánica 8/2000, era inconstitucional.

Tras la decisión, la Ley Orgánica 4/2000 fue modificada nuevamente para ajustarse al fallo del Tribunal Constitucional, asegurando el derecho de filiación sindical en las mismas condiciones de los españoles¹³².

La Ley Orgánica 4/2000, así como la ley norteamericana (IRCA), contiene sanciones a los empleadores que contratan trabajadores extranjeros indocumentados. Entretanto, los tribunales españoles aplican en caso de violación de las leyes laborales los mismos remedios aplicados a los trabajadores documentados. Por ejemplo, en un despido, un trabajador indocumentado tendrá la misma cuantía que un trabajador español o extranjero documentado. La única diferencia es la imposibilidad de reintegración¹³³.

131. Nieto Roales-Nieto, C. y Macedo de Britto Pereira, R. J.: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar", *Migraciones*, núm. 18, 2005, pp. 199-215.

132. Publicado el 12/12/2009.

133. TS- SS de 29.09.2003, rec. 3003/2002.

En términos de comparación, se puede decir que en la decisión de la Suprema Corte norteamericana prevaleció la política de inmigración, mientras en la decisión del Tribunal Constitucional español prevaleció la dignidad humana.

Lance Compa¹³⁴ menciona la repercusión del caso Hoffman en el plano internacional, considerando que los estándares internacionales no dan soporte al excepcionalismo estadounidense. La Organización Internacional del Trabajo, por el Comité de Libertad Sindical, declaró que el acuerdo en el caso Hoffman violó las normas internacionales de protección a los trabajadores para organizarse en sindicatos. La conclusión fue que revertir las medidas aplicadas por la NLRB en casos de acción sindical por trabajadores inmigrantes indocumentados comprometía la protección contra las prácticas antisindicales. La OIT recomendó al Congreso estadounidense la aprobación de una ley consagrando la libertad sindical, con consulta a los actores sociales, para proteger los trabajadores contra actos antisindicales, superando la doctrina Hoffman. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se manifestó sobre el caso Hoffman, subrayando que los derechos laborales deben ser observados siempre que un trabajador en sentido amplio se involucra en una actividad remunerada. Estos derechos que son previstos en el plano nacional e internacional se aplican a las relaciones entre empleados y empleadores, independientemente de cualquier circunstancia social o económica. Si alguien ingresa en un país y establece una relación de empleo pasa a ser titular de derechos humanos laborales en el estado del empleo, sin importar la situación migratoria. El ejercicio de estos derechos debe ser garantizado sin discriminar a estos trabajadores¹³⁵.

Carolina Núñez¹³⁶ resalta la paradójica situación de los trabajadores inmigrantes indocumentados, que tienen la protección de las leyes laborales pero no tienen los remedios asegurados de los trabajadores estadounidenses o a los que tienen autorización para trabajar. Hoffman consagró un “modelo fracturado” de miembros: los que poseen todos los derechos y los inmigrantes indocumentados, que tienen la garantía de hacer parte, pero sin los derechos de un miembro pleno.

El análisis de Núñez se basa en dos criterios que compiten entre ellos: el de la territorialidad y el basado en el estatus, este último adoptado en el caso Hoffman. El criterio basado en el estatus es de carácter formal y supone la admisión legal en Estados Unidos. El criterio de la territorialidad condiciona la posición de miembro a la presencia física del inmigrante en el territorio. Para los ciudadanos e inmigrantes documentados, a quienes se le reconocen derechos, la distinción entre los modelos no genera ninguna consecuencia práctica. Mientras tanto, para los indocumentados es la “diferencia entre inclusión y exclusión, derechos y no derechos”. Para el criterio de territorialidad, el hecho de estar dentro desencadena derechos. Para el basado en

134. Compa, L.: “Migrant Workers in The United States: Connecting Domestic Law with International Labor Standards: The Piper Lecture”, ob. cit.

135. CIDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acceso el 21/04/2018.

136. Núñez, C.: “Fractured Membership: Deconstructing Territoriality to Secure Rights and Remedies for the Undocumented Worker”, *Wisconsin Law Review*, 2010 (3), pp. 817-873.

el estatus, se tienen en cuenta las situaciones legales variadas, como turistas, estudiantes, trabajadores temporales, ciudadanos, que dan margen a derechos diferenciados¹³⁷. El criterio basado en estatus exige el consentimiento del Estado para adquirir la condición de miembro, mientras el de la territorialidad depende de la decisión individual con relación a un territorio. Los que defienden la inclusión del trabajador inmigrante indocumentado toman el criterio basado en la territorialidad, pues en el criterio basado en el estatus, “la frontera de exclusión está en el lugar de trabajo”¹³⁸.

El debate pone de relieve las dos concepciones en conflicto examinadas en este texto: una con soporte en decisiones políticas orientadas por una idea de la primacía de los imperativos de expansión mercantil y de la externalización de los efectos dañinos; otra basada en la persona humana, como portadora de dignidad y titular de derechos indisponibles e indispensables para su protección y desarrollo.

De ahí que la propuesta de repolitización basada en la dignidad del trabajador inmigrante indocumentado pase por el reconocimiento y garantía de sus derechos laborales. A partir de ahí, las instituciones deben dejar de reproducir las relaciones de dominación, convirtiendo los reclamos y deseos de las víctimas de humillación y menosprecio, para asumir la misión constitucional de asegurar igual consideración y respeto a toda persona humana.

VI. CONCLUSIONES

Las políticas de inmigración más restrictivas están orientadas por cuestiones materiales, teniendo como correspondencia un sistema económico basado en la expansión del mercado, con la externalización de los efectos dañinos a las personas y al medio ambiente. Este conjunto conlleva a profundas desigualdades y coloca a los trabajadores inmigrantes indocumentados en una situación de extrema vulnerabilidad.

En tiempos de crisis y pandemia, estos trabajadores y los grupos vulnerables son las principales víctimas. El estado excepcional que justificaría una atención especial a las víctimas, para disminuir su sufrimiento, muchas veces opta por romper compromisos constitucionales, en una falsa disyuntiva entre vida y economía, que agravan más la situación y la desesperación de esas personas.

No hay justificaciones morales para excluir los derechos de los inmigrantes indocumentados y desprestigiar su dignidad. Por más que no haya señales en dirección a la eliminación de las fronteras de los países, la presencia y permanencia de una persona en un territorio, independientemente de su situación legal, genera exigencias morales y jurídicas.

Las políticas no se antepone a los derechos. Los derechos son triunfos que deben prevalecer, no para derrotar políticas, sino para replantearlas según exigencias morales y jurídicas en respeto de las personas.

137. *Ibid.*

138. *Ibid.*

La repolitización de las fronteras depende de la observancia de los derechos laborales, sobre todo la organización y acción colectiva de los trabajadores inmigrantes indocumentados. La comparación de decisiones de la Suprema Corte estadounidense y del Tribunal Constitucional español ponen de relieve dos concepciones distintas: la primera basada en la política de inmigración y la segunda en los derechos.

La negación de derechos a trabajadores inmigrantes impacta en la sociedad como un todo al rebajar el umbral mínimo civilizatorio, deshaciendo los pactos contra la instalación de la barbarie.

Bibliografía

- Anderson, E.: *Private Government. How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk about It)*, Princeton University Press. New Jersey, 2017.
- Barak, A.: *Human Dignity. The constitutional value and the constitutional right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008.
- Baylos Grau, A.: "Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español", *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006.
- Baylos Grau, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- Caldera Sánchez-Capitan, J.: "La inmigración y su integración en el mercado laboral español", en Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, 2008.
- Carens, J. H.: *Innigrants and the right to stay*, MIT Press, Cambridge, 2010.
- Carens, J. H.: *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, New York, 2013.
- Castelli, N.: *Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- Chueca Sancho, Á. G.: "El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones", en Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, 2008.
- Clapham, A.: *Human Rights. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2007.
- Compa, L.: "Migrant Workers in The United States: Connecting Domestic Law with International Labor Standards: The Piper Lecture", *Chicago-Kent Law Review*, 92, 211 (2017).
- Davis, M. et al.: *Coronavirus e a luta de classe*, Terra sem amos, Brasil, 2020.
- Dejours, C.: *A banalização da injustiça social*, FGV, Rio de Janeiro, 2006.
- Dworkin, R.: *Justice for Hedhogs*, Havard University Press, Cambridge, 2013.
- Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, Havard University Press, Cambridge, 1977.
- Ernst, J. L.: "The constitution in times of national crisis: contextualizing post-september 11 constitutional ramifications", *North Dakota Law Review*, vol. 88, núm. 1, article 3.
- Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más Débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- Ferrajoli, L.: *Manifiesto por la igualdad*, Trotta, Madrid, 2019.
- García Inda, A.: *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- Giugni, G.: *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001.
- Griffin, J.: *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Haberle, P.: "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", en Sarlet, I. W. (org.): *Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.
- Habermas, J.: "The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights", *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 4, 2010.
- Habermas, J.: *Sobre a Constituição da Europa*, Unesp, São Paulo, 2012.

- Herrera Flores, J.: "Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales", en *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2004.
- Holmes, S.: *Passions & Constraint. On the theory of liberal democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.
- Kant, I.: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Edições 70, Lisboa, 1991.
- Kymlicka, W.: *Fronteras territoriales*, Trotta, Madrid, 2006.
- Lasagabaster Herrarte, I. L.: *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.
- Lessenich, S.: *La Sociedad de la Externalización*, Herder Editorial, Barcelona, 2019.
- López, J.: "Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad", *Estudios de derecho judicial*, núm. 76, 2005.
- Maccruden, C.: "In Pursuit of human dignity: An introduction to current debates", *Michigan Law*, paper n. 309, 2013.
- Nieto Roales-Nieto, C. y Macedo de Britto Pereira, R. J.: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar", *Migraciones*, núm. 18, 2005.
- Njoya, W.: "Dignity as non-discrimination: existential protests and legal claim-making for reproductive rights", *Philosophy and Social Criticism*, vol. 43, núm. 1, 2017.
- Núñez, C.: "Fractured Membership: Deconstructing Territoriality to Secure Rights and Remedies for the Undocumented Worker", *Wisconsin Law Review*, 2010 (3).
- Nussbaum, M. C. et al.: *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial"*, Espasa, Barcelona, 1999.
- Peces Barba, G.: "Los derechos colectivos", en Ansuátegui Roig, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson-IDH "Bartolomé de las Casas"-Universidad Carlos III, Madrid, 2001.
- Polanyi, K.: *A grande transformação. As origens de nossa época*, Editora Campus, Rio de Janeiro, 2000.
- Rao, N.: "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law", *Notre Dame Law Review*, vol. 86, núm. 1, 2011, pp. 183-271; *George Mason Law & Economics Research Paper*, núm. 11-20.
- Sandel, M. J.: *O que o dinheiro não compra. Os limites morais do Mercado*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2016.
- Santos, B. S.: "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade". *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo cultural*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.
- Santos, B. S.: *A pedagogia do vírus*, Almedina, Lisboa, 2020.
- Supiot, A.: *El Espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Península, Barcelona, 2011.
- Vallebona, A.: *Istituzioni di diritto del lavoro. I Il diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2000.
- Viadel Colomer, A.: *Inmigrantes y emigrantes*, Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2006.
- Waldron, J.: "Pildes on Dworkin's Theory of Rights", *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 1, 2000.
- Waldron, J.: *One Another's Equals. The basis of human equality*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2017.
- Walzer, M.: *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2003.



Os requisitos para a caracterização do trabalhador rural como segurado especial à luz dos juízes Júpiter, Hércules e Hermes de François Ost

THE REQUIREMENTS FOR THE CHARACTERIZATION OF THE RURAL WORKER AS A SPECIAL INSURED IN THE LIGHT OF JUDGES JÚPITER, HÉRCULES AND HERMES DE FRANÇOIS OST

Dariel Santana Filho

Procurador Federal e professor

Associação Educacional Unyahna, Salvador (Brasil)

dariel_ok@yahoo.com.br  0000-0001-9980-6650

Marcelo Borsio

Professor Titular de Direito da Seguridade Social e Previdenciário

Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília DF (Brasil)

marceloborsio@yahoo.com.br  0000-0002-3126-395X

Jefferson Guedes

Professor de Direito Processual Civil

Centro Universitário de Brasília (Brasil)

professor.carusguedes@gmail.com  0000-0002-0433-4687

Recibido: 24.11.2020 | Aceptado: 15.12.2020

RESUMEN

O presente estudo tem como propósito analisar, criticamente, os requisitos referentes ao enquadramento do trabalhador rural como segurado especial, confrontando-os com a realidade da zona rural brasileira. Para tanto, como metodologia, pesquisou-se a jurisprudência dos tribunais superiores, utilizou-se a pesquisa bibliográfica exploratória e a análise qualitativa. Além disso, realizou-se pesquisa empírica, ouvindo-se os diversos atores dos processos previdenciários. Aqui se demonstrará que os juízes Júpiter, Hércules e Hermes podem conviver harmonicamente no âmbito do Direito Previdenciário, tendo espaço para cada um deles, a depender da complexidade do caso concreto posto a deslinde. Em casos menos complexos, onde o texto legal consegue oferecer a resposta adequada ao conflito, é o momento da exegese jupiteriana ser aplicada pelo intérprete. Nos hard cases, contudo, a toga do primeiro deve dar passagem às togas dos dois últimos, posto que a literalidade do texto não entrega a solução mais apropriada à querela previdenciária. Nesse sentido, o tipo aberto para a caracterização do segurado especial tem a considerável vantagem da flexibilidade, permitindo ao operador

PALABRAS CLAVE

Requisitos
Tipo previdenciário aberto
Trabalhador rural
Segurado especial
Direito previdenciário

do direito uma interpretação tópico-problemática, para encontrar a melhor resposta para o caso concreto, levando em consideração, para tanto, as heterogeneidades deste país continental, cujas diferenças sociais, geográficas, climáticas, econômicas e culturais são colossais. O ordenamento jurídico vem, paulatinamente, afastando-se da metáfora piramidal de Kelsen e aproximando-se de um sistema normativo mais horizontal e entrelaçado - muito mais próximo da esfinge do alabastro de Mênfis do que da pirâmide de Quéops - tendo a interdisciplinaridade como vetor de estabilização do sistema e isso será demonstrado neste estudo.

ABSTRACT

The purpose of this study is to critically analyze the requirements regarding the framing of rural workers as a special insured, confronting them with the reality of the Brazilian rural area. Therefore, as a methodology, the jurisprudence of the higher courts was researched, exploratory bibliographic research and qualitative analysis were used. In addition, empirical research was carried out, listening to the various actors in the social security processes. Here it will be demonstrated that judges Jupiter, Hercules and Hermes can live harmoniously within the scope of Social Security Law, with space for each one of them, depending on the complexity of the specific case set out. In less complex cases, where the legal text is able to offer the appropriate response to the conflict, it is time for the Jupiterian exegesis to be applied by the interpreter. In hard cases, however, the toga of the first must give way to the toga of the last two, since the literality of the text does not deliver the most appropriate solution to the social security dispute. In this sense, the open type for the characterization of the special insured has the considerable advantage of flexibility, allowing the operator of the law a topic-problematic interpretation, to find the best answer for the specific case, taking into account, therefore, the heterogeneities of this continental country, whose social, geographical, climatic, economic and cultural differences are colossal. The legal system has gradually moved away from Kelsen's pyramidal metaphor and towards a more horizontal and intertwined normative system - much closer to the sphinx of the Memphis alabaster than to the Cheops pyramid - with interdisciplinarity as a vector of stabilization of the system and this will be demonstrated in this study.

KEYWORDS

Requirements
Open social security type
Rural worker
Special insured
Social security law

SUMÁRIO

- I. INTRODUÇÃO
 - II. REQUISITOS LEGAIS PARA A CARACTERIZAÇÃO DO SEGURADO ESPECIAL RURÍCOLA SOB UMA PERSPECTIVA CRÍTICA
 - A. Local de moradia
 - B. Forma de produção
 - C. Auxílio eventual de terceiros
 - D. Do limite geométrico
 - E. Contratos de parceria, meação ou comodato
 - F. Atividade urbana por mais de 120 dias em um ano
 - III. CONCLUSÃO
- Bibliografía

I. INTRODUÇÃO

O Direito é como um trem que já partiu e que a cada nova estação encontra uma paisagem diferente, em um constante processo evolutivo -seja ele científico, econômico, social ou cultural. Dessa forma, o Direito é um perene aprendiz, devendo sempre estar atento às dinâmicas sociais para melhor entender as “regras do jogo” e, com isso, atualizá-las, diante dos novos cenários para os quais os seus trilhos insistem, amiúde, em levá-lo.

Nesse contexto, o Direito cumpre um papel essencial na harmonização do arcabouço social, posto que a segurança jurídica por ele oferecida possibilita que os indivíduos saibam, previamente, que os negócios por eles firmados sob a égide de um texto legal perdurarão¹. Nessa toada, a segurança jurídica é um veículo de serenidade do ordenamento jurídico, por oferecer segurança e previsibilidade às pessoas².

Acontece que nem todas as vezes os textos legais estão adequados aos interesses sociais, concatenados com as circunstâncias do caso concreto, contingência que provoca um autêntico dilema para o intérprete, qual seja: aplicar uma lei injusta, sob a alegação de resguardar a segurança jurídica ou problematizá-la, para encontrar a resposta mais adequada ao caso concreto, dialogando também com a realidade dos fatos e não somente com o texto legal.

Tal dilema ocasiona intensos e árduos debates há séculos e aqui será mais uma vez enfrentado, trazendo-se à baila os modelos de juiz Hermes, Júpiter e Hércules, concebidos por François Ost³, e que têm ampla prestabilidade para o Direito Previdenciário pátrio.

De acordo com os arquétipos por ele criados, Júpiter seria o juiz que representaria a “boca da lei”, ajoujado integralmente à hierarquia das normas, ao direito positivo apregoado por Kelsen⁴, pouco importando a realidade do caso concreto. Corresponde, em apertada síntese, ao brocardo *dura lex sed lex* (a lei é dura, mas é a lei), assim adaptado por Fernando Sabino: “para os pobres é *dura lex, sed lex*. A lei é dura, mas é a lei. Para os ricos, é *dura lex, sed latex*. A lei é dura, mas estica”⁵.

O juiz Hércules, por sua vez, considerado como o juiz ideal por Dworkin, é aquele magistrado que, superando a abstração e a generalidade do texto legal, concede aos fatos reais a relevância necessária para solucionar perturbações sociais⁶. Para Dworkin, esse personagem quimérico detinha diversos e valiosos dotes, dentre eles a sabedoria e a eutimia, além de uma capacidade sobrenatural, o que o faz admitir o direito como integridade⁷.

1. Silva, J. A.: “Constituição e segurança jurídica”, em Rocha, C. L. A. (coord.): *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005, pp. 25-28.

2. Kelsen, H.: *Teoria pura do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2009, pp. 386-387.

3. Ost, F.: “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 4, núm. 8, 2007, pp. 101-130.

4. *Ibid.*

5. Disponível em <https://www.pensador.com/frase/NDAwMjU/> (acesso em 07.04.2020).

6. Ost, F.: “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *op. cit.*

7. Dworkin, R.: *O Império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 286.

Por seu turno, o juiz Hermes representa a imagem de um poderoso mediador, articulando o Direito com os mais variados atores políticos e jurídicos. Conecta os diferentes discursos, convergentes ou não, na construção intersubjetiva para resolver os casos concretos. O magistrado Hermes, circunspecto, sempre desconfia de discursos de verdade únicos e manentes⁸.

Qual seria então o melhor modelo de juiz a ser adotado para os casos atinentes ao Direito Previdenciário, máxime os que envolvem os trabalhadores rurais brasileiros, para se dar concretude à Carta Política vigente e, portanto, ao Estado Democrático de Direito? Seria o juiz Júpiter, o da constitucionalização formal, da literalidade, da exegese? Seria o juiz Hércules, o da constitucionalização substancial, do Estado Social, da normatividade vinculante da Carta Constitucional, o que dá efetividade ao princípio de integral solidariedade entre Estado, União e Município no fornecimento de medicamentos? Ou seria o juiz Hermes, da constitucionalização prospectiva, da abertura dialógica entre Direito e Sociedade?

Em verdade, os três modelos de juízes podem viver harmonicamente no Direito Previdenciário pátrio. Cada um terá sua função a depender do caso posto a deslinde. *Exempli gratia*, em um caso envolvendo o prazo de carência estipulado por lei para se obter o auxílio-doença (12 meses), não há qualquer necessidade de ginástica hermenêutica, razão pela qual o juiz Júpiter se apresenta para aplicar a literalidade do texto legal, o mesmo ocorrendo no caso da idade mínima para a aposentadoria rural da mulher (55 anos); em um caso que envolva importantes peculiaridades, a exemplo do período de afastamento da atividade rural para o exercício de atividade urbana –onde as diversidades geográficas, climáticas, econômicas e sociais influenciam fortemente a necessidade do indivíduo migrar do campo para a cidade– o juiz Hércules será muito bem-vindo; *in fine*, em um caso que envolva a necessidade de se conceder benefícios eventuais em situações de calamidade pública, a exemplo da provocada pelo Coronavírus, dialogando-se com a sociedade sobre os custos orçamentários desses benefícios e as vidas que eles podem ajudar a salvar, será bem-acolhido o juiz Hermes.

Nesse diapasão, as experiências colhidas no dia a dia do Direito Previdenciário – seja no âmbito judicial ou administrativo– e os textos legais previdenciários, devem ser utilizados, em um permanente diálogo, sempre à luz da Lei Maior, como importantes instrumentos de atualização das normas previdenciárias, máxime as relativas aos trabalhadores rurais no Brasil, tanto no campo legislativo quanto no plano interpretativo.

As concepções que brotam da leitura de um texto legal nem sempre condizem com aquilo que o legislador do Direito Previdenciário Rural buscou descrever no texto legal⁹. Daí surge a incongruência lógica da interpretação meramente literal/gramatical dos dispositivos que tratam dos requisitos para o enquadramento do trabalhador rural na qualidade de segurado especial –e aqui o juiz Júpiter cede passagem–. Interpretar tais dispositivos legais como se tipos fechados fossem– em uma nação onde

8. Ost, F.: “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *op. cit.*

9. Carvalho, P. B.: “O Absurdo da Interpretação Econômica do “Fato Gerador” – Direito e sua Autonomia – o Paradoxo da Interdisciplinariedade”, *Revista de Direito Tributário*, núm. 97, 2007, p. 11.

vários dos seus estados possuem áreas superiores à de inúmeros países, e de uma categoria de trabalhadores submetidos à diversas peculiaridades regionais– é se desconectar integralmente das realidades climáticas, geográficas, sociais, culturais e econômicas deste país continental.

A interpretação literal/gramatical, aliada à concepção de que os tipos previdenciários rurais são fechados, para a verificação da condição de segurado especial, obstaculizam que a igualdade material entre os segurados da previdência social ocorra e, com isso, impede a construção da justiça previdenciária, onde a realidade dos fatos deve se sobrepor ao texto literal da lei.

Como é cediço, os tipos serão abertos ou fechados quando seu conteúdo for suscetível de sofrer ou não um incremento descritivo. No âmbito do direito previdenciário, o tipo aberto para a caracterização do segurado especial tem a considerável vantagem da flexibilidade, permitindo ao operador do direito uma interpretação tópicoproblemática, para encontrar a melhor resposta caso a caso, levando em consideração, para tanto, as especificidades de cada região deste país¹⁰.

Por exemplo, a lei nº 11.718/08 estabeleceu que não demitiria a qualidade de segurado especial a prática de trabalho remunerado em período que não ultrapasse a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, por ano¹¹. *A contrario sensu*, empregando-se uma interpretação gramatical/literal, o exercício de atividade por período superior a 120 (cento e vinte) dias afastaria a condição de segurado especial do trabalhador rural, contemplando-se uma interpretação *in dubio adversus misero*, como a ainda praticada neste ponto pela autarquia previdenciária, e não *in dubio pro misero*, como a recomendada pelos princípios mais comezinhos do Direito Previdenciário.

Como se nota, o juiz Hércules aqui merece as boas-vindas, pois o requisito acima apontado não deve ser revestido de caráter absoluto, mas, sim, adicional, devendo repercutir no ônus probatório. Nessa senda, caso o labor urbano não ultrapasse os 120 dias por ano, atribui-se presunção *juris tantum* em prol do campesino no sentido de enquadrá-lo como segurado especial; caso suplante tal período, o ônus da prova ficará a cargo do trabalhador rural, o qual deverá comprovar que as circunstâncias do caso concreto o inserem na categoria de segurado especial¹².

Outra imposição trazida pela lei nº 11.718/08, que alterou as leis 8.212/91 e 8.213/91, foi a exigência de que o segurado especial resida em imóvel rural ou conglomerado urbano próximo a ele. No ordenamento anterior, não havia tal exigência¹³. A lei atual, no entanto, não estipula a distância em quilômetros do que vem a ser próximo ou distante e causa constantes conflitos previdenciários, pois não leva em consideração as particularidades da zona rural brasileira.

10. Abraham, M.: "A segurança jurídica e os princípios da legalidade e da tipicidade aberta", em Ribeiro, R. L. y Rocha, S. A. (coord.): *Legalidade e tipicidade no direito tributário*, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008, pp. 111-134.

11. Lazzari, J. y Castro, C. A.: *Manual de Direito Previdenciário*, Forense, Rio de Janeiro, 2017.

12. Incidente de Uniformização no Juizado Especial Federal 9486220094047053 PR 0000948-62.2009.404.7053 (TRF-4).

13. Bragança, K. H.: *Manual de Direito Previdenciário*, Forense, Rio de Janeiro, 2012.

Para que se tenha uma melhor noção das peculiaridades que se apresentam em um país continental como o Brasil, apenas um município brasileiro, Altamira-PA, possui quase duas vezes o território de um país europeu (Portugal). Assim, como será demonstrado com dados nesta pesquisa, muitas vezes quem reside na zona urbana do aludido município paraense mora muito mais distante da zona rural em que alega trabalhar do que outro trabalhador campesino que reside em município diverso, e não contíguo, da zona rural em que trabalha habitualmente.

O Brasil é um país gigantesco e possui verdadeiros estados-nações. *Exempli gratia*, o Rio de Janeiro [43.780 km²] é maior territorialmente do que a Dinamarca [42.925 km²]; São Paulo [248.222 km²] é maior do que Reino Unido [243.610 km²]; Tocantins [277.720 km²] possui um território mais extenso do que a Nova Zelândia [268.021 km²]; Santa Catarina [95.736 km²] tem uma área total que suplanta a da Hungria [93.030 km²], o mesmo ocorrendo com o Pará [1.247.954 km²] em relação à Angola [1.247.000 km²]. O estado do Amazonas, por sua vez, sozinho, com 1.559.161,682 quilômetros quadrados, possui área superior ao território de 8 (oito) países somados: Grécia [131.957 km²], Itália [301.338 km²], Portugal [92.212 km²], Israel [20.770 km²], Alemanha [357.168 km²], Suíça [41.285 km²], Espanha [504.645 km²] e Haiti [27.750km²]¹⁴.

Nesse cenário, também incidiu em erro o legislador ao estabelecer limite de área para excluir um trabalhador rural da condição de segurado sem qualquer proporcionalidade no critério (4 módulos fiscais) e sem observar as peculiaridades de cada região deste imenso país.

Qual a razoabilidade e/ou proporcionalidade de se indeferir um benefício previdenciário, na posição de segurado especial, ao trabalhador que labora na lida agropastoril com a família em seu sítio de 41 hectares em Jaguariúna-SP (módulo fiscal de 10 hectares) e se deferir a outro trabalhador que pratica a mesma atividade, também com a família, na zona rural do município de Itaberaba-BA (módulo fiscal de 60 hectares) em uma área de 164 hectares (400% maior)?

Definitivamente, nenhuma. Essa é umas das razões, dentre várias outras a serem abordadas neste trabalho, pelas quais os conflitos previdenciários vêm aumentando dia após dia, com uma judicialização crescente das demandas previdenciárias. Como se percebe nesse caso, há situações em que o exegetismo do juiz Júpiter deve abrir caminho para que os juízes Hermes e Hércules possam transitar pelo Direito Previdenciário, especialmente quando se tratar de *hard cases*, mas nem por isso aquele deverá ser expurgado do sistema jurídico previdenciário, pois aqui ele também encontra morada, como nos exemplos anteriormente expostos.

Ao se estabelecer um limite geométrico expresso, mas completamente desproporcional e carente de qualquer razoabilidade, nas leis previdenciárias, o servidor do INSS, aplicando a letra fria da lei, submetendo-se à legalidade estrita, indefere o benefício do trabalhador rural que labora em área superior à legalmente estipulada

14. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/Urbanidade/noticia/2016/04/mapa-compara-o-tamanho-dos-estados-brasileiros-extensao-de-outros-paises.html> (acesso em 01.04.2020).

(4 módulos fiscais), pois tem para si que o tipo previdenciário, no caso ora em questão, é fechado, não comportando interpretação elástica, problematizada, à luz da realidade, da proporcionalidade e da juridicidade.

Isso acarreta atrito, provoca controvérsia, e, conseqüentemente, judicialização. Quando a controvérsia previdenciária chega ao Poder Judiciário, não raras vezes a literalidade da lei é adequadamente superada pelo juiz Hércules, pois há uma maior percepção de que o tipo previdenciário aqui abordado é aberto, comportando uma interpretação mais dúctil, consentânea com a realidade da vida no campo, com a proporcionalidade, com a juridicidade e não apenas com a letra expressa da lei.

Verbi gratia, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o caso em comento, decidiu que a dimensão da propriedade agrícola não subverte o regime de economia familiar¹⁵. No mesmo caminho, o TRF da Quarta Região entendeu que o fato de a propriedade ser superior a quatro módulos fiscais não descaracteriza, por si só, o regime de economia familiar. E foi além, decidindo, sublimemente, que os quatro módulos fiscais têm que ser entendidos como limite para cada membro da família, melhor dizendo, numa família com 4 membros o limite da área seria de 16 e não de apenas 4 módulos fiscais¹⁶.

Infere-se, pois, que o Poder Judiciário vem dando fortes sinais de sua tendência à interpretação do tipo previdenciário rural como um tipo aberto, admitindo uma interpretação flexível e mais harmônica com a realidade dos fatos, enamorando-se do juiz Hércules, mas isso ainda pode e deve prosperar para outras situações que também ocasionam constantes conflitos previdenciários, a exemplo dos demais requisitos – a serem aqui analisados – elencados na legislação previdenciária para o enquadramento do camponês na categoria de segurado especial.

O Direito não é estanque, funciona como uma locomotiva em perene movimento pelos trilhos da vida e, conseqüentemente, o processo evolutivo é algo intrínseco ao seu desenvolvimento, motivo pela qual é saudável que existam variadas formas de interpretar as “regras do jogo” para assegurar aos cidadãos a concretização dos seus direitos como seres humanos.

É no momento em que um evento da vida passa a ser compreendido como um problema, a exemplo de alguns desarrazoados requisitos para o enquadramento do trabalhador rural na qualidade de segurado especial, que se capta a necessidade de se apresentar respostas a ele e é exatamente isso que está a se buscar nesta pesquisa.

Isso porque, com o método tópico-problemático, o brocardo *in claris cessat interpretatio* deixa de ser absoluto e torna-se mais um dos argumentos fortes para se encontrar a solução mais adequada ao caso concreto, assim como são, dentre outros,

15. Recurso Especial 529.460/PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz (DJ de 23.8.2004). Apelação/Remessa Necessária APL 503105308201840499995031053-08.2018.4.04.9999 (TRF-4). Publicado em 20.03.2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=UTILIZA%C3%87%C3%83O+DE+MAQUIN%C3%81RIO+AGR%C3%8DCOLA> (Acesso em 31.03.2020).

16. Apelação/Reexame Necessário 158165820144049999 RS 0015816-58.2014.404.9999 (TRF-4). Data de publicação: 12/08/2015.

os princípios da igualdade material, da juridicidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e do *in dubio pro misero*, jamais *adversus misero*.

No processo de interpretação surge, inexoravelmente, um resíduo criativo e essa fecundidade interpretativa, explícita em *hard cases*, como nos casos que serão apresentados neste estudo, é não apenas inafástavel da prática interpretativa, seja no âmbito administrativo ou judicial, mas é mesmo cobiçável para se emprestar coerência ao texto constitucional¹⁷.

As cartas estão sobre a mesa. O jogo já vai começar e escolher as cartas mais adequadas é primordial para harmonizar os conflitos previdenciários que vêm se avolumando no campo brasileiro, com uma judicialização cada vez mais intensa das querelas previdenciárias. O emprego do tipo previdenciário rural aberto é a técnica jurídica que possibilita, isocronicamente, a outorga de flexibilidade do Legislador ao Administrador para interpretar os requisitos legais aqui perscrutados, sob a garantia do controle judicial pelo prisma da proporcionalidade e da juridicidade.

II. REQUISITOS LEGAIS PARA A CARACTERIZAÇÃO DO SEGURADO ESPECIAL RURÍCOLA SOB UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

Conforme salientado acima, aborda-se-á doravante, criticamente, os equívocos atuais que carregam as legislações previdenciárias brasileiras no que concerne aos requisitos entabulados para o regular enquadramento do trabalhador da zona rural na categoria de segurado especial.

A. Local de moradia

Para ser considerado segurado especial, a pessoa física pode residir no imóvel localizado na zona rural (fazenda, sítio, etc.) em que produz ou em aglomerado urbano (cidade) ou rural (vilarejo, povoado, etc.) próximo a ele¹⁸.

Como se observa, a partir da lei nº 11.718/08, que alterou as leis nº 8.212/91 e nº 8.213/91, passou-se a exigir que o segurado especial resida em imóvel rural ou conglomerado urbano próximo a ele. No ordenamento anterior, não havia tal exigência¹⁹. A lei atual, no entanto, não estipula a distância em quilômetros do que vem a ser próximo ou distante.

Buscando oferecer um certo grau de objetividade ao tema, o Decreto nº 6.722/08 estabeleceu que se considera o segurado especial residente em aglomerado urbano ou rural próximo ao imóvel rural onde exerce as suas atividades quando ele residir no mesmo município da situação do imóvel onde realiza o seu labor rural, ou em município contíguo ao em que desenvolve tal tarefa.

17. Vargas, D.: "A degradação constitucional brasileira", em Bolonha, C. y Corrêa, F. (coords.): *30 anos da Constituição de 1988: uma jornada inacabada*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2018, pp. 161-167.

18. Berwanger, J. L. W.: *Segurado Especial: o conceito jurídico além da sobrevivência individual*, Juruá Editora, Curitiba, 2013.

19. Bragança, K. H.: *Manual de Direito Previdenciário*, op. cit

Como se nota, o critério geográfico estabelecido no referido Decreto tem a finalidade de verificar se efetivamente o segurado especial trabalha na atividade do campo de forma habitual, haja vista que, caso ele residisse em localidade muito semota, seria pouco verossímil que a praticasse habitualmente²⁰.

Ocorre que tal critério não raras vezes mostra-se inadequado para se aferir, na prática, se o segurado especial exerce ou não sua atividade rural de forma habitual, posto que há municípios no Brasil, especialmente nas regiões Norte, Centro-Oeste e Nordeste, que possuem uma enorme extensão territorial.

Para que se tenha uma melhor compreensão do que se está a dizer, entre os 5.568 municípios do país, Altamira-PA, na região Norte, possui a maior extensão municipal, com 159.533,730 quilômetros quadrados, o que suplanta a área de alguns estados da Federação e representa quase o dobro do território de Portugal; Barcelos-AM possui uma área de 122.475,728 km² (3 vezes maior do que a Suíça); São Gabriel da Cachoeira-AM tem uma área de 109.184,896 km² (5 vezes maior do que Israel); Oriximiná-PA totaliza 107.602,992 km² (4 vezes maior do que o Haiti). Por outro lado, Santa Cruz de Minas-MG, na região Sudeste, é o município brasileiro com menor extensão territorial, apenas 3.656 quilômetros quadrados²¹. No Nordeste, a cidade de Barra-BA, com uma área de 12.348 km², tem um território mais de 5 (cinco) vezes maior do que outro país europeu (Luxemburgo)²².

Como se percebe, a legislação sobre o trabalhador rural –segurado especial– não levou em consideração as peculiaridades de um país continental como o Brasil, onde apenas um município, Altamira-PA, é quase duas vezes maior do que um país europeu (Portugal), razão pela qual a exegese do juiz Júpiter não raras vezes é inadequada em relação a esses trabalhadores.

Destarte, à luz dos dados ora apresentados, pode-se deduzir que um indivíduo que reside na zona urbana de Altamira-PA e trabalha na informalidade (camelô, ajudante de pedreiro, mecânico, etc.), sem qualquer registro no CNIS, mas possui uma fazenda no indigitado município –a uma centena de quilômetros de distância de onde mora, local este em que exerce o seu labor urbano informal– com documentos de propriedade da terra, terá muito mais facilidade de obter um benefício previdenciário como segurado especial, pois tem propriedade rural e mora “próximo” a ela, do que um autêntico trabalhador rural, que possui parques documentos comprobatórios, quando os possui, da sua atividade campestre e não reside no mesmo município em que exerce essa tarefa, nem em município contíguo, mas reside em um local muito mais próximo em distância e em tempo de deslocamento do que aquele que mora em Altamira-PA.

Exempli gratia, de Salvador-BA (bairro de São Cristóvão) à zona rural de Camaçari-BA (distrito de Arembepe), municípios não contíguos, a distância é de 24 quilômetros,

20. Berwanger, J. L. W.: *Segurado Especial: o conceito jurídico além da sobrevivência individual*, op. cit.

21. Disponível em <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/extensao-de-cada-municipio-ibge-divulga-atualizacao-das-areas-territoriais-do-brasil> (acesso em 29.03.2020).

22. Disponível em <http://www.upb.org.br/noticias/maiores-municipios-em-extensao-territorial-da-bahia>. (acesso em 29.03.2020).

trajeto que pode ser percorrido de moto em apenas 18 (dezoito) minutos²³. De Mata de São João-BA à zona rural de Dias D'Ávila-BA, municípios também não contíguos, a distância é de 12 quilômetros, percurso que pode ser realizado em somente 10 (dez) minutos com o mesmo meio de transporte²⁴.

Depreende-se, portanto, que a fórmula oferecida pelo Decreto nº 6.722/08 muitas vezes falha na entrega do direito a quem realmente faz jus, razão pela qual o tipo previdenciário aberto para o enquadramento do segurado especial é muito mais condizente com a realidade brasileira, devido às suas peculiaridades geográficas, climáticas, culturais, econômicas e culturais, devendo-se aferir, caso a caso, se o indivíduo é ou não trabalhador rural em regime de subsistência.

Assim, perquirir, no caso concreto, o local em que o trabalhador rural reside; qual a distância até o lugar em que executa a sua atividade campesina; como ele faz para se deslocar até a "roça" (carro, bicicleta, moto, ônibus, caminhando, etc.); quanto tempo leva o deslocamento; quanto gasta com o meio de transporte, para se verificar se o que produz compensa o custo de deslocamento, e assim por diante, torna-se muito mais efetivo na aferição da condição de segurado especial, do ponto de vista material, e não meramente formal, do que a residência no mesmo município ou em outro contíguo.

Além disso, indagar quais são os vizinhos de frente, de lado e de fundo do local em que faz a plantação atenua a possibilidade do indivíduo fraudar o sistema, passando-se por trabalhador rural, pois uma pessoa que trabalha durante anos em um local sabe, normalmente, ao menos o nome ou apelido dos vizinhos. Repete-se essas perguntas às testemunhas, para verificar se há contradição, pois, conforme percebido em pesquisa de campo, algumas pessoas estão se tornando verdadeiras "testemunhas de aluguel" de determinadas zonas rurais. Mesmo sem conhecerem a atividade agropecuária do autor, comparecem perante o Poder Judiciário para tentar fazer com que o benefício seja concedido, sabe-se lá por quais interesses.

Nessa toada, levando-se em conta que a prova oral é de extrema importância para a comprovação da atividade rural²⁵, tendo em vista a escassez de prova documental, a coerência entre o depoimento pessoal e a prova testemunhal é fator relevante para o enquadramento do campesino no *status* de segurado especial - e isso se faz caso a caso.

B. Forma de produção

Conforme estabelece o art. 11, VII, da Lei nº 8.213/91, o trabalhador rural deve trabalhar individualmente ou em regime de economia familiar²⁶, na "condição de produtor,

23. Disponível em <https://www.google.com.br/maps/dir/Salvador,+BA/Camaçari,+BA/@-12.8279629> (acesso em 30.03.2020).

24. Disponível em <https://www.google.com.br/maps/dir/Mata+de+São+João,+BA/Dias+d'Ávila+-+BA/@-> (acesso em 30.03.2020).

25. Picarelli, E. T.: *Trabalhador Rural: Considerações sobre as Alterações Promovidas pela Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008*, disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_ETP_Trabalhador_Rural_Consideracoes_Lei_11718.pdf (acesso em 29.03.2020).

26. Berwanger, J. L. W.: *Segurado Especial: o conceito jurídico além da sobrevivência individual*, op. cit.

seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais”²⁷.

A Instrução Normativa nº 118/2015, em seu art. 7º, § 3º, regulamenta o dispositivo legal citado²⁸, permitindo que os contratos de parceria, de meação e de comodato sejam realizados de forma verbal.

Aqui se fisga outra incongruência no enquadramento do segurado especial no Brasil, o que recomenda, mais uma vez, o abrigo do juiz Hércules, a adoção do tipo aberto para se cotejar tal condição, vale dizer, para se verificar, no caso concreto, se o indivíduo preenche materialmente, e não apenas formalmente, os requisitos entabulados na legislação previdenciária.

Ora, a mesma legislação que permite o contrato verbal –o que faz muito bem, pois é algo corriqueiro na zona rural brasileira– obsta a comprovação da atividade rural mediante prova exclusivamente testemunhal, exigindo início de prova material/documental.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 41,4% da população ocupada se encontra na informalidade²⁹ e no campo a situação é ainda pior, motivo pelo qual exigir que o trabalhador possua documento (s) comprobatório (s) da sua labuta no campo é desavir, por completo, da realidade da zona rural e do mercado de trabalho brasileiros.

C. Auxílio eventual de terceiros

Segundo o art. 11, VII, § 1º, da Lei 8.213/91, entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

Outra novidade trazida pela Lei 11.718/08 foi a possibilidade de contratação de empregados pelos segurados especiais³⁰. O grupo familiar poderá utilizar-se de empregados contratados por prazo determinado ou de trabalhador à razão de no máximo 120 (cento e vinte) pessoas por dia no ano civil³¹, em períodos corridos ou intercalados ou, ainda, por tempo equivalente em horas de trabalho, não sendo computado nesse prazo o período de afastamento em decorrência da percepção de auxílio-doença (art. 11, VII, § 1º, da Lei 8.213/91). Isto é, o grupo familiar pode utilizar 120 empregados em apenas 1 dia no ano, 30 empregados em 4 dias no

27. Martins, S. P.: *Direito da Seguridade Social*, Editora Atlas, São Paulo, 2013.

28. Valadares, A. A. y Galiza, M. (orgs.): *Previdência rural: contextualizando o debate em torno do financiamento e das regras de acesso*, Ipea, Brasília DF, 2016 (Nota Técnica, 25).

29. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25534-de-semprego-cai-para-11-8-com-informalidade-atingindo-maior-nivel-da-serie-historica> (acesso em 31.03.2020).

30. Musse, J. S. y Morello, E. J.: *Previdência social rural: potencialidades e desafios*, Contag, Brasília DF, 2016.

31. Valadares, A. A. y Galiza, M. (orgs.): *Previdência rural: contextualizando o debate em torno do financiamento e das regras de acesso*, op. cit.

ano, 60 empregados em 2 dias no ano, 1 empregado em 120 dias no ano, e assim por diante.

Essa louvável medida, registre-se, de permitir a utilização de empregados contratados para ajudar o trabalhador rural sem desconfigurar a sua condição de segurado especial também merece reparos, senão vejamos.

Imagine-se que uma determinada família com quatro membros reside na zona rural de Irecê-BA e todos trabalham em regime de mútua cooperação na produção de milho, feijão e mandioca. Vivem do que conseguem plantar e colher. A fazenda em que moram e trabalham possui 200 (duzentos) hectares. Conforme dados da EMBRAPA³², 1 (um) módulo fiscal no referido município corresponde a 65 hectares. Como a própria legislação permite que o segurado especial trabalhe em área de até 4 (quatro) módulos fiscais, a citada fazenda encontra-se dentro dos parâmetros legais (65 x 4 = 260 hectares).

Nessa terra, eles plantam 100 tarefas de mandioca, 50 tarefas de feijão e as outras 50 tarefas de milho. Como é cediço, o peso do que se planta é bem inferior ao peso do que se colhe. Quando se planta milho, *verbi gratia*, coloca-se apenas 3 pequenos caroços na leira para gerar um pé de milho; quando se colhe, arranca-se de um só pé de 1 a 5 espigas. Da mesma forma a mandioca; planta-se apenas uma pequena maniva para colher várias mandiocas pesadas, arrancando-as da terra, em um trabalho árduo, pois se trata de protuberantes raízes.

Para se ter uma ideia, cada hectare de plantação de mandioca produz até 70 toneladas, a depender da condição da terra e do clima³³. Como a aludida fazenda tem um terreno propício para essa cultura, mas as chuvas são irregulares, consegue produzir em torno de 30 toneladas por hectare. Considerando que a referida família planta mandioca em 100 hectares, colherá 3.000 (três mil) toneladas, isto é, 3.000.000 (três milhões) de quilos somente de mandioca em uma única safra, isso sem falar na colheita do milho e do feijão.

Ora, impedir que essa família contrate mais de 1 (um) trabalhador por 120 (cento e vinte) dias em um ano; mais de 3 (três) trabalhadores por 40 (quarenta) dias em um ano ou mais de 6 (seis) trabalhadores por 20 (vinte) em um ano, sob pena de expurgá-la da proteção previdenciária concedida ao segurado especial, é fechar os olhos para as necessidades dos trabalhadores rurais brasileiros e, o pior, incentivar o desemprego³⁴, algo dramático e que vem assolando o país nos últimos anos.

Isso porque a legislação previdenciária aqui analisada e, construtivamente, criticada, ao mesmo tempo em que veda a utilização de trabalhadores acima dos parâmetros acima indicados, não proíbe a utilização de máquinas agrícolas, isto é, caso os

32. Disponível em <http://aiba.org.br/wp-content/uploads/2013/11/variacao-Geografica-do-Tamanho-dos-Modulos-Fiscais-no-Brasil-Embrapa.pdf> (acesso em 31.03.2020).

33. Disponível em <http://www.diadecampo.com.br/zpublisher/materias/Materia.asp?id=22774&secao=Pacotes> (acesso em 31.03.2020).

34. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24908-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-3-e-taxa-de-subutilizacao-e-25-0-no-trimestre-encerrado-em-maio-de-2019> (acesso em: 31.03.2020).

membros da indigitada família campesina de Irecê-BA utilizem máquinas agrícolas, tais como: tratores, semeadoras, colhedoras, pulverizadoras, dentre outras, permanecerão como segurados especiais, haja vista que não há vedação legal à utilização de tais máquinas, conforme vêm decidindo, acertadamente, os tribunais pátrios³⁵.

Aqui não se busca combater a utilização de máquinas agrícolas, até porque esse é um caminho que parece não ter volta, além de aumentar a produtividade do agrogócio. Contudo, em um país com tamanha desigualdade social e econômica, com tanto desemprego, criar embaraços legais para a contratação de trabalhadores na zona rural, para ajudar, *exempli gratia*, na colheita do que a família ireceense plantou, é ir na contramão da realidade no campo do Brasil, além de dificultar a geração de emprego, tão defendida pelas equipes econômicas que se alternam no poder, na zona rural brasileira, o que reclama a dialógica do juiz Hermes.

D. Do limite geométrico

A limitação ao tamanho da propriedade foi outra alteração trazida pela Lei 11.718/08, a qual deve agora contar com área igual ou inferior a quatro módulos fiscais³⁶, em atividade agropecuária, para que o segurado seja enquadrado como especial³⁷. Em propriedades rurais de área superior, o trabalhador rural será considerado contribuinte individual³⁸. No ordenamento anterior, não havia tal exigência. Tem-se, pois, um limite geométrico, qual seja, a área trabalhada não poderá ser superior a 4 (quatro) módulos fiscais.

Os módulos fiscais não possuem tamanhos fixos. Cada município tem a área correspondente ao seu módulo fiscal. A título de ilustração, traz-se à lume as áreas dos módulos fiscais de alguns municípios do Brasil, conforme dados da Embrapa³⁹.

Na Bahia, região Nordeste, municípios como Itaberaba (60 hectares), Ipirá (30 hectares), Ipirá (60 hectares), Jaguaquara (35 hectares), Maragojipe (30 hectares), Antônio Cardoso (65 hectares), Brejolândia (65 hectares), Brotas de Macaúbas (65 hectares), Brumado (65 hectares), possuem uma área significativa para um único módulo fiscal⁴⁰.

Para fins de comparação, apresenta-se as áreas dos módulos fiscais, bem inferiores aos municípios baianos, de alguns municípios cariocas: Teresópolis-RJ (10 hectares), Rio de Janeiro-RJ (5 hectares), Duque de Caxias (10 hectares), Engenheiro Paulo de Frontin (14 hectares), Guapimirim (10 hectares) e Iguaba Grande (14 hectares)⁴¹.

35. TRF-4 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO APELREEX 9999 PR 0005826-82.2010.404.9999 (TRF-4). Data de publicação: 12/04/2011.

36. Kertzman, I.: *Curso prático de Direito Previdenciário*, Juspodivm, Salvador, 2020, pp. 57-61.

37. Musse, J. S. y Morello, E. J.: *Previdência social rural: potencialidades e desafios*, op. cit.

38. Rocha, D. M. y Savaris, J. A.: *Curso de direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário*, Alteridade, Editora Curitiba, 2014.

39. Disponível em <http://aiba.org.br/wp-content/uploads/2013/11/variacao-Geografica-do-Tamanho-dos-Modulos-Fiscais-no-Brasil-Embrapa.pdf> (acesso em 30.03.2020).

40. Disponível em <http://aiba.org.br/wp-content/uploads/2013/11/variacao-Geografica-do-Tamanho-dos-Modulos-Fiscais-no-Brasil-Embrapa.pdf> (acesso em 30.03.2020).

41. Disponível em <http://aiba.org.br/wp-content/uploads/2013/11/variacao-Geografica-do-Tamanho-dos-Modulos-Fiscais-no-Brasil-Embrapa.pdf> (acesso em 30.03.2020).

Na mesma trilha, o estado de São Paulo apresenta os seguintes números: Itupeva (10 hectares), Ituverava (22 hectares), Jaborandi (18 hectares), Jaboticabal (14 hectares), Jacareí (12 hectares), Jaci 20 (hectares), Jacupiranga (16 hectares) e Jaguariúna (10 hectares). Na mesma toada, o Rio Grande do Sul também apresenta áreas de módulos fiscais bem menores do que a Bahia: Antônio Prado (12 hectares), Arambaré (16 hectares), Araricá (14 hectares), Aratiba (20 hectares), Arroio do Meio (18 hectares), Arroio do Padre (16 hectares), Arroio do Sal (18 hectares), Arroio do Tigre (20 hectares)⁴².

Em rumo diametralmente oposto aos aludidos estados do Sudeste e do Sul, o estado do Amazonas, na região Norte, apresenta áreas bem superiores para cada módulo fiscal relativo a seus municípios: Coari (100 hectares), Codajás (100 hectares), Eirunepé (100 hectares), Envira (100 hectares), Fonte Boa (100 hectares), Guajará (100 hectares), Humaitá (100 hectares), Ipixuna (100 hectares), Iranduba (80 hectares), Novo Airão (100 hectares), Novo Aripuanã (100 hectares), Parintins (80 hectares), Pauini (100 hectares)⁴³.

No mesmo sentido do estado do Amazonas, o estado do Mato Grosso, na região Centro-Oeste, também apresenta grandes áreas para cada módulo fiscal: Arenápolis (80 hectares), Aripuanã (100 hectares), Barão de Melgaço (80 hectares), Barra do Bugres (80 hectares), Barra do Garças (80 hectares), Bom Jesus do Araguaia (80 hectares), Brasnorte (100 hectares), Cáceres (80 hectares), Campinápolis (80 hectares) e Campo Novo do Parecis (100 hectares)⁴⁴.

Conforme se nota, mais uma vez incidiu em erro o legislador ao estabelecer limite de área para excluir um trabalhador rural da condição de segurado sem qualquer proporcionalidade no critério (4 módulos fiscais) e sem observar as peculiaridades de cada região deste imenso país, motivo pelo qual a exegese do juiz Júpiter não deve ser aplicada.

Qual a razoabilidade e/ou proporcionalidade de se indeferir um benefício previdenciário, na posição de segurado especial, ao trabalhador que labora na lida agropastoril com a família em seu sítio de 43 hectares em Teresópolis-RJ (módulo fiscal de 10 hectares) e se deferir a outro trabalhador que pratica a mesma atividade, também com a família, na zona rural do município de Brejolândia-BA (módulo fiscal de 65 hectares) em uma área de 172 hectares (400% maior)?

Peremptoriamente, nenhuma. Essas é umas das razões, dentre várias outras já mencionadas neste trabalho, pelas quais os conflitos previdenciários vêm aumentando dia após dia, com uma judicialização crescente, consoante será fartamente demonstrado nesta pesquisa.

Ao se criar um limite geométrico expresso, mas completamente desproporcional e carente de qualquer razoabilidade, nas leis previdenciárias, o servidor do INSS acaba

42. Disponível em <http://aiba.org.br/wp-content/uploads/2013/11/variacao-Geografica-do-Tamanho-dos-Modulos-Fiscais-no-Brasil-Embrapa.pdf> (acesso em 30.03.2020).

43. Disponível em <http://aiba.org.br/wp-content/uploads/2013/11/variacao-Geografica-do-Tamanho-dos-Modulos-Fiscais-no-Brasil-Embrapa.pdf> (acesso em 30.03.2020).

44. Disponível em <http://aiba.org.br/wp-content/uploads/2013/11/variacao-Geografica-do-Tamanho-dos-Modulos-Fiscais-no-Brasil-Embrapa.pdf> (acesso em 30.03.2020).

atuando como o juiz Júpiter, aplicando a letra fria da lei, submetendo-se à legalidade estrita, indeferindo o benefício do trabalhador rural que labora em área superior à legalmente estipulada (4 módulos fiscais), pois tem para si que o tipo previdenciário, no caso ora em questão, é fechado, não comportando interpretação elástica, problematizada, à luz da realidade, da proporcionalidade e da juridicidade.

Ora, isso causa fricção, provoca litígio, e, conseqüentemente, judicialização. Quando a porfia previdenciária chega ao Poder Judiciário, muitas vezes o juiz Hércules se faz presente, a literalidade da lei é superada, pois há uma maior percepção de que o tipo previdenciário aqui abordado é aberto, abrigando uma interpretação mais elástica, consentânea com a realidade da vida no campo, com a proporcionalidade, com a juridicidade e não apenas com a exegese jupiteriana.

Verbi gratia, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o caso, decidiu que a dimensão da propriedade agrícola não subverte o regime de economia familiar⁴⁵. No mesmo caminho, o TRF da Quarta Região entendeu que o fato de a propriedade ser superior a quatro módulos fiscais não descaracteriza, por si só, o regime de economia familiar. E foi além, decidindo, sublimemente, que os quatro módulos fiscais têm que ser entendidos como limite para cada membro da família, melhor dizendo, numa família com 4 membros o limite da área seria de 16 módulos fiscais⁴⁶.

Ora, se a lei permite que uma pessoa trabalhe individualmente, como segurado especial, em uma área de até 4 módulos fiscais, qual seria a razão para retirar dos membros de uma família composta por 3 pessoas a condição de segurados especiais caso trabalhem em uma área de até 12 módulos fiscais? Definitivamente, inexistente razão.

Verifica-se, portanto, que o Poder Judiciário vem dando fortes sinais de sua tendência à interpretação do tipo previdenciário rural como um tipo aberto, mas tal tendência deve também se alastrar para o âmbito administrativo, para o INSS, mitigando-se, com isso, as constantes e crescentes alterações previdenciárias.

E. Contratos de parceria, meação ou comodato

O artigo 11, § 8º, I, da lei nº 8.213/91 estabelece que não descaracteriza a condição de segurado especial “a outorga, por meio de contrato escrito de parceria, meação ou comodato, de até 50% (cinquenta por cento) de imóvel rural cuja área total não seja superior a 4 (quatro) módulos fiscais”, desde que “outorgante e outorgado continuem a exercer a respectiva atividade, individualmente ou em regime de economia familiar”⁴⁷.

Por exemplo, em Irará-BA, município cujo módulo fiscal corresponde a 30 hectares⁴⁸, o trabalhador rural, segurado especial, que possui um imóvel rural com 120 hectares

45. Recurso Especial 529.460/PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz (DJ de 23.8.2004).

46. Apelação/Reexame Necessário 158165820144049999 RS 0015816-58.2014.404.9999 (TRF-4). Data de publicação: 12/08/2015.

47. Locatelli, L.; Fensterseifer, D. P.; Riboli, C.: *Direito Previdenciário Contemporâneo*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2016, pp. 47-49.

48. Disponível em <http://aiba.org.br/wp-content/uploads/2013/11/variacao-Geografica-do-Tamanho-dos-Modu->

permanecerá nessa categoria caso outorgue, por meio de contrato escrito de parceria, meação ou comodato, até 60 hectares de suas terras, desde que o rurícola (outorgante) e o outorgado continuem a exercer a respectiva atividade, individualmente ou em regime de economia familiar.

Mais uma incoerência legislativa na estipulação dos requisitos para o enquadramento da seguridade especial se evidencia. Veja-se, a própria lei não permite que o trabalhador rural contrate outros trabalhadores para ajudá-lo nas colheitas ou em qualquer fase do cultivo se ultrapassar 120 dias em um ano.

Imagine-se que um campesino de Irará-BA, com uma fazenda de 120 hectares, plante mandioca, cultura muito comum na região, em 50 deles e nada mais plante no restante da terra, posto que não teria capacidade de colher sem ultrapassar o limite legal de funcionários a serem contratados (120 em um ano).

Como visto anteriormente, cada hectare plantado de mandioca produz até 70 toneladas, a depender da condição da terra e do clima⁴⁹. Como a terra desse rurícola de Irará-BA é fecunda para essa cultura, nada obstante as chuvas serem sazonais, consegue produzir em torno de 30 toneladas por hectare. Considerando que o referido campesino planta mandioca em 50 hectares, colherá 1.500 (mil e quinhentas) toneladas, ou seja, 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) quilos somente de mandioca em uma única safra.

Como ele não pode contratar trabalhadores em número suficiente para ajudá-lo, sob pena de ser extirpado da categoria de segurado especial, terá que produzir em apenas um pedaço do seu terreno, ficando o restante da terra ociosa, perdida, frívola.

Ora, diante de tamanha pobreza no país, de tão grande desigualdade econômica e social, de tanto desemprego, seria adequado deixar as 70 tarefas restantes (mais de 50% do total) improdutivas, sem qualquer utilização, pois a lei penaliza quem outorga mais da metade de sua terras para outras famílias que precisam trabalhar, plantar e colher, para abastecer os mercados do país?

Mais uma vez a resposta é negativa. Já que se veda que o próprio trabalhador rural produza com a ajuda de terceiros (mais de 120 dias por ano) –o que é um erro, conforme precedentemente abordado– impedi-lo de oferecer a parte de sua terra em que não consegue produzir por causa da vedação legal, sob pena de perder a posição de segurado especial, afronta os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da eficiência, da economicidade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, móbil pelo qual o juiz Hermes pede passagem.

F. Atividade urbana por mais de 120 dias em um ano

O art. 11, § 9º, III, da Lei 8.213/91, dispõe sobre a exclusão do trabalhador rural da categoria de segurado especial. Uma das modalidades previstas pelo citado dispositivo

los-Fiscais-no-Brasil-Embrapa.pdf (acesso em 30.03.2020).

49. Disponível em <http://www.diadecampo.com.br/zpublisher/materias/Materia.asp?id=22774&secao=Pacotes> (acesso em 31.03.2020).

para se expurgar o trabalhador do campo da categoria de segurado especial é o fato dele exercer trabalho remunerado por mais de 120 dias, intercalados ou corridos, no ano civil.

O dispositivo acima revela outra incorreção da legislação previdenciária acerca do enquadramento ou não de um trabalhador rural no *status* de segurado especial, acarretando com isso novos conflitos previdenciários e, por consequência, ainda mais judicialização.

Isso em razão do estabelecimento de um prazo (120 dias) sem a imprescindível observância da realidade brasileira, das peculiaridades de cada região desse vasto país. No Nordeste, *verbi gratia*, existem particularidades em relação ao trabalho, à produção e à vida no campo que o difere significativamente das regiões Sudeste e Sul. Naquela região, muitas vezes o campesino se vê compelido a emigrar para outras regiões, especialmente a região Sudeste, para conseguir sobreviver, haja vista que a sobrevivência no campo –em determinados períodos do ano– é quase impossível, devido à seca. O Brasil é um país imenso, com uma grande diversidade geográfica, uma variedade de clima substancial, diferentes tipos de solo, múltiplos índices pluviométricos, além de uma desigualdade econômica e social indigna.

Para que se tenha uma melhor noção do que aqui se adverte, a Bahia [564.733 km²] possui quase o mesmo tamanho da França [643.801 km²]; o Ceará [148.920 km²] é maior do que a Grécia [131.957 km²]; o Maranhão [331.937 km²] possui um território mais extenso do que o da Itália [301.338 km²]; Pernambuco [98.311 km²] tem um total de área que suplanta a de Portugal [92.212 km²], o mesmo ocorrendo com o Piauí [251.577 km²] em relação à Guiné [245.836 km²]. Até Sergipe [21.915 km²], menor estado do Nordeste e do Brasil, possui área superior à de alguns países, dentre eles Israel [20.770 km²]⁵⁰.

Dessarte, por ser um país de enorme extensão territorial, o Brasil goza de diversos regimes de temperatura e precipitação. De leste a oeste, de norte a sul, encontra-se uma grande pluralidade de climas com diversificadas características regionais. No Norte, acha-se um clima equatorial chuvoso, praticamente sem estação seca. No Nordeste, a estação chuvosa, com baixos índices pluviométricos, restringe-se a poucos meses, caracterizando um clima semi-árido. Por sua vez, as Regiões Sudeste e Centro-Oeste são impactadas tanto por sistemas tropicais como de latitudes médias, com estação seca bem delimitada no inverno e estação chuvosa de verão com chuvas convectivas. O Sul, por seu turno, em decorrência de sua localização latitudinal, sofre maior influência dos sistemas de latitudes médias, onde os sistemas frontais são os essenciais provocadores de chuvas no transcorrer ano⁵¹.

Abordando-se particularmente as especificidades do clima nordestino, deve-se salientar que as chuvas escassas –de três a quatro meses ao ano– são decorrentes da própria característica do clima semi-árido, que prevalece no Nordeste. Ademais,

50. Disponível em <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/Urbanidade/noticia/2016/04/mapa-compara-o-tamanho-dos-estados-brasileiros-extensao-de-outros-paises.html> (acesso em 01.04.2020).

51. Disponível em <https://climanalise.cptec.inpe.br/~rclimanl/boletim/cliesp10a/chuesp.html> (acesso em 01.04.2020).

a temperatura do mar –mais baixa em comparação a outras regiões– contribui para a seca. Isso porque, com a baixa evaporação oceânica, existe menos umidade circulando no ar. Além disso, o relevo nordestino, especialmente a Serra da Borborema, com uma extensão de 400 quilômetros, está entre as causas da inóxia de chuvas. A altitude média da Serra da Borborema é de 500 metros, contudo, existem picos que ultrapassam 1200 metros, o que obstaculiza a movimentação de correntes de ar úmidas do oceano para o interior, o que acarreta a ausência de chuvas no Sertão. Como se não bastasse, no chamado Polígono das Secas, uma área de mais de 1 milhão de km², que corta todos os estados do Nordeste, com exceção do Maranhão, não há rios em quantidade suficiente para fornecer umidade para causar chuvas. Além de tudo, a grande maioria deles são sazonais, isto é, secam em determinados períodos do ano⁵².

Como se depreende, elaborar uma legislação nacional sobre a quantidade de dias que um campesino pode se afastar da zona rural –para trabalhar de forma remunerada e, com isso, sobreviver– sob pena de perder a qualidade de segurado especial, sem observar as peculiaridades das regiões que integram este país continental é se desconectar por completo da realidade rural nacional.

Considerando que a chuva no Nordeste dura entre três e quatro meses ao ano, qual seria a opção do trabalhador rural nordestino para sobreviver senão buscar um trabalho urbano em outra região do país, especialmente na região Sudeste, ou na prefeitura do seu município, como ordinariamente ocorre. Negar esse fato é desconhecer a realidade ou, conhecendo-a, não lhe emprestar o valor devido.

O campesino brasileiro e, nesse caso particular, o nordestino, não pode ser compelido a permanecer –por mais que ele quisesse assim proceder– em sua terra natal, em sua casa de taipa ou de adobo no meio da caatinga, rezando para a chuva chegar para não morrer de fome, pois, caso emigre temporariamente para trabalhar, perderá sua condição de segurado especial e, conseqüentemente, a respectiva proteção previdenciária, ficando desamparado no caso de incapacidade temporária, permanente, velhice, bem como em relação aos demais eventos que ocorrem na vida.

Daí decorre a necessidade do pleno reconhecimento do tipo previdenciário rural aberto e da interpretação tópico-problemática, analisando-se, caso a caso, o enquadramento do indivíduo em segurado especial ou não. Não se trata de discricionariedade irrestrita e desmesurável e sim de aplicação da juridicidade no caso concreto, sempre sob a fiscalização da proporcionalidade. Nesse diapasão, não obstante a enorme resistência de alguns tribunais, vem-se admitindo, paulatinamente, a possibilidade de se contemplar os trabalhadores rurais que trabalharam de forma remunerada por mais de 120 dias no ano como segurados especial.

Nesse sentido, o TRF da 4ª Região, ao analisar se o fato de trabalhar por mais de 120 dias de forma remunerada impediria a concessão da aposentadoria rural por idade, deliberou, apropriadamente, que a descontinuidade da atividade de segurado especial,

52. Disponível em <https://www.institutoaguaviva.org.br/2019/02/11/por-que-chove-tao-pouco-no-sertao/> (acesso em 01.04.2020).

em virtude da intercalação com atividade urbana, não ensejaria, *de per se*, o indeferimento do benefício, devendo-se aferir, caso a caso, a situação fática existente⁵³.

Decidiu, ainda, também adequadamente, que o critério estabelecido no art. 11, § 9º, III, da Lei nº 8.213/91 não é absoluto, mas, sim, adicional, que acarreta presunção *juris tantum* em favor do segurado, quando o labor urbano não ultrapassa os 120 dias por ano, mas que, sendo superior a esse período, deve ser ponderado com as circunstâncias do caso concreto⁵⁴.

Deduz-se, pois, que ao se interpretar o mencionado dispositivo como um tipo aberto, à luz do método tópico-problemático, permite-se analisar, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos para o reconhecimento da qualidade de segurado especial, fazendo-se uma interpretação *in dubio pro misero* e não *in dubio adversus misero*, como, infelizmente, determinados tribunais, pelo menos por ora, teimam em realizar.

Com todas as vênias, foi o caso da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.375.300. Entendeu aquele Egrégio Tribunal, incorporando o juiz Júpiter, que, para fins de recebimento de aposentadoria rural, a prática de atividade remunerada que suplante 120 dias por ano é bastante para retirar do trabalhador a qualidade de segurado especial. A decisão tomada pela 1ª Turma do STJ reputa segurado especial o trabalhador que se dedica exclusivamente ao trabalho no campo, permitindo-se trabalhos remunerados urbanos apenas nas épocas do defeso ou de entressafra, por um espaço de tempo não superior a 120 dias intercalados ou corridos, por ano civil⁵⁵.

Essa decisão, desafortunadamente, merece reparos. Primeiro, a previsão de que não obstará o reconhecimento da qualidade de segurado especial o exercício de atividade remunerada em épocas do defeso ou de entressafra (transcrita na decisão do STJ), em período de até 120 dias, foi introduzida no ano de 2008 pela lei nº 11.718, mas essa menção ao período do defeso ou de entressafra sequer permanece no ordenamento jurídico, por força da nova definição trazida pela lei nº 12.873/13, precedida pela medida provisória nº 619/13.

Segundo, no caso em tela, restou demonstrado que o trabalhador pleiteava a aposentadoria rural tendo exercido a função de vigia, no período noturno, por um período de dois anos, mas durante o dia trabalhava no plantio de milho e feijão, conforme a prova testemunhal produzida sob contraditório. Nas instâncias ordinárias, foro competente para a análise de fatos e provas, o TRF da 5ª Região reconheceu o direito à aposentadoria rural considerando, à luz da prova carreada aos autos, que o labor urbano não prejudicaria que fosse anuída a atividade campesina efetivamente exercida durante o dia.

53. Incidente de Uniformização no Juizado Especial Federal 9486220094047053 PR 0000948-62.2009.404.7053 (TRF-4).

54. Incidente de Uniformização no Juizado Especial Federal 9486220094047053 PR 0000948-62.2009.404.7053 (TRF-4).

55. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/685961507/andamento-do-processo-n-1375300-recurso-especial-15-03-2019-do-stj?ref=topic_feed (acesso em 06.04.2020).

Terceiro, não houve comprovação de que a renda obtida com o trabalho noturno na prefeitura era suficiente para o sustento familiar, sendo considerada, pois, um complemento para a sobrevivência da família. Ora, há que se prestigiar a prova testemunhal, produzida com as cautelas legais, por meio de depoimentos coerentes, harmônicos e sem contradita, que demonstram gnose da realidade dos fatos que esteiam o direito buscado e concedido na instância competente para apreciar fatos e provas, reitere-se. Além disso, provas materiais diversas e robustas também foram produzidas, a exemplo da Certidão de casamento do autor, em que consta sua profissão como agricultor, o que empresta ainda mais confiabilidade à prova oral.

Quarto, o INSS detém cadastros (CNIS e PLENUS) onde constam os vínculos urbanos e os respectivos salários, o que poderia ter sido produzido para infirmar a qualidade de segurado especial do autor, comprovando que o valor recebido como vigia seria suficiente para o seu sustento e o de sua família, ônus do qual não logrou se desincubar. Aliás, ressalte-se, a própria lei do Juizados Especiais Federais determina, em seu artigo 11, que a autarquia previdenciária forneça os documentos de que dispõe para a elucidação da causa. Se precisa fornecer em causas mais simples, como as que tramitam nos JEFs, quanto mais as que se processam em varas ordinárias, como o caso em análise⁵⁶.

Infere-se, pois, que o entendimento adotado no Recurso Especial nº 1.375.300, no sentido de que o exercício simultâneo de atividade rural e urbana é bastante para descaracterizar a condição de segurado especial para fins de concessão da aposentadoria por idade rural – sem sequer avaliar o valor salarial da atividade urbana e o seu potencial para propiciar a subsistência do trabalhador e de sua família, como ocorrera no aludido Resp–, desconecta-se, por inteiro, da realidade do campo no Brasil, onde muitas vezes os camponeses se vêm na necessidade de buscar alguma atividade urbana para livrar a sua família da penúria absoluta, da fome e das condições subumanas que ainda persistem nos campos afora deste país, máxime no semi-árido nordestino.

Afortunadamente, decisões inspiradas nos juízes Hércules e Hermes, que levam em consideração o caso concreto e o necessário diálogo entre o Direito e a Sociedade, vêm se repetindo pelo país⁵⁷, inclusive no próprio STJ, e o regime de economia familiar apenas restará descaracterizado se a renda obtida com a atividade urbana for suficiente para a manutenção da família, de modo a tornar dispensável a atividade rural para a sobrevivência da família.

Outrossim, quando, no caso concreto, verificar-se que durante um período de tempo o trabalhador rural se afastou do campo para exercer atividade urbana por um período superior a 120 dias e dela, comprovadamente, conseguiu prover a sua própria subsistência e a de sua família – não sendo mais apenas um complemento de

56. Lei nº 10.259/01, art. 11: art. 11. A entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.

57. STJ, 5ª Turma, REsp nº 587.296/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 13.12.2004; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp nº 691.391/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 13.06.2005; STJ, 6ª Turma, REsp nº 638.611/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU 24.10.2005.

renda- tornando a atividade rural despicienda, ele deixará de ter acesso à aposentadoria por idade rural, mas será agasalhado pela aposentadoria híbrida, benefício conferido àqueles agricultores que migraram, de forma temporária ou definitiva, não raras vezes compelidos pela inópia extrema, para as cidades, em busca de uma vida minimamente digna para si e para os seus familiares.

Na aposentadoria híbrida, acresce-se 5 (cinco) anos na idade mínima de aposentadoria, respeitando-se o prazo de carência de 180 meses, porém, ao menos, não se lança à sorte aqueles que dedicaram boa parte de suas vidas ao labor rural, enfrentando a pobreza e as mazelas do campo desde a aurora até o crepúsculo de um dia de sol escaldante, e que tiveram que abandonar a sua terra natal para tentar a vida na cidade grande.

Dessa forma, a interpretação mais consentânea com as realidades geográfica, climática, pluviométrica, social e econômica nacionais é no sentido de considerar que, tendo o rurícola trabalhado por menos de 120 dias em zona urbana presume-se, relativamente, que se poderá enquadrá-lo como segurado especial, cabendo ao INSS o ônus de comprovar que os demais requisitos não foram atendidos e que, consequentemente, a qualidade de segurado especial não se concretizou naquele caso concreto.

Por outro lado, caso o trabalhador rural tenha trabalhado por mais de 120 dias de forma remunerada em zona urbana, ele atrai para si o ônus da prova, devendo comprovar, no caso concreto, que se enquadra na categoria de segurado especial, devido às particularidades do seu cenário.

III. CONCLUSÃO

Como se observa, o sistema jurídico como um todo e o Direito Previdenciário, em especial, é complexo e plural, primordialmente quando se trata de trabalhador rural, tendo em vista as enormes diferenças geográficas, econômicas e sociais que se apresentam, desde sempre, neste país continental.

Nessa toada, inspirado no juiz Hermes, o Direito Previdenciário e a Sociedade devem manter uma relação dialógica, capturando da realidade as descrições medulares para a elaboração da norma e reconhecendo que a noção pura e estática do Direito Previdenciário não dá conta dos desafios da contemporaneidade.

Diante desse cenário, o tipo previdenciário aberto, concatenado à realidade dos fatos, cumpre a tarefa de auxiliar tanto o legislador, ao delinear as situações previstas em lei, quanto o intérprete, ao aplicá-las, reconhecendo-se que está nos compromissos da aplicação do Direito Previdenciário elementos de criação limitados pelos paradigmas constitucionais⁵⁸.

O ordenamento jurídico vem, pouco a pouco, afastando-se do modelo verticalizado e se aproximando do modelo em que a interdisciplinaridade é vetora de harmo-

58. Abraham, M.: "A segurança jurídica e os princípios da legalidade e da tipicidade aberta", *op. cit.*

nização do sistema. Nesse contexto, as experiências colhidas no dia a dia do Direito Previdenciário –seja no âmbito judicial ou administrativo– devem ser utilizadas como importantes instrumentos de atualização das normas previdenciárias, tanto no campo legislativo quanto no plano interpretativo.

Como aqui se demonstra, as concepções que brotam da leitura de um texto legal nem sempre condizem com aquilo que o legislador do Direito Previdenciário buscou descrever no texto legal⁵⁹, móbil pelo qual em determinadas situações é adequado pedir vênia ao juiz Júpiter para que os juízes Hércules e Hermes oxigenem o ordenamento jurídico –problematizando o caso concreto, para encontrar a resposta a ele mais adequada, e dialogando com os demais setores da sociedade– especialmente por se tratar de um país continental, onde vários dos seus estados possuem áreas superiores à de inúmeros países e onde um único município tem a dimensão de quase dois países (Altamira-PA x Portugal).

O que aqui se propõe não é a discricionariedade volitiva e sem limites, que colocaria em cheque a própria juridicidade previdenciária. Ao contrário, o que se quer é reforçar o comando legal por intermédio do intérprete, que atualizará os requisitos legais para o enquadramento ou não do camponês na qualidade de segurado especial no caso concreto e, com isso, os robustecerão, além de evitar a sua senilidade.

O grande paradigma do tipo previdenciário rural aberto, aliado à tópica jurídica, é rescindir com o pensamento jupiteriano de que existiria uma solução pré-concebida para todo e qualquer problema jurídico, competindo ao intérprete um papel de coadjuvante, de uma mera “boca da lei”, de um aplicador mecânico do texto formulado pelo legislador, cuja função no passado era de absoluto protagonismo.

Uma tríade formada pelo método tópico-problemático, pelo tipo previdenciário rural aberto e pela juridicidade, impede que a vontade do legislador seja considerada uma verdade absoluta e que o juiz Júpiter reine soberano, pois se começa a perceber que as questões previdenciárias surgiam sem que para elas houvesse uma resposta apropriada.

O intérprete das demandas previdenciárias não deve se limitar à literalidade do texto da lei ou à vontade de quem a criou, mormente nos *hard cases*, mas ao arcabouço jurídico em seu conjunto, como uma unidade, superando-se a “cultura do código” e problematizando-se o caso concreto para se conceder a máxima eficácia à Carta Política e proporcionar a exequibilidade indispensável e efetiva aos direitos fundamentais.

Os requisitos para o enquadramento dos trabalhadores rurais na qualidade de segurados especiais devem ser interpretados e aplicados como um todo do qual a lei é uma parte. A juridicidade, como princípio balizador do tipo aberto no âmbito previdenciário, deve ser compreendida como uma ideia de respeito e preocupação para com todo o sistema jurídico do país, o qual é baseado em normas, princípios e

59. Carvalho, P. B.: “O Absurdo da Interpretação Econômica do “Fato Gerador” – Direito e sua Autonomia – o Paradoxo da Interdisciplinariedade”, *op. cit.*

valores, axiologicamente e teleologicamente hierarquizados, considerando-se permanentemente a observância absoluta aos direitos humanos.

Dessarte, já que o legislador não conseguiu delimitar de forma exauriente todos os requisitos para a configuração do segurado especial –posto que isso seria mesmo impossível em um país tão heterogêneo geográfica, econômica e socialmente– caberá ao intérprete desnudar-se da toga do juiz Júpiter e vestir-se com a toga dos juízes Hermes e Hércules, assumindo o protagonismo que lhe é inerente na época pós-positivista, deixando de ser a mera boca da lei para observar –ao analisar o tipo aberto que trata dos segurados especiais– o método tópico-problemático e aplicar uns *topois* fundamentais em relação aos seus direitos previdenciários, quais sejam, o princípio da juridicidade, da igualdade material, da razoabilidade, da proporcionalidade, do *in dubio pro misero* e jamais *adversus misero*.

Bibliografía

- Abraham, M.: "A segurança jurídica e os princípios da legalidade e da tipicidade aberta", en Ribeiro, R. L. y Rocha, S. A. (coords.): *Legalidade e tipicidade no direito tributário*, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008.
- Berwanger, J. L. W.: *Segurado Especial: o conceito jurídico além da sobrevivência individual*, Juruá Editora, Curitiba, 2013.
- Bragança, K. H.: *Manual de Direito Previdenciário*, Forense, Rio de Janeiro, 2012.
- Carvalho, P. B.: "O Absurdo da Interpretação Econômica do "Fato Gerador" – Direito e sua Autonomia – o Paradoxo da Interdisciplinabilidade", *Revista de Direito Tributário*, núm 97, 2007.
- Dworkin, R.: *O Império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- Kelsen, H.: *Teoria pura do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- Kertzman, I.: *Curso prático de Direito Previdenciário*, Juspodivm, Salvador, 2020.
- Lazzari, J. y Castro, C. A.: *Manual de Direito Previdenciário*, Forense, Rio de Janeiro, 2017.
- Locatelli, L.; Fensterseifer, D. P.; Riboli, C.: *Direito Previdenciário Contemporâneo*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2016.
- Martins, S. P.: *Direito da Seguridade Social*, Editora Atlas, São Paulo, 2013.
- Musse, J. S. y Morello, E. J.: *Previdência social rural: potencialidades e desafios*, Contag, Brasília DF, 2016.
- Picarelli, E. T.: *Trabalhador Rural: Considerações sobre as Alterações Promovidas pela Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008*, disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_ETP_Trabalhador_Rural_Consideracoes_Lei_11718.pdf.
- Ost, F.: "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 4, núm. 8, 2007.
- Rocha, D. M. y Savaris, J. A.: *Curso de direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário*, Alteridade, Editora Curitiba, 2014.
- Silva, J. A.: "Constituição e segurança jurídica", en Rocha, C. L. A. (coord.): *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005.
- Valadares, A. A. y Galiza, M. (orgs.): *Previdência rural: contextualizando o debate em torno do financiamento e das regras de acesso*, Ipea, Brasília DF, 2016.
- Vargas, D.: "A degradação constitucional brasileira", en Bolonha, C. y Corrêa, F. (coords.): *30 anos da Constituição de 1988: uma jornada inacabada*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2018.



A previdência social rural sob check-up: uma análise crítica dos dados encontrados e soluções para a sua desjudicialização

RURAL SOCIAL SECURITY UNDER CHECK-UP: A CRITICAL ANALYSIS OF THE DATA FOUND AND SOLUTIONS FOR ITS DISJUDICIALISATION

Dariel Santana Filho

Procurador Federal e professor

Associação Educacional Unyahna, Salvador (Brasil)

dariel_ok@yahoo.com.br  0000-0001-9980-6650

Marcelo Borsio

Professor Titular de Direito da Seguridade Social e Previdenciário

Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília DF (Brasil)

marceloborsio@yahoo.com.br  0000-0002-3126-395X

Jefferson Guedes

Professor de Direito Processual Civil

Centro Universitário de Brasília (Brasil)

professor.carusguedes@gmail.com  0000-0002-0433-4687

Recibido: 24.11.2020 | Aceptado: 13.12.2020

RESUMEN

O presente trabalho tem como propósito destampar os números da previdência social rural, com o fito de analisá-los criticamente, e apontar caminhos para possibilitar a sua desjudicialização. Para tanto, como metodologia, pesquisou-se a jurisprudência dos tribunais superiores, utilizou-se a pesquisa bibliográfica exploratória e as análises quantitativa e qualitativa. Descobriu-se, *verbi gratia*, que a quantidade de benefícios previdenciários rurais pagos pelo INSS, em 2015, foi 50% maior do que a população residente na zona rural, algo enigmático e que reivindicou investigação. Com o fito de melhor se compreender todo esse complexo arcabouço da previdência social brasileira – mormente o relacionado à zona rural – serão exibidos nessa disquisição os números alusivos aos benefícios previdenciários dirigidos às clientelas urbana e rural, a quantidade de benefícios urbanos e rurais por região do país, quais espécies de benefícios são concedidos em maior volume, o grau de judicialização das demandas previdenciárias por espécie de benefícios e a importância da previdência rural para as economias municipais, dentre outros dados não menos relevantes. Por fim, após uma análise crítica dos dados denotados, serão apontados alguns caminhos para se compreender melhor o que vem acontecendo com a previdência rural brasileira e quais as soluções mais adequadas a serem implementadas para corrigir as distorções encontradas.

PALABRAS CLAVE

Previdência social
Trabalhador rural
Segurado especial
Direito previdenciário
Judicialização

ABSTRACT

The purpose of this paper is to uncover the numbers of rural social security, with the aim of critically analyzing them, and to point out ways to enable their judicialization. For this purpose, as a methodology, the jurisprudence of the higher courts was researched, exploratory bibliographic research and quantitative and qualitative analyzes were used. It was discovered, *verbi gratia*, that the amount of rural social security benefits paid by the INSS, in 2015, was 50% higher than the population residing in the rural area, something enigmatic and that demanded investigation. In order to better understand this complex Brazilian social security framework –especially the one related to the rural area– the numbers referring to social security benefits aimed at urban and rural clients, the amount of urban and rural benefits per region will be displayed in this disquisition. country, which types of benefits are granted in greater volume, the degree of judicialization of social security claims by type of benefits and the importance of rural social security for municipal economies, among other no less relevant data. Finally, after a critical analysis of the denoted data, some ways will be pointed out to better understand what has been happening with the Brazilian rural welfare and what are the most appropriate solutions to be implemented to correct the distortions found.

KEYWORDS

Social Security
Rural worker
Special insured
Social security law
Judicialization

SUMÁRIO

- I. INTRODUÇÃO
 - II. UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS NÚMEROS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL RURAL
 - A. Benefícios previdenciários/assistenciais por clientela
 - B. Benefícios previdenciários por gênero
 - C. Benefícios previdenciários rurais por espécie
 - D. Benefícios previdenciários por região
 - III. DO ELEVADO NÍVEL DE JUDICIALIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS RURAIS
 - IV. MECANISMOS PARA MITIGAR O ELEVADO GRAU DE JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS
 - V. CONCLUSÃO
- Bibliografía

I. INTRODUÇÃO

O sempre controverso déficit previdenciário é assunto presente no cenário brasileiro há muito tempo. De acordo com as informações da Secretaria da Previdência Social¹, a previdência social totalizou, no ano de 2017, um déficit previdenciário no montante de R\$ 182,4 bilhões, tendo o déficit rural de R\$ 110,7 bilhões representado aproximadamente 61% do déficit total –urbano mais rural– anunciado.

Em dezembro de 2019, existiam 30.865.783 benefícios previdenciários ativos no Brasil, sendo 21.306.018 titularizados pela clientela urbana e 9.559.765 pela clientela rural, ou seja, 30,97% dos benefícios ativos no Brasil são rurais. Apenas no mês de

1. Brasil, Ministério da Previdência Social, Secretaria da Previdência Social: *Resultados do Regime Geral de Previdência Social*, MPS, Brasília, 2018, disponível em <https://goo.gl/MM8CCU> (acesso 12.03.2020).

dezembro de 2019, isto é, em apenas um mês, foram direcionados para o pagamento desses benefícios R\$ 32.520.193.835,00 para a clientela urbana e R\$ 8.569.266.395,00 (20,86% do total) para a clientela rural, o que demonstra a dimensão e a importância da pesquisa ora apresentada social e economicamente².

Em 2015, a população residente rural acima de 55 anos era de 6,2 milhões. Contudo, o número emitido de benefícios rurais ficou em torno de 9,3 milhões. Esse quadro mostra que a quantidade de segurados da previdência rural foi 50% maior do que a população com mais de 55 anos que se declara rural, algo, no mínimo, intrigante, e que merece ser analisado mais profundamente³.

É bem verdade, registre-se, que nem todos os benefícios rurais são direcionados a tal clientela (os maiores de 55 anos), pois existem outros benefícios –a exemplo da pensão por morte, do auxílio-doença, do salário-maternidade e da aposentadoria por invalidez– que podem ser concedidos a um público rural com idade inferior àquela, todavia, são números expressivos e que reivindicam a investigação aqui realizada.

Os dados coletados nesta pesquisa sugerem que algo de estranho vem ocorrendo na previdência social rural brasileira, com intenso quadro de judicialização, e, neste trabalho, serão apontados alguns caminhos para se compreender melhor o que vem acontecendo e quais as soluções mais adequadas a serem implementadas.

O modelo previdenciário que antecedeu a Carta Política de 1988 possivelmente tenha sido o principal agente excludente das trabalhadoras rurais, além da discriminação histórico-cultural do trabalho feminino no país⁴. Todavia, a partir dela, houve uma verdadeira transformação no que diz respeito aos direitos das mulheres que laboram pelos campos brasileiros⁵, passando as camponesas a ter participação ativa na titularidade dos benefícios rurais⁶.

No ano de 2017, *verbi gratia*, 56,97% dos benefícios foram deferidos a pessoas do sexo feminino, sendo que na região urbana esta presença foi de 54,96%. No âmbito do campo, a diferença em favor das mulheres foi ainda maior do que no cenário urbano (65,90%), quer dizer, as trabalhadoras da zona rural tiveram quase o dobro de concessões comparativamente aos homens (34,10%) naquele ano⁷.

No que concerne às espécies de benefícios mais concedidas pela previdência social rural, em 2017, com 6.409.049 de benefícios ativos, a aposentadoria por idade rural foi o benefício mais presente no meio rural, sendo seguida de pensão por morte (2.366.215), aposentadoria por invalidez (462.761), auxílio-doença (174.947), auxílio-acidente (16.846) e salário maternidade (8.289)⁸.

2. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

3. Brasil, Ministério da Fazenda: *Anuário Estatístico da Previdência Social*, Secretaria Previdência Social, Brasília, 2015. Disponível em <https://goo.gl/uUnpGC> (acesso em 13.03.2020).

4. Médici, A. C.; Beltrão, K. I.; Oliveira, F. E. B.: *Mulher e previdência social*, IBGE/ENCE, Rio de Janeiro, 1994 (Série Relatórios Técnicos).

5. Macalóz, S. M. P.; Melo, H. P.: *A reforma da previdência e a condição feminina*, AJUFE, São Paulo, 1997, p. 112.

6. Melo, H. P.: *O trabalho feminino no mundo rural*, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2000, p. 84 (Texto para Discussão, 140/00).

7. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

8. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

Considerando, portanto, que as aposentadorias por idade na zona rural ativas responderam, em 2017, a mais de dois terços (2/3) dos benefícios rurais, qualquer alteração na idade mínima para a aposentadoria dos homens e mulheres do campo, como recentemente tentado na reforma da previdência aprovada em 2019 (Emenda Constitucional nº 103/2019), acarretará um enorme impacto negativo na renda das famílias camponesas, na economia dos municípios, no crescimento do PIB, no combate à pobreza, dentre outros tantos efeitos malévolos que aqui serão apontados.

Para que se tenha uma percepção mais clara da importância da previdência rural, mormente para as populações do Norte e Nordeste do Brasil, os benefícios rurais, em 2017, ficaram assim repartidos: nordeste (49,1%); sudeste (19,3%); norte (9,1%); sul (16,2%) e centro-Oeste (6,2%). Assim, embora a região Sudeste possua uma população muito superior a do Nordeste (quase o dobro), este conseguiu se colocar, naquele ano, na primeira colocação quando se trata de benefícios rurais ativos, titularizando mais do dobro em relação ao segundo colocado (Sudeste)⁹.

No que diz respeito à importância dos recursos transferidos pelo INSS, por meio de benefícios previdenciários/assistenciais, para os municípios, no ano de 2017, o valor dos benefícios foi maior do que o montante arrecadado por outras receitas em 87,9% dos municípios, o que equivale a 4.896 municípios em todo o país. Em 2010, essa proporção havia sido de 82,4%¹⁰.

O Nordeste foi a região que apresentou a maior quantidade de municípios cujo montante transferido por meio de benefícios foi superior ao valor arrecadado, com 90,9%, o que representa 1.631 municípios nordestinos¹¹, ou seja, atacar a previdência social, suprimindo ou reduzindo direitos, é ferir de morte a economia dos municípios brasileiros, especialmente –mas não somente– os localizados nessa região e, por consequência, a sua população.

Dessarte, além de ser uma ferramenta de fulcral relevância para a manutenção dos brasileiros no campo, investir na previdência social rural é desencorajar o êxodo rural, máxime para as grandes cidades, onde indubitavelmente inchariam as comunidades e ajudariam a elevar o caos pelo qual passa hoje as grandes cidades do país, com violência e miséria social por todos os lados.

De mais a mais, a previdência rural eleva substancialmente o bem-estar do segurado, pois propicia o acesso a bens duráveis: fogão, geladeira, ventilador, televisão; semi-duráveis: calçados, roupas; e não duráveis: óleo, açúcar, café, inatingíveis sem o dinheiro advindo dos benefícios previdenciários.

A aposentadoria por idade rural, *exempli gratia*, possibilita ao trabalhador rural idoso ter um papel importante na composição da renda familiar, participando ativamente do sustento da família, ajudando na criação dos netos, além de possibilitar a ele cuidar da sua própria saúde, com a aquisição dos medicamentos que necessita para enfrentar as doenças comuns à senilidade.

9. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

10. França, Á. S.: *A Previdência Social e a economia dos municípios*, ANFIP, Brasília, 2019, pp. 17-30.

11. *Ibid.*

Uma outra vertente dos números aqui exibidos está ligada ao combate à fraude, intensificado a partir de 2019. As operações antifraudes previdenciárias se multiplicam pelo Brasil, com a operação Tartufo, no Pará, para combater pensões por morte obtidas com o uso de documentos falsos; com a Operação Marechal, deflagrada em Alagoas, que prendeu integrantes de uma organização criminosa especializada em fraudar benefícios previdenciários e assistenciais, dentre muitas outras apontadas no decorrer desta pesquisa¹².

Para se ter uma ideia da importância que ganhou o combate às fraudes previdenciárias a partir de 2019, foram realizadas 45 operações e o resultado obtido é 107,1% maior em relação a 2018. As operações da Força-Tarefa Previdenciária propiciaram, em 2019, uma economia de R\$ 961 milhões aos cofres da previdência social, sendo esse resultado mais do dobro do obtido em 2018, quando foi registrado o valor de R\$ 464 milhões¹³.

A política pública previdenciária de combate à fraude é elogiável e merece todos os aplausos, pois, além de coibir crimes praticados contra o INSS e evitar pagamentos indevidos, ajuda a melhorar as contas da previdência social, direcionando-se os recursos existentes para quem realmente necessita e faz jus.

No que pertine à frequência do tema previdenciário nas demandas judiciais no Brasil, dos cinco assuntos mais presentes na Justiça Federal de 2º grau em 2017 todos estão relacionados ao direito previdenciário¹⁴: 1º auxílio-doença (129.913 - 1,37%); 2º pedidos genéricos relativos a benefícios em espécie (70.128 - 0,74%); 3º aposentadoria por invalidez (69.909 - 0,74%); 4º aposentadoria por tempo de contribuição (62.819 - 0,66%); 5º aposentadoria por idade (56.317 - 0,59%).

Em 2018, o impacto das demandas previdenciárias na judicialização suportada pela Justiça Federal de 2º Grau foi ainda maior, com um acréscimo de mais 22.957 processos relacionados ao auxílio-doença (aumento de 17,67% em relação a 2017), de mais 5.217 processos referentes à aposentadoria por invalidez (acréscimo de 7,46% em comparação com 2017), de mais 7.747 processos atinentes à aposentadoria por idade (incremento de 13,75% comparativamente a 2017).

Infere-se, pois, que o benefício de auxílio-doença (17,67%) foi o que mais aumentou em relação à quantidade de demandas na Justiça Federal de 2º Grau, sendo seguido pelos benefícios de aposentadoria por idade (13,75%) e por invalidez (7,46%), respectivamente, nessa elevação de processos que chegaram a essa Casa Revisional. Como se retratará aqui, as Turmas Recursais Federais e os Juizados Especiais Federais seguiram no mesmo caminho, com os temas previdenciários dominando amplamente as ações judiciais ali demandadas.

A transcendente litigiosidade das matérias previdenciárias –representando 48% das novas demandas submetidas à Justiça Federal¹⁵– além da reconhecida complexidade

12. Disponível em <http://www.previdencia.gov.br/noticias/categoria/combate-as-fraudes/> (acesso em 20.03.2020).

13. Disponível em <http://www.previdencia.gov.br/noticias/categoria/combate-as-fraudes/> (acesso em 20.03.2020).

14. Conselho Nacional de Justiça.: *Relatório Justiça em Números 2018*, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf> (acesso em 16.03.2020).

15. Conselho Nacional de Justiça, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/3e4bc8c-071d1c8851b140ed30e4c97ef.pdf> (acesso em 16.03.2020).

nas relações entre segurado e INSS, acarretam um exercício jurisdicional do Estado nem sempre efetivo, obstando –não raras vezes– a entrega do bem jurídico buscado em juízo ao seu titular enquanto há vida.

Somente no ano de 2017 ingressaram 29,1 milhões de novos processos no Poder Judiciário e, como se constatará, a previdência social é parte significativa neste cenário. Desafortunadamente, no ano seguinte, em 2018, a judicialização das demandas previdenciárias foi ainda maior, atopetando-se o Poder Judiciário de conflitos que poderiam ser resolvidos pela própria autarquia previdenciária (INSS), aplicando-se a juridicidade, o método tópico-problemático de interpretação, acolhendo-se a realidade do tipo previdenciário rural aberto para o enquadramento do segurado especial e adotando-se formas alternativas de resolução de conflitos com fulcro no novo Código de Processo Civil (CPC/2015).

Com o fito de melhor se compreender todo esse complexo arcabouço da previdência social brasileira –mormente o relacionado à zona rural– também serão apresentados nessa disquisição os números alusivos aos benefícios previdenciários dirigidos às clientelas urbana e rural, a quantidade de benefícios por região do país, quais espécies de benefícios são concedidos em maior volume, o número de cessações, inclusive após a positiva política de combate às fraudes implementadas no ano de 2019, o grau de judicialização das demandas previdenciárias por espécie de benefícios e a importância da previdência rural para as economias municipais, dentre outros dados não menos relevantes.

II. UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS NÚMEROS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL RURAL

Para se compreender melhor o cenário da previdência social rural no Brasil, a partir desse momento serão analisados alguns dados relativos aos benefícios previdenciários concedidos por espécie, por gênero e por região; os graus de judicialização; a quantidade e as causas das cessações dos benefícios previdenciários por todo o país, com foco especial na política antifraude adotada a partir de 2019.

Em 2017, a população residente no Brasil era de 207.087.567 de pessoas, sendo 177.637.260 residentes na zona urbana e 29.450.307 na zona rural. A população economicamente ativa naquele ano perfazia 104.565.968 de habitantes, estando 91.449.227 ocupados e 13.116.741 desocupados¹⁶.

Percebe-se, desde logo, o elevado nível de desempregados no país, quadro agravado pela informalidade que se alastra no mercado de trabalho brasileiro, trazendo sérias consequências para os cofres da previdência social, pois quem se situa no mercado informal, em regra, não contribui.

Em 2019, houve um incremento nos postos de trabalho, saindo de um contexto de 91.449.227 cidadãos ocupados em 2017 para 93,6 milhões em 2019, e obteve-se

16. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 16.03.2020).

uma redução da taxa de desemprego, caindo de cerca de 13% em 2017 para 11,8% no trimestre finalizado em agosto de 2019. Contudo, tais avanços nesses indicadores têm sido alavancados pelo crescimento da informalidade no mercado de trabalho, o que não é bom para os cidadãos, pois ficam sem a cobertura previdenciária ao não contribuírem, e tampouco para o caixa da previdência social, em virtude da redução nas contribuições¹⁷.

Conforme dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Contínua (Pnad-C)¹⁸, divulgada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), os que trabalharam na informalidade, em 2019, alcançaram a marca recorde de 41,4% de toda a população ocupada no país, sendo esse o maior nível desde que o indicador passou a ser aferido em 2016.

Para se ter uma noção mais clara da situação, dos 684 mil novos postos de trabalho criados no trimestre que se encerrou em agosto de 2019, 87,1% foram postos de trabalho informais, isto é, trabalhos sem carteira assinada, por conta própria (vendedores ambulantes, feirantes, lavadores de carros, camelôs, etc.) e aqueles sem remuneração (ajudando em um negócio familiar sem receber salário, etc.)¹⁹.

De acordo com os dados do IBGE, os trabalhadores sem registro em carteira chegaram a 11,8 milhões de pessoas em agosto de 2019 e aqueles que trabalharam por conta própria totalizaram 24,3 milhões, sendo os maiores índices obtidos pelos aludidos indicadores desde o início da série histórica da Pnad-C, inaugurada há 8 anos, em 2012²⁰.

Consoante afirma o IBGE, existe uma dinâmica de queda da quantidade de trabalhadores que contribuem para a previdência social desde o início de 2019. No trimestre finalizado em agosto daquele ano, foi de 62,4% o percentual de trabalhadores que contribuíram para o INSS²¹, ou seja, de cada 10 postos de trabalho ativos apenas 6 contribuem.

Só para se ter uma ideia, em 2017 eram 6.207.974 de trabalhadores domésticos no Brasil, porém somente 1.869.172, menos de um terço, tinham as suas Carteiras de Trabalho assinadas, enquanto 4.338.802 trabalhavam como empregados domésticos sem registro, sem carteira assinada, sem contribuição previdenciária, o que, como já salientado, acarreta impactos negativos nas contas da previdência social²².

Esse quadro de informalidade traz sérias repercussões para previdência social rural, pois, além da ausência de contribuições, o que acentua o problema do tão

17. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-09/informalidade-no-mercado-de-trabalho-atinge-recorde-diz-ibge> (acesso em 16.03.2020).

18. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-09/informalidade-no-mercado-de-trabalho-atinge-recorde-diz-ibge> (acesso em 16.03.2020).

19. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-09/informalidade-no-mercado-de-trabalho-atinge-recorde-diz-ibge> (acesso em 16.03.2020).

20. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-09/informalidade-no-mercado-de-trabalho-atinge-recorde-diz-ibge> (acesso em 16.03.2020).

21. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-09/informalidade-no-mercado-de-trabalho-atinge-recorde-diz-ibge> (acesso em 16.03.2020).

22. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 16.03.2020).

anunciado déficit da previdência, tais trabalhadores, na informalidade, ficam sem registros no CNIS e, quando chegam na idade de 55 anos (as mulheres) e de 60 anos (os homens), não raras vezes buscam se aposentar –porquanto recebem terras de herança ou compram essas terras com o dinheiro obtido no trabalho informal– como se trabalhadores rurais fossem, utilizando o documento dessas terras para obter o benefício, conforme verificado em pesquisa empírica, o que também agrava o déficit, além de colocar o sistema previdenciário nacional de cabeça para baixo.

A. Benefícios previdenciários/assistenciais por clientela

Não obstante as regras para obtenção do benefício rural possuam caráter universal, o programa termina beneficiando, ainda que não intencionalmente, a população mais pobre. Dessa maneira, a previdência rural torna-se um programa barato e eficiente no combate à pobreza, levando-se em conta seu tamanho e os riscos sociais que suporta²³.

Em 2017, a Previdência Social implementou cerca de 5,0 milhões de benefícios, sendo 89,06% previdenciários, 6,52% assistenciais e 4,42% acidentários. Os benefícios concedidos aos segurados urbanos totalizaram 82,16% e os concedidos aos segurados rurais chegaram a 17,84% do total. Os benefícios mais concedidos no geral foram: 1) auxílio-doença (39,8%,); 2) aposentadoria por idade (14,39%); 3) salário-maternidade (12,63%)²⁴.

No mesmo ano, 99,01% dos benefícios deferidos aos segurados rurais tinham valor de até um piso previdenciário, enquanto que os benefícios dos segurados urbanos dessa faixa (até um piso previdenciário) representaram 43,86% do total. O valor médio dos benefícios urbanos, em 2017, foi 55,87% superior ao dos benefícios rurais, ficando, respectivamente, em R\$ 1.463,48 e R\$ 938,94. A espécie de benefício que obteve o maior valor médio (R\$ 2.326,58) foi a aposentadoria por tempo de contribuição²⁵.

Em relação ao número de benefícios previdenciários concedidos por clientela entre o período de 2006 a 2019 tem-se notado um pequeno, mas contínuo, aumento do benefícios dirigidos à clientela urbana e uma diminuição significativa (mais de 20% em 14 anos) dos benefícios destinados à clientela rural.

Em 2006, foram concedidos 3.221.479 benefícios à clientela urbana e 1.017.337 à rural. Em 2014, 4.214.863 foram destinados à clientela urbana e 996.167 à rural. Em 2018, os urbanos tiveram 4.268.557 concessões e os trabalhadores rurais 855.220. Em 2019, 4.414.384 foram deferidos aos trabalhadores da zona urbana e 775.855 aos da zona rural²⁶.

23. Schwarzer, H.: *Impactos socioeconômicos do sistema de aposentadorias rurais no Brasil: evidências empíricas de um estudo de caso no estado do Pará*, IPEA, Brasília, 2000 (Texto para Discussão, n. 729).

24. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02-2020).

25. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

26. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

Em uma perspectiva mais crítica, ao se analisar a Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios (PNAD) dos anos de 1992, 2002 e 2018, observa-se que os benefícios não contributivos²⁷, dentre os quais se enquadram os benefícios previdenciários/assistenciais pagos para a população idosa rural, diminuíram a pobreza na população do campo, verificando-se que o percentual de famílias com renda familiar *per capita* inferior à linha de pobreza sofreu uma redução nos períodos analisados²⁸, sendo considerada inserida em tal linha uma pessoa com renda domiciliar *per capita* menor do que meio salário mínimo²⁹.

Conforme afirmam Delgado e Cardoso Júnior³⁰, em pesquisa empírica feita nas regiões Sul e Nordeste, em 1998, notou-se que o benefício previdenciário teve um peso substancial na formação da renda dos domicílios rurais mês a mês. Na região Sul, essa receita oriunda da previdência social, foi responsável por 41,5%, em média, da totalidade da renda domiciliar, sendo que na região Nordeste esse valor chegou a 70,8%, o que demonstra a vital importância dos benefícios rurais, máxime para os nordestinos.

Na mesma toada, Valadares e Galiza, interpretando dados da PNAD, notaram que, em 1993, o benefício previdenciário rural correspondia a, no mínimo, 50% da renda familiar total para 61,85% das famílias que tinham entre suas rendas esse benefício. Além disso, a proporção de famílias que ostentava essa condição aumentou para 62,94%, em 2004, e para 70,68%, em 2014. Ademais, também foram percebidos impactos positivos em outras vertentes, tais como a melhoria nas habitações, a elevação da taxa de escolarização das crianças e a diminuição do trabalho na infância³¹.

Segundo esses autores, outro papel que os benefícios da previdência rural exercem, além do seguro social, é o de possibilitar a produção agrícola familiar e agir como uma espécie de seguro agrícola. Na região Sul, o benefício previdenciário era empregado para manter e custear as atividades rurais em 45% dos domicílios, sendo essa proporção de 37% na região Nordeste. Ainda segundo os dados colhidos por Valadares e Galiza, em torno de 52% dos aposentados rurais homens da região Sul, e cerca de 45% dos aposentados rurais do sexo masculino da região Nordeste, maiores de 60 anos, permaneciam ativos, apesar de formalmente aposentados. Para as mulheres do campo acima de 55 anos que permaneciam na ativa, mesmo formalmente aposentadas, os percentuais coletados foram de 26%, na região Sul, e de 23%, na região Nordeste³².

27. Disponível em https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/81c9b2749a7b8e5b-67f9a7361f839a3d.pdf (acesso em 21.03.2020).

28. Beltrão, K. I.; Camarano, A. A.; Mello, J. L. E.: *Mudanças nas condições de vida dos idosos rurais brasileiros: resultados não-esperados dos avanços da seguridade rural*, IPEA, Rio de Janeiro, 2005 (Texto para Discussão, n. 1066).

29. Delgado, G. C. y Cardoso Júnior, J. C.: "O idoso e a previdência rural no Brasil: a experiência recente da universalização", em Camarano, A. A. (ed.): *Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60?*, IPEA, Rio de Janeiro, 2004.

30. *Ibid.*

31. Valadares, A. A. y Galiza, M.: *Previdência Rural: contextualizando o debate em torno do financiamento e das regras de acesso*, IPEA, Brasília, 2016 (Nota Técnica, n. 25).

32. Delgado, G. C. y Cardoso Júnior, J. C.: "O idoso e a previdência rural no Brasil: a experiência recente da universalização", *op. cit.*

A redistribuição de renda e a dinamização das economias locais é outro importante impacto socioeconômico ocasionado pelos benefícios previdenciários rurais³³. Essa redistribuição de renda decorre do cenário do sistema previdenciário, que tem o condão de colocar quem financia o sistema em uma região e quem recebe os benefícios previdenciários em outra, além da própria heterogeneidade regional brasileira³⁴.

Do ponto de vista municipal, a previdência rural pode ser compreendida como um instrumento parafiscal de transferência de renda, que atuaria paralelamente com outros sistemas tradicionais de transferência de renda, a exemplo do FPM (Fundo de Participação de Municípios), que reparte entre os municípios uma parcela da receita da União³⁵.

Em pesquisa realizada no Pará, Schwarzer identificou que, em aproximadamente 40% dos 103 municípios analisados, os recursos pagos pela previdência rural representavam um montante superior ao recebido com transferências tributárias estaduais e federais, feitas via cota-parte do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) e do FPM (Fundo de Participação dos Municípios)³⁶.

B. Benefícios previdenciários por gênero

O sistema previdenciário que precedeu a Carta Política de 1988 possivelmente tenha sido o principal agente de exclusão das trabalhadoras rurais, além da discriminação histórico-cultural do trabalho feminino no país³⁷. Contudo, a partir dela, houve uma verdadeira metamorfose no que se refere aos direitos das mulheres que laboram pelos campos brasileiros³⁸, passando as camponesas a ter participação de destaque na titularidade dos benefícios rurais³⁹.

No ano de 2017, 56,97% dos benefícios foram deferidos a pessoas do sexo feminino, sendo que na região urbana esta presença foi de 54,96%. No âmbito do campo, a diferença em favor das mulheres foi ainda maior do que no cenário urbano (65,90%), quer dizer, as trabalhadoras da zona rural tiveram quase o dobro de concessões comparativamente aos homens (34,10%) naquele ano⁴⁰.

Foram as camponesas que também lideraram, em 2015, a quantidade de benefícios rurais concedidos naquele ano, com 526.064 implantações contra 272.210 para os homens. Em 2016, o cenário se repetiu, com a concessão de 307.456 benefícios rurais para os homens e de 579.841 para as mulheres. No mesmo sentido, em 2017, as mulheres também dominaram amplamente o número de concessões de benefícios

33. Valadares, A. A. y Galiza, M.: *Previdência Rural: contextualizando o debate em torno do financiamento e das regras de acesso*, op. cit.

34. Schwarzer, H.: *Impactos socioeconômicos do sistema de aposentadorias rurais no Brasil: evidências empíricas de um estudo de caso no estado do Pará*, op. cit.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*

37. Médici, A. C.; Beltrão, K. I.; Oliveira, F. E. B.: *Mulher e previdência social*, op. cit.

38. Maccalóz, S. M. P.; Melo, H. P.: *A reforma da previdência e a condição feminina*, op. cit.

39. Melo, H. P.: *O trabalho feminino no mundo rural*, op. cit.

40. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

rurais, obtendo 584.500 implantações, enquanto os homens tiveram 306.635 benefícios implantados⁴¹.

Nota-se, portanto, que, no âmbito rural, as mulheres lideraram com folga a quantidade de benefícios recebidos. Para cada dez benefícios concedidos para aos trabalhadores rurais entre o período de 2015 e 2017, quase sete ficaram com as mulheres.

Entretanto, no ambiente urbano, em 2017, foi patente a desigualdade entre homens e mulheres no que se refere aos valores recebidos. A média de valores dos benefícios urbanos deferidos aos homens (R\$ 1.634,25) é 23,39% superior àquela deferida às mulheres (R\$ 1.324,49). Na zona rural, a diferença foi quase nula (R\$ 940,96 para homens e R\$ 937,87 para mulheres), isso porque quase todos recebem no piso previdenciário⁴².

Levando-se em consideração que o valor dos benefícios urbanos baseia-se no salário de contribuição, resta claro que o mercado de trabalho no espaço urbano ainda é fortemente dominado pelos homens, máxime em relação aos salários recebidos. Na zona rural essa diferença não existe justamente porque homens e mulheres, quase que na totalidade, recebem o piso da previdência.

Para se aumentar a renda dos trabalhadores do campo, as áreas rurais devem experimentar a integração mercantil de suas tarefas, fortalecendo-se tanto o agronegócio quanto, primordialmente, a agricultura familiar⁴³.

C. Benefícios previdenciários rurais por espécie

Vários autores vêm discutindo há décadas a questão da melhora do bem-estar social e/ou distribuição de renda por meio dos benefícios previdenciários e/ou assistenciais destinados ao trabalhador rural⁴⁴. Dentre tais benefícios, foi a aposentadoria por idade que mais causou impacto na qualidade de vida da população que reside na zona rural⁴⁵. Os mais velhos, que se encontravam na condição de dependentes por causa da inatividade, tornaram-se participantes da renda familiar, o que propiciou uma melhora no bem-estar tanto do idoso como dos seus familiares⁴⁶.

Observando-se os números mais recentes, pode-se ter uma consciência melhor do que vem se passando na previdência social brasileira, particularmente, neste tópico, no que concerne às espécies de benefícios mais concedidas e que, por conseguinte, causam maior impacto social e econômico no ambiente rural brasileiro.

Em 2017, existiam 9.553.127 benefícios rurais ativos. Com 6.409.049 de benefícios ativos, a aposentadoria por idade rural foi, de longe, o benefício mais presente

41. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).
42. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).
43. Kageyama, A. A.: *Desenvolvimento rural: conceitos e aplicação ao caso brasileiro*, Editora da UFRGS, Porto Alegre, 2008.
44. Fausto Neto, A. M. Q.: *Família operária e a reprodução da força de trabalho*, Vozes, Petrópolis, 1982, p. 187.
45. Delgado, G. C. y Cardoso Júnior, J. C.: "O idoso e a previdência rural no Brasil: a experiência recente da universalização", *op. cit.*, p. 28.
46. Delgado, G. C. y Schwarzer, H.: "Evolução histórico-legal e formas de financiamento da previdência rural no Brasil", em Delgado, G. C. (org.): *A universalização de direitos sociais no Brasil: a previdência rural nos anos 90*, IPEA, Brasília, 2000, pp. 23-41.

no meio rural, sendo seguida de pensão por morte (2.366.215), aposentadoria por invalidez (462.761), auxílio-doença (174.947), auxílio-acidente (16.846) e salário maternidade (8.289)⁴⁷.

Considerando que as aposentadorias por idade na zona rural ativas corresponderam, em 2017, a mais de dois terços (2/3) dos benefícios rurais, qualquer alteração na idade mínima para a aposentadoria dos homens e mulheres do campo, como recentemente tentado na reforma da previdência aprovada em 2019 (Emenda Constitucional nº 103/2019), ocasionará um enorme impacto negativo na renda das famílias camponesas, na economia dos municípios, no crescimento do PIB, no combate à pobreza, dentre outros tantos efeitos nefastos.

No que concerne às aposentadorias rurais, em 2017, foram contabilizadas 6.894.517 aposentadorias ativas, sendo 22.707 por tempo de contribuição, 6.409.049 por idade e 462.761 por invalidez. O Nordeste foi a região com a maior quantidade de aposentadorias rurais ativas, totalizando 3.448.346 benefícios dessa espécie, e a Bahia foi o estado com o maior número de aposentadorias rurais ativas, totalizando 876.181 aposentadorias dessa espécie, sendo 338 por tempo de contribuição, 834.561 por idade e 41.282 por invalidez⁴⁸.

Apesar das mulheres dominarem a titularidade dos benefícios rurais de um modo geral, no que tange especificamente à aposentadoria por invalidez, em 2017, elas foram minoria. Das 462.761 aposentadorias por invalidez ativas, 296.118 foram titularizadas por homens e 162.316 por mulheres. Fenômeno similar ocorreu na zona urbana⁴⁹.

No que pertine à aposentadoria por idade rural, em 2017, dos 6.409.049 benefícios dessa espécie concedidos, 2.503.032 foram titularizados por homens, 3.894.175 por mulheres e 11.842 tiveram sexo ignorado⁵⁰. No que se refere à pensão por morte, de um total de 2.366.215 de pensões por morte rurais ativas no país, 481.744 são recebidas por homens e 1.876.854 por mulheres, ou seja, para cada homem do campo que recebeu um benefício de pensão por morte existiram quase quatro mulheres camponesas recebendo a mesma espécie de benefício⁵¹.

Tais dados parecem retratar um cenário machista que ainda teima em persistir na sociedade brasileira. A mulher, acertadamente, busca o seu benefício de pensão por morte quando o marido/companheiro falece, mas muitos homens, por questões culturais, não procuram recebê-lo, deixando para o Estado um direito que é seu. Aliás, recorde-se, até 1991, o marido somente poderia receber a pensão por morte da esposa caso fosse inválido. Foi apenas com a Lei nº 8.213/91 que se possibilitou a concessão do aludido benefício para o cônjuge do sexo masculino independentemente de estar válido ou inválido.

47. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 16.03.2020). Acesso em 24.02.2020.

48. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

49. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

50. A existência de dependentes com sexo ignorado é decorrente da ausência, até abril de 1992, da variável sexo para a clientela rural.

51. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

Em relação aos auxílios na zona rural, estavam ativos, em 2017, 174.947 auxílios-doença, 4.079 auxílios-reclusão e 16.846 auxílios-acidente. 58% de todos os auxílios rurais concedidos no Brasil, em 2017, estiveram na região Nordeste (primeiro lugar); 16,4% na região Sul (segundo lugar); 12,5% na região Norte (terceiro lugar), 10,2% na região Sudeste (quarto lugar) e 2,9% na região centro-oeste (quinto lugar)⁵².

Em relação ao sexo do titular dos auxílios-doença recebidos no âmbito rural, em 2017, dos 174.947 auxílios pagos pela previdência social 96.052 foram para homens e 78.894 para mulheres. O mesmo fenômeno ocorreu na zona urbana. Dos 1.037.618 de auxílios-doença urbanos ativos, 574.890 foram titularizados por homens e 462.728 por mulheres⁵³.

Infere-se dos dados acima que as mulheres, não obstante dominarem a titularidade de benefícios na zona rural, com quase o dobro de benefícios rurais em relação aos homens, no que concerne à incapacidade temporária (auxílio-doença) ou permanente (aposentadoria por invalidez), elas foram a minoria, o que leva à conclusão de que as mulheres do campo apresentaram menos problemas de saúde do que os homens.

O mesmo fenômeno ocorreu também na zona urbana, o que ratifica, pelo menos no cenário da previdência social, que as mulheres, sejam elas urbanas ou da zona rural, estão em melhores condições de higiene para o trabalho do que os homens.

No tocante a auxílios-acidente, tem-se um episódio também intrigante. Não obstante o Nordeste deter, em 2017, o maior número de benefícios rurais ativos, é a região Sul (37,6%) que possui a maior quantidade de concessões de auxílios-acidente rurais no país, sendo seguida pelo Nordeste (25,5%) e pelo Sudeste (23,4%)⁵⁴.

O Brasil ocupa a verecunda quarta colocação no ranking dos países que mais registraram acidentes de trabalho no planeta, ficando atrás somente de três países asiáticos, quais sejam: Índia, China e Indonésia. Em relação às unidades da Federação, São Paulo foi o estado que mais acidentes de trabalho registrou (35% do total - urbanos e rurais), seguido de Minas Gerais (10% do total - urbanos e rurais) e dos três estados do Sul (Rio Grande do Sul: 8 % do total - urbanos e rurais; Paraná: 8% do total - urbanos e rurais; Santa Catarina: 7% do total - urbanos e rurais)⁵⁵.

No que diz respeito ao salário-maternidade, dos 79.677 benefícios dessa espécie pagos pelo INSS em 2017, 71.388 foram urbanos e 8.289 rurais. Além disso, 233.449 salários-maternidade foram pagos diretamente pelas empresas. Os salários-maternidade são tão concentrados na zona urbana que em nenhum Estado da Federação, naquele ano, essa espécie de benefício foi mais concedida na zona rural do que na urbana⁵⁶.

Em referência à aposentadoria por invalidez acidentária rural, decorrente de acidente de trabalho no campo, dos 13.116 benefícios dessa espécie ativos –em 2017– 10.364 estavam sendo titularizados por homens, 2.661 por mulheres e 91 por sexo ignorado. Já em relação à pensão por morte acidentária rural, de um total de 3.809

52. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

53. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

54. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

55. Disponível em <https://smartlabbr.org/sst/localidade/0> (acesso em 14.03.2020).

56. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

benefícios 147 são recebidos por homens, 3.646 por mulheres e 16 por pessoa de sexo ignorado⁵⁷.

Por sua vez, em relação ao auxílio-doença acidentário rural, dos 5.383 ativos – em 2017– 3.684 eram titularizados por homens e 1.699 por mulheres. Já os auxílios-acidente rurais ativos totalizaram –em 2017– 8.017 benefícios, sendo 7.000 recebidos por homens, 1.014 por mulheres e 3 por indivíduo de sexo ignorado⁵⁸.

Esses dados revelam que, além das mulheres da zona rural parecerem mais saudáveis do que os homens do campo –pois, como visto, recebem menos auxílios-doença e aposentadorias por invalidez do que eles – elas se acidentam menos na atividade rural, o que é bastante compreensível porque, ordinariamente, cabe ao lavrador o serviço mais pesado, com o uso de enxada, enxadeta, facão, foice, dentre outras ferramentas de trabalho com maior potencial de causar acidentes.

Relativamente aos benefícios assistenciais, das 57.909 rendas mensais vitalícias rurais –em 2017– 49.631 foram concedidas por causa da invalidez e 8.278 em virtude da idade. Das oriundas do estado de invalidez, 19.142 foram recebidas por homens, 27.757 por mulheres e 2.732 por pessoa de sexo ignorado. Por seu turno, das 8.278 advindas da idade, 953 são recebidas por homens, 6.713 por mulheres e 612 por indivíduo de sexo ignorado⁵⁹.

D. Benefícios previdenciários por região

Em relação à quantidade de benefícios ativos, em 2017, segundo as regiões do país, tem-se que, na região Norte, existiam 970.083 na zona urbana e 873.557 na rural; no Nordeste, 4.706.651 no meio urbano e 4.695.260 no rural; no Sudeste, 13.209.578 no espaço urbano e 1.847.265 no rural; no Sul, 4.470.536 no setor urbano e 1.549.468 no rural; no Centro-oeste, 1.384.535 no ambiente urbano e 587.577 no rural⁶⁰.

Percebe-se com esses números que, nas regiões Norte e Nordeste, em 2017, os benefícios rurais rivalizaram com os benefícios urbanos, dividindo-se praticamente na metade os benefícios urbanos e rurais. Nas regiões Sudeste, Centro-Oeste e Sul, todavia, os benefícios urbanos preponderaram vastamente, sendo praticamente o triplo dos benefícios deferidos ao rurais.

Desse modo, ratifica-se a compreensão de que a supressão ou a redução dos benefícios previdenciários rurais afetarão muito mais as populações e as economias das regiões Nordeste e Norte, justamente as duas regiões mais pobres economicamente do país, do que as regiões mais desenvolvidas da nação: Sul e Sudeste.

Em algumas unidades da Federação, a previdência rural tem tamanha importância para a economia local que seus números superaram, em 2017, os da previdência urbana. Foi o caso de Rondônia e Tocantins, na região Norte; Maranhão, Paraíba, Ceará,

57. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

58. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

59. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

60. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

Piauí, no Nordeste. Em outros Estados, a quantidade de benefícios nas zonas urbana e rural foram praticamente igual (diferença inferior a 5%): Acre, Roraima e Pará, na região Norte; Rio Grande do Norte e Bahia, no Nordeste⁶¹.

Para que se tenha uma percepção mais clara da importância da previdência rural, mormente para as populações do Norte e Nordeste do Brasil, os benefícios rurais, em 2017, ficaram assim repartidos: Nordeste (49,1%); Sudeste (19,3%); Norte (9,1%); Sul (16,2%) e Centro-Oeste (6,2%). Assim, embora a região Sudeste possua uma população muito superior a do Nordeste (quase o dobro), este conseguiu se colocar, naquele ano, na primeira colocação quando se trata de benefícios rurais ativos, titularizando mais do dobro em relação ao segundo colocado (Sudeste)⁶².

Por seu turno, os benefícios urbanos, em 2017, assim distribuíram-se: 53,4% no Sudeste; 3,9% no Norte; 19,0% no Nordeste; 18,1% no Sul e 5,6% no Centro-Oeste. Infere-se, desse modo, que mais da metade dos benefícios previdenciários urbanos ativos no país, em 2017, pertenceram aos quatro Estados da região Sudeste, ficando menos da metade deles para as outras quatro regiões do Brasil e seus 22 (vinte e dois) estados⁶³.

Dois anos antes, em 2015, uma considerável parte do valor concernente aos benefícios previdenciários urbanos concedidos também havia se concentrado na região Sudeste, enquanto os benefícios previdenciários rurais concentraram-se fundamentalmente no Nordeste, onde grande número de trabalhadores rurais exerce atividades em regime de economia de agricultura familiar⁶⁴.

Em torno de metade dos indivíduos ocupados no Nordeste participa da agricultura familiar⁶⁵. Além disso, a região Nordeste apresenta uma agricultura menos homogênea⁶⁶, concentrando significativa parte da pobreza rural brasileira, ainda que existam também setores modernos nessa região, a exemplo das áreas próximas à Barreiras-BA e Luís Eduardo Magalhães-BA.

Coletando dados ainda mais recentes, para confrontá-los com os dos anos anteriores, verificou-se que, no que diz respeito à participação dos benefícios rurais no total das concessões por unidades da Federação, em 2019, o Distrito Federal foi a unidade da Federação com menor participação dos benefícios rurais (1,74%), sendo seguido por São Paulo (5,27%) e Rio de Janeiro (5,40%). Por sua vez, Bahia (44,57%), Piauí (49,53%), Maranhão (49,93%) e Amapá (54,04%) foram os que tiveram maior participação dos benefícios rurais⁶⁷.

Na região Norte, em dezembro de 2019, 62,07% do total de benefícios previdenciários concedidos foram destinados à clientela rural, destacando-se os Estados

61. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

62. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

63. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf> (acesso em 24.02.2020).

64. Maranhão, R. L. A. y Vieira Filho, J. E. R.: *Previdência rural no Brasil*, IPEA, Brasília, 2018 (texto para discussão 2404).

65. Buainain, A. M.: *Agricultura familiar, agroecologia e desenvolvimento sustentável: questões para debate*, IICA, Brasília, 2006.

66. Vieira Filho, J. E. R. y Fishlow, A.: *Agricultura e indústria no Brasil: inovação e competitividade*, IPEA, Brasília, 2017.

67. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

de Tocantins (69,91%), Acre (67,58%) e Rondônia (67,51%) como os detentores dos maiores percentuais de benefícios rurais daquela região⁶⁸.

Na região Nordeste, em dezembro de 2019, 59,54% do total de benefícios previdenciários foram destinados à clientela rural, destacando-se os Estados do Maranhão (80,65%), Piauí (72,66%), Ceará (62,20%) e Bahia (57,47%) como os possuidores dos maiores percentuais de benefícios rurais nordestinos implantados naquele mês⁶⁹.

Esses dados mais recentes ratificam, de maneira cabal, a importância da previdência social rural para os estados do Norte e do Nordeste brasileiros, sinalizando, categoricamente, que atacar a previdência rural, aumentando, *verbi gratia*, a idade para a aposentadoria dos homens e das mulheres do campo, é fomentar o aumento da desigualdade social e econômica que assola essas regiões mais carentes do país.

Estabelecendo uma comparação, na região Sudeste, em dezembro de 2019, apenas 12,98% do total de benefícios previdenciários foram destinados à clientela rural, destacando-se os Estados do Rio de Janeiro (2,68%) e São Paulo (7,25%) como os detentores dos menores percentuais de benefícios rurais da região mais rica do país, o que consolida o entendimento de que eventuais alterações supressivas ou restritivas na previdência rural impactarão muito mais fortemente os estados do Norte e do Nordeste do que esses dois estados do Sudeste⁷⁰.

Já na região Sul, em dezembro de 2019, 26,56% do total de benefícios previdenciários foram dirigidos à clientela rural, destacando-se o estado do Paraná (31,50%) como o detentor do maior percentual de benefícios rurais. Por sua vez, no Centro-oeste, em dezembro de 2019, 35,31% do total de benefícios previdenciários foram destinados à clientela rural, notabilizando-se os estados do Mato Grosso (49,40%) e Goiás (37,37%) como os que registraram os maiores percentuais de benefícios rurais na aludida região naquele mês⁷¹.

As 4(quatro) unidades da Federação que possuíam, em dezembro de 2019, os menores percentuais de benefícios rurais em relação ao total de benefícios foram: 1º) Rio de Janeiro (2,68%); 2º) São Paulo (7,25%); Distrito Federal (18,99%) e Santa Catarina (22,54%)⁷².

Por outro lado, as 4(quatro) unidades da Federação que possuíam, em dezembro de 2019, os maiores percentuais de benefícios rurais em relação ao total de benefícios foram: 1º) Maranhão (80,65%); 2º) Piauí (72,66%); Tocantins (69,91%) e Acre (67,58%). A Bahia ficou na décima posição com 57,47% de benefícios rurais⁷³.

Deduz-se, assim, que, não obstante a quantidade absoluta de benefícios previdenciários rurais estar sofrendo um processo de declínio no Brasil (redução de mais de 20% entre 2006 e 2019), a participação das regiões Norte e Nordeste na titularidade desses benefícios vem crescendo ano a ano, daí a importância econômica e social

68. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

69. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

70. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

71. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

72. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

73. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

para essas duas regiões, em especial, de qualquer alteração na previdência rural, pois quaisquer ataques aos direitos previdenciários dos trabalhadores da zona rural afetarão muito mais gravemente os estados do Norte e do Nordeste do que o Distrito Federal e estados do Sudeste, tais como Rio de Janeiro e São Paulo, *exempli gratia*.

Um dos grandes desafios para uma reforma efetiva e adequada na previdência rural encontra-se na heterogeneidade socioeconômica da população rural brasileira⁷⁴. Essa heterogeneidade se traduz em dispersão dos níveis de produtividade⁷⁵, bem como das relações de trabalho e remuneração⁷⁶.

O planejamento e o desenvolvimento regional devem ser alcançados para a elaboração de políticas de inclusão produtiva e de capacitação técnica dos agentes, com o fito de reduzir as disparidades regionais⁷⁷.

III. DO ELEVADO NÍVEL DE JUDICIALIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS RURAIS

Em dezembro de 2019, foram concedidas 67.781 aposentadorias por idade em todo o Brasil, sendo 44.885 destinadas à clientela urbana (42.052 deferidas administrativamente, 1.455 judicialmente e 1.378 de outras formas) e 22.896 à rural (17.310 deferidas administrativamente, 5.209 judicialmente e 377 de outras formas)⁷⁸.

Para se ter uma noção de como os benefícios rurais são judicializados, em dezembro de 2019, o grau de judicialização, no que tange à aposentadoria por idade rural, correspondeu a 22,8% do total, enquanto a judicialização desse benefício por requerimento urbano representou apenas 3,2% do total, ou seja, no que se refere à aposentadoria por idade, judicializa-se sete vezes mais os benefícios rurais do que os urbanos⁷⁹.

Na mesma toada, foram concedidas, em dezembro de 2019, 10.049 aposentadorias por invalidez em todo o país, sendo 8.699 destinadas à clientela urbana (3.714 deferidas administrativamente, 4.966 judicialmente e 19 de outras formas) e 1.350 à rural (507 deferidas administrativamente, 842 judicialmente e 1 de outra forma)⁸⁰.

Para que se tenha uma melhor percepção de como os benefícios de aposentadoria por invalidez estão sendo judicializados, o grau de judicialização, no que tange à aposentadoria por invalidez urbana, correspondeu a 57,1% do total, isto é, no que se refere à aposentadoria por invalidez, concede-se, judicialmente, mais da metade dos

74. Buainain, A. M. y Dedecca, C. S.: "Mudanças e reiteração da heterogeneidade do mercado de trabalho agrícola", em Gasques, J. G.; Vieira Filho, J. E. R.; Navarro, Z.: *A agricultura brasileira: desempenho, desafios e perspectivas*, IPEA, Brasília, 2010.

75. Vieira Filho, J. E. R.; Santos, G. R. y Fornazier, A.: *Distribuição produtiva e tecnológica da agricultura brasileira e sua heterogeneidade estrutural*, CEPAL; IPEA, Brasília, 2013 (texto para discussão n. 54).

76. Vieira Filho, J. E. R. y Fornazier, A.: "Productividad agropecuaria: reducción de la brecha productiva entre el Brasil y los Estados Unidos de América", *Revista de la Cepal*, núm. 118, 2016, pp. 215-233.

77. Vieira Filho, J. E. R. y Fishlow, A.: *Agricultura e indústria no Brasil: inovação e competitividade*, *op. cit.*

78. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

79. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

80. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

benefícios. Na mesma trilha, a aposentadoria por invalidez acidentária teve uma judicialização de 50,7% em relação às concessões urbanas e de 50,0% às rurais⁸¹.

Seguindo o mesmo caminho, em dezembro de 2019, 23.933 pensões por morte foram concedidas, sendo 17.003 destinadas à clientela urbana (15.110 deferidas administrativamente, 1.790 judicialmente e 103 de outras formas) e 6.930 à rural (5.766 deferidas administrativamente, 1.139 judicialmente e 25 de outras formas).

O grau de judicialização, portanto, no que tange à pensão por morte urbana, correspondeu a 10,5 % do total, enquanto a judicialização desse benefício por requerimento rural representou 16,4% do total⁸².

E o benefício de auxílio-doença seguiu a mesma trajetória. Em dezembro de 2019, 145.506 auxílios-doença foram concedidos, sendo 133.902 destinados à clientela urbana (81.020 deferidos administrativamente, 8.965 judicialmente e 43.917 de outras formas) e 11.604 à rural (6.243 outorgados administrativamente, 1.696 judicialmente e 3.665 de outras formas).

O nível de judicialização, por conseguinte, no que toca ao auxílio-doença urbano, correspondeu a 6,7 % do total, enquanto a judicialização desse benefício por requerimento rural representou 14,6% da totalidade, isto é, a judicialização rural foi mais do dobro superior à urbana⁸³.

No que pertine ao auxílio-acidente, no último mês de 2019, foram concedidos 1.107 benefícios, sendo 913 à clientela urbana (277 deferidas administrativamente, 633 judicialmente e 3 de outras formas) e 194 à rural (103 deferidas administrativamente, 90 judicialmente e 1 de outra forma). À vista disso, o grau de judicialização, no que está relacionado ao auxílio-acidente urbano, correspondeu a 69,3% do total de concessões, enquanto a judicialização desse benefício por requerimento rural representou 46,4% do total⁸⁴.

Em dezembro de 2019, foram concedidos 1.073 benefícios de auxílio-reclusão, sendo 1.020 à clientela urbana (605 deferidas administrativamente, 408 judicialmente e 7 de outras formas) e 53 à rural (43 deferidas administrativamente e 10 judicialmente). O patamar de judicialização, desse modo, no que tange ao auxílio-reclusão, correspondeu a 40,0% do total de concessões, enquanto a judicialização desse benefício por requerimento rural representou 18,9% do total⁸⁵.

No que pertine ao salário-maternidade, foram concedidos 43.682 benefícios, sendo 29.270 à clientela urbana (25.236 deferidas administrativamente, 295 judicialmente e 3.739 de outras formas) e 14.412 à rural (13.216 deferidas administrativamente, 1.132 judicialmente e 64 de outras formas). O grau de judicialização, dessa maneira, no que corresponde ao salário-maternidade urbano, correspondeu a 1,0% do total de concessões, enquanto a judicialização desse benefício por requerimento rural representou 7,9% do total⁸⁶.

81. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

82. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

83. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

84. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

85. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

86. Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Beps122019_trab_Final.pdf (acesso em 14.03.2020).

Os dados acima apresentados atestam de forma peremptória a gigantesca diferença entre a judicialização dos benefícios rurais e urbanos – com mais de 700% de judicialização da aposentadoria por idade rural em relação à urbana, mais do dobro de judicialização dos auxílios-doença rurais comparativamente aos urbanos, em torno de 10% a mais de judicialização de aposentadorias por invalidez rurais em comparação às urbanas e quase 800% a mais de judicialização dos salários-maternidade rurais relativamente aos urbanos.

Tais números exigem uma reflexão mais atenta do que vem se passando em relação à previdência social rural, especialmente no que concerne aos porquês de tamanha judicialização e os mecanismos adequados para mitigá-la.

A resolução das controvérsias pelo Poder Judiciário é uma ideia, quase uma convicção, que permeou toda a existência dos Estados modernos. Juntamente com a centralização do poder político existiu, simultaneamente, a instauração do monopólio jurisdicional, obstando o emprego de outras maneiras de resolver disputas⁸⁷.

E isso se torna ainda mais perceptível quando o tema está relacionado à previdência social. As controvérsias previdenciárias são tão relevantes e a judicialização é tão intensa que se lançou, muito recentemente, no dia 20 de agosto de 2019, uma Estratégia Nacional Integrada para Desjudicialização da Previdência Social⁸⁸.

A iniciativa busca atribuir um tratamento adequado às ações judiciais que tratem de concessão ou revisão de benefícios previdenciários e assistenciais, as quais representam 48% das novas demandas submetidas à Justiça Federal, além de compor parcela importante do acervo processual já existente na Justiça Federal⁸⁹.

Contando com a participação de diversos órgãos –a exemplo do Conselho Nacional de Justiça, do INSS, do Ministério da Economia, do Conselho da Justiça Federal, da Defensoria Pública da União e da Advocacia-Geral da União– o programa visa provocar a colaboração, articulação e sistematização de soluções conjuntas para se enfrentar a enorme litigiosidade que envolve os assuntos previdenciários e parte de uma importante premissa: a desjudicialização da matéria previdenciária impõe ações coordenadas entre todos os envolvidos com a gestão e jurisdição acerca da matéria⁹⁰.

Para se ter uma ideia de como o tema previdenciário é recorrente nas demandas judiciais no Brasil, dos cinco assuntos mais presentes na Justiça Federal de 2º grau em 2017 todos estão relacionados ao direito previdenciário⁹¹: 1º) auxílio-doença (129.913 - 1,37%); 2º) pedidos genéricos relativos a benefícios em espécie (70.128 - 0,74%); 3º)

87. Mancuso, R. C.: *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

88. Conselho Nacional de Justiça, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/3e4bc8c-071d1c8851b140ed30e4c97ef.pdf> (acesso em 16.03.2020).

89. Conselho Nacional de Justiça, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/3e4bc8c-071d1c8851b140ed30e4c97ef.pdf> (acesso em 16.03.2020).

90. Conselho Nacional de Justiça, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/3e4bc8c-071d1c8851b140ed30e4c97ef.pdf> (acesso em 16.03.2020).

91. Conselho Nacional De Justiça: *Relatório Justiça em Números 2018*, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf> (acesso em 16.03.2020).

aposentadoria por invalidez (69.909 - 0,74%); 4º aposentadoria por tempo de contribuição (62.819 - 0,66%); 5º aposentadoria por idade (56.317 - 0,59%).

No mesmo diapasão, e de forma ainda mais acentuada, os benefícios previdenciários lideraram os quatro primeiros postos de assuntos mais demandados na Justiça Federal de 2º Grau, em 2018, na seguinte ordem: 1º auxílio-doença com 152.870 (2,03%) processos; 2º aposentadoria por invalidez com 75.126 (1,00%) processos; 3º aposentadoria por tempo de contribuição com 64.459 (0,86%) processos e 4º aposentadoria por idade com 64.064 (0,85%) processos⁹².

Como se observa, no ano de 2018, o impacto das demandas previdenciárias na judicialização suportada pela Justiça Federal de 2º Grau foi ainda maior, com um acréscimo de mais 22.957 processos relacionados ao auxílio-doença (aumento de 17,67% em relação a 2017), de mais 5.217 processos referentes à aposentadoria por invalidez (acréscimo de 7,46% em comparação com 2017), de mais 7.747 processos atinentes à aposentadoria por idade (incremento de 13,75% comparativamente a 2017).

Infere-se, pois, que o benefício de auxílio-doença (17,67%) foi o que mais aumentou em relação à quantidade de demandas na Justiça Federal de 2º Grau, sendo seguido pelos benefícios de aposentadoria por idade (13,75%) e por invalidez (7,46%), respectivamente, nessa elevação de processos que chegaram a essa Casa Revisional.

No que diz respeito às Turmas Recursais da Justiça Federal, em 2017, dos cinco assuntos mais demandados todos estão relacionados ao direito previdenciário⁹³: 1º auxílio-doença (77.270 - 6,38%); 2º aposentadoria por invalidez (57.421 - 4,74%); 3º aposentadoria por idade (34.413 - 2,84%); 4º benefício assistencial (30.839 - 2,55%); 5º aposentadoria por tempo de contribuição (22.133 - 1,83%).

Seguindo a mesma trilha, em 2018, dos cinco assuntos mais demandados na Turmas Recursais da Justiça Federal, quatro estão relacionados ao Direito Previdenciário, na seguinte ordem: 1º Direito Administrativo/Direito Público com 168.948 (8,97%) processos; 2º auxílio-doença com 100.496 (5,34%) processos; 3º aposentadoria por invalidez com 69.034 (3,67%) processos; 4º aposentadoria por idade com 34.890 (1,85%) processos e 5º benefício assistencial/LOAS com 34.668 (1,84%) processos⁹⁴.

Consoante se nota, no ano de 2018, as demandas previdenciárias/assistenciais impactaram a judicialização na Turmas Recursais da Justiça Federal de forma ainda mais intensa, com um acréscimo de mais 23.222 processos relacionados ao auxílio-doença (elevação de 30,05% em relação a 2017), de mais 11.613 processos referentes à aposentadoria por invalidez (acréscimo de 20,22% em comparação com 2017), de mais 477 processos atinentes à aposentadoria por idade (incremento, neste caso, insignificante - 0,003% - comparativamente a 2017), de mais 3.829 processos concernentes ao benefício assistencial/LOAS (alta de 12,41% relativamente a 2017).

92. Conselho Nacional De Justiça: *Relatório Justiça em Números 2019*, disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf (acesso em 18.03.2020).

93. Conselho Nacional De Justiça *Relatório Justiça em Números 2018*, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf> (acesso em 21.10.2019).

94. Conselho Nacional de Justiça: *Relatório Justiça em Números 2019*, disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf (acesso em 18.03.2020).

Verifica-se, por conseguinte, que o benefício de auxílio-doença (30,05%) foi o que mais cresceu em relação à quantidade de demandas nas Turmas Recursais da Justiça Federal, sendo seguido pelos benefícios de aposentadoria por invalidez (20,22%) e assistencial/LOAS (12,41%), respectivamente, nessa elevação de processos que chegaram a essa Casa Revisora.

Nos Juizados Especiais Federais o quadro não se altera, pois quatro dos cinco assuntos mais abordados nos JEFs em 2017 estão também relacionados ao direito previdenciário⁹⁵: 1º auxílio-doença (394.972 - 4,85%); 2º aposentadoria por invalidez 259.449 (3,18%); 4º benefício assistencial (119.593 - 1,47%); 5º aposentadoria por idade (117.233 - 1,44%).

Trilhando o mesmo caminho, os Juizados Especiais Federais, em 2018, tiveram no Direito Previdenciário os seus cinco assuntos mais demandados, seguindo a seguinte ordem: 1º auxílio-doença com 520.669 (6,89%) processos; 2º aposentadoria por invalidez com 355.546 (4,70%) processos; 3º aposentadoria por idade com 120.871 (1,60%) processos; 4º benefício assistencial com 100.355 (1,33%) processos e 5º restabelecimento de benefícios previdenciários com 67.206 (0,89%) processos⁹⁶.

Conforme se percebe, as demandas previdenciárias/assistenciais impactaram a judicialização nos Juizados Especiais Federais de maneira ainda mais acentuada em 2018, com um acréscimo de mais 125.697 processos relacionados ao auxílio-doença (aumento de 31,82% em relação a 2017), de mais 96.097 processos referentes à aposentadoria por invalidez (acréscimo de 37,04% em comparação com 2017), de mais 3.638 processos atinentes à aposentadoria por idade (incremento de 3,10% comparativamente a 2017). Por outro lado, houve um decréscimo de 19.238 processos concernentes ao benefício assistencial/LOAS (queda de 16,08% relativamente a 2017).

Depreende-se, dessa forma, que o benefício de aposentadoria por invalidez (37,04%) foi o que mais cresceu em relação à quantidade de demandas nos Juizados Especiais Federais, sendo seguido pelos benefícios de auxílio-doença (31,82%) e aposentadoria por idade (3,10%), respectivamente. Na contramão do crescimento do número de processos, o benefício assistencial/LOAS (-16,08%), obteve uma redução do número de processos demandados nesses juizados.

Só no ano de 2017 ingressaram 29,1 milhões de novos processos no Poder Judiciário e, como visto, a previdência social, máxime a rural, é parte significativa neste cenário. Naquele ano, somente 12,1% dos processos foram resolvidos por meio da conciliação. Não obstante o CPC/2015 obrigar a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, salvo se todas as partes não a desejarem, a conciliação aumentou em somente 1% nos dois anos subsequentes à entrada em vigor do novo código⁹⁷.

95. Conselho Nacional de Justiça: *Relatório Justiça em Números 2018*, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf> (acesso em 16.03.2020).

96. Conselho Nacional de Justiça: *Relatório Justiça em Números 2019*, disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf (acesso em 18.03.2020).

97. Conselho Nacional de Justiça: *Relatório Justiça em Números 2018*, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf> (acesso em 16.03.2020).

E o pior, em 2018 o quadro foi ainda mais grave. Dos 5 assuntos mais demandados de uma forma geral na Justiça Federal, em 2018, três deles foram relativos a benefícios previdenciários: 1º auxílio-doença com 787.728 (1,90%) processos; 2º aposentadoria por invalidez com 512.416 (1,23%) processos e 3º aposentadoria por idade com 228.115 (0,55%) processos⁹⁸. Ademais, em 2018, apenas 11,5% foram solucionados por meio de conciliação⁹⁹.

A elevada litigiosidade das matérias previdenciárias – representando 48% das novas demandas submetidas à Justiça Federal¹⁰⁰ – além da reconhecida complexidade nas relações entre segurado e INSS, acarretam um exercício jurisdicional do Estado nem sempre efetivo, obstando – não raras vezes – a entrega do bem jurídico buscado em juízo ao seu titular.

IV. MECANISMOS PARA MITIGAR O ELEVADO GRAU DE JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS

O Direito é dinâmico – e é fundamental que assim seja – razão pela qual é natural e recomendável que surjam novas maneiras de compreender as “regras do jogo” e a necessidade perene de atualizá-las, adequando-se as normas jurídicas à realidade social em constante processo de mutação.

As compreensões que emergem da leitura de um texto normativo nem sempre condizem com aquilo que o legislador buscou descrever no texto legal¹⁰¹. Daí nasce a incongruência lógica da interpretação meramente literal/gramatical, com base em um tipo fechado, máxime quando se trata de cidadãos que convivem desde sempre com um elevado grau de miserabilidade social e econômica, que possuem uma enorme dificuldade de produzir provas documentais que atestem o seu labor rural, a exemplo dos camponeses que moram e trabalham nos mais distantes rincões deste país.

É axiomático que a presença de um tipo previdenciário rural fechado, uma interpretação literal/gramatical do tipo previdenciário que enquadra o trabalhador rural em segurado especial, ou não, e uma observância cega ao princípio da legalidade estrita são mecanismos que fomentam a judicialização das demandas previdenciárias envolvendo trabalhadores do campo, motivo pelo qual precisam ser revisitados e atualizados, pois o texto da lei deve ser interpretado à luz da realidade do labor rural e não a desprezando.

No período 2004 a 2013, a outorga de benefícios previdenciários rurais por meio do Poder Judiciário representou quase 90% da totalidade de benefícios concedidos

98. Conselho Nacional de Justiça: *Relatório Justiça em Números 2019*, disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf (acesso em 17.03.2020).

99. Conselho Nacional de Justiça: *Relatório Justiça em Números 2019*, disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf (acesso em 19.03.2020).

100. Conselho Nacional de Justiça, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/3e4bc8c-071d1c8851b140ed30e4c97ef.pdf> (acesso em 16.03.2020).

101. Carvalho, P. B.: “O Absurdo da Interpretação Econômica do “Fato Gerador” – Direito e sua Autonomia – o Paradoxo da Interdisciplinariedade”, *Revista de Direito Tributário*, núm 97, 2007, pp. 7-17.

judicialmente, o que demonstra de maneira incontestável o impacto da previdência rural na judicialização envolvendo controvérsias previdenciárias¹⁰².

No âmbito do direito previdenciário, com esse contexto de judicialização excessiva, o tipo aberto para a caracterização do segurado especial tem a considerável vantagem da flexibilidade, permitindo ao operador do direito uma interpretação tópico-problemática, para encontrar a melhor resposta para cada caso concreto, levando em consideração, para tanto, as especificidades de cada região deste país, cujas diferenças sociais, geográficas, econômicas e culturais são enormes¹⁰³.

Os dispositivos que tratam dos segurados especiais são procelosos e provocam conflitos frequentes, razão pela sua interpretação à luz de um tipo previdenciário aberto se impõe, isso para que a realidade da lida rural seja aferida caso a caso, não se limitando exclusivamente à prova documental, mas se emprestando à prova testemunhal a importância devida e valorizando-se os calos nas mãos, as cicatrizes deixadas labor rural, sobretudo por se tratar de indivíduos pobres, muitas vezes analfabetos, que possuem grandes dificuldades de produzir provas materiais.

Dessarte, caberá ao intérprete, valendo-se do método tópico-problemático, aferir, caso a caso, se houve a atividade rural no período de carência e não se limitar a superestimar a prova documental em prejuízo da prova testemunhal, como alvitaria uma interpretação literal/gramatical do dispositivo que “exige” o início de prova material para a comprovação da condição de segurado especial.

Nesse diapasão, a impossibilidade de carrear ao autos prova documental por motivo de caso fortuito ou força maior deverá ser equiparada à inviabilidade do campo-nês produzir prova documental –tendo em vista o cenário econômico, educacional e social adverso em que estão inseridos– não podendo uma exigência meramente formal impedir um direito fundamental previdenciário de pessoas com direitos sociais já tão amainados¹⁰⁴.

Essa interpretação deve ser feita já no âmbito administrativo, no INSS, não sendo necessário apelar ao Poder Judiciário para se enquadrar –à luz do tipo rural aberto, da juridicidade e do método tópico-problemático– o trabalhador rural como segurado especial.

Interpretação diversa dessa será considerada como *adversus misero* e não *pro misero*, consoante determina o sistema jurídico previdenciário, obstando, equivocadamente, a entrega do benefício previdenciário a quem realmente faz jus, pois efetivamente trabalhou no campo, apesar de não possuir, por absoluta inexecutabilidade, documento comprovando esse labor.

Nessa senda, a autocomposição extrajudicial das contendas previdenciárias envolvendo trabalhadores rurais – segurados especiais– nos moldes prescritos pelo CPC/2015, sem a necessidade de judicialização, além de possível, é de todo recomendável, ante os seguintes aspectos: i) o direito fundamental previdenciário será

102. Câmara, K.: “A aposentadoria por idade rural e seu caráter assistencial”, *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, vol. 15, núm. 22, 2011, pp. 173-190.

103. Abraham, M.: “A segurança jurídica e os princípios da legalidade e da tipicidade aberta”, em Ribeiro, R. L. y Rocha, S. A. (coords.): *Legalidade e tipicidade no direito tributário*, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008.

104. Serau Junior, M. A.: *Curso de processo judicial previdenciário*, Método, São Paulo, 2014, p. 256.

entregue de forma mais célere a quem o possui; ii) os custos serão reduzidos, podendo-se adotar o trabalho voluntário, com a participação dos núcleos de prática jurídica das universidades; iii) o elevado grau de judicialização das demandas previdenciárias será atenuado; iv) a imagem da administração pública previdenciária será melhor compreendida e aceita, considerando-se a agilidade que se implementará nas câmaras extrajudiciais previdenciárias de mediação e conciliação para solucionar os conflitos.

Dessa maneira, o protagonismo do Conselho de Recursos da Previdência Social na resolução extrajudicial das controvérsias previdenciárias, escorando-se no CPC/2015, encontra-se em um patamar além do aconselhável, sendo até mesmo exigível, considerando-se as vantagens acima referidas. Nessa trilha, em boa hora, o projeto de conversão da MP 891/19, acrescentando ao artigo 126 da lei nº 8.213/91 as alíneas “a” e “b”, já deverá contemplar a possibilidade do CRPS realizar arbitragem e, até mesmo, processar IRDRs (Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas), dando-se um grande passo para a mitigação dos conflitos previdenciários e, por conseguinte, para a desjudicialização desses conflitos.

Ademais, com fulcro na lei de mediação e no CPC/2015, seria de todo recomendável que o CRPS adotasse as providências cabíveis no sentido de implantar a mediação e a conciliação em sua estrutura, adotando inclusive mutirões para solucionar o grave problema do estoque de processos administrativos ainda não julgados.

Indubitavelmente, a cultura da conciliação e da mediação trazida pelo CPC/2015 deve ser expandida para os processos administrativos previdenciários, adotando-se os dispositivos ali elencados, bem como os princípios norteadores da “indústria 4.0”, como parâmetros sólidos para a construção de um novo modelo de Administração Pública previdenciária, o que certamente terá um grande impacto positivo na mitigação da judicialização das querelas previdenciárias.

V. CONCLUSÃO

Com se vê, a Previdência Social é o alicerce econômico e social da maioria dos municípios brasileiros, mormente os que possuem menor população, aqueles que margeiam e/ou têm em seu território grande parte da zona rural brasileira, o que permite deduzir que o benefício previdenciário está para o residente do campo assim como o leite materno está para o bebê.

Como aqui foi demonstrado, os recursos da Previdência Social têm cumprido um papel importante na composição da renda familiar dos brasileiros que vivem no campo, evitando o êxodo rural, dando-lhes uma carta de alforria ao lhes outorgar o direito de permanecerem em sua terra natal, sem a necessidade de migrar para as grandes metrópoles, evitando-se, assim, o inchamento das favelas, a propagação de moradores de rua, o aumento da violência urbana e, por todas essas nefastas consequências, o agravamento da catastrófica situação em que seres humanos se tornam subumanos.

A Previdência Social, portanto, promove a justiça social e a cidadania, sendo um instrumento inigualável de distribuição de renda, de redução das desigualdades sociais, de erradicação ou, pelo menos, de mitigação da pobreza, conforme determinado pela Lei Maior.

A abordagem aqui esgrimida, com os números da previdência social rural sobre a mesa, insere-se na política previdenciária de inclusão social, que visa garantir o mínimo existencial aos trabalhadores rurais deste país, observando-se a juridicidade, independentemente da linha ideológica que estiver transitoriamente no poder. O núcleo duro dos direitos fundamentais, onde estão inseridos os direitos previdenciários dos segurados especiais, não admite tergiversação, muito menos destemperos ideológicos de qualquer viés.

Do mesmo modo que o Direito Penal evoluiu no sentido de que novos mecanismos de combate ao crime deveriam ser implementados –mediante a aplicação de sanções alternativas ao cárcere e o reconhecimento do princípio da bagatela como políticas criminais, independentemente do preconceito ideológico inicial contra tais políticas, sob o argumento de que aumentaria a sensação de impunidade– o tipo previdenciário rural aberto, particularmente no caso dos segurados especiais, representa uma evolução da política previdenciária brasileira, sem viés ideológico, no sentido de emprestar o devido valor à realidade do homem do campo no Brasil sem levantar a bandeira da discricionariedade irrestrita ao fazê-lo, assim como o Direito Penal não levantou a bandeira da impunidade ao adotar as mencionadas políticas criminais.

É chegado o momento de mudança de paradigma, incentivando-se e viabilizando-se, com escora no CPC/2015, que uma considerável parte dos jurisdicionados deixe de ter a necessidade de buscar o Poder Judiciário para resolver as suas adversidades previdenciárias, cambiando-se a via adversarial pela consensual.

Estimular uma cultura de solução extrajudicial das demandas previdenciárias, ou seja, dar azo para que as partes se responsabilizem e contem com suas próprias habilidades para encarar e solucionar os atritos, as adversidades, desperta um mecanismo extremamente eficiente para aperfeiçoar os níveis de convivência, de cortesia, de respeito e de harmonia na sociedade brasileira atual, caracterizada por uma grande e desejável diversidade entre os indivíduos que a integram.

Nesse sentido, utilizar o CPC/2015 como baliza e outorgar o protagonismo devido aos órgãos administrativos da previdência social, especialmente ao CRPS, no sentido de se fomentar a autocomposição extrajudicial das querelas previdenciárias, apresenta-se como o modo mais eficaz para a almejada mitigação da judicialização crescente dos conflitos previdenciários, de acordo com os dados exibidos nesta pesquisa.

A atualização axiológica realizada pelo intérprete, caso a caso, obsta que a norma fique decrépita e, simultaneamente, a rejuvenece. Assim, compete ao intérprete amoldar o tipo previdenciário rural aberto atinente ao segurado especial, caso a caso, à realidade de cada região deste país, pois essa é a gênese da igualdade material no Direito Previdenciário.

O que se propõe neste trabalho não é a discricionariedade volitiva e sem limites, que colocaria em cheque a própria juridicidade previdenciária. Ao contrário, o que se

quer é reforçar o comando legal por intermédio do intérprete, que atualizará perene-mente a lei previdenciária no caso concreto e, com isso, a fortalecerá, evitando o seu envelhecimento, a sua senilidade.

Ao interpretar o tipo previdenciário rural aberto, o operador do direito proclamará a singular vontade da lei e observará, necessariamente, o princípio da proporcionalidade, submetendo-se aos controles administrativo e jurisdicional, resguardando-se, assim, o princípio da legalidade previdenciária ou, melhor dizendo, protegendo-se a juridicidade previdenciária e não a legalidade estrita desatualizada e amiga do positivismo jurídico de outrora.

Diante de todo o exposto, e à luz dos dados aqui revelados, pode-se concluir, de forma inequívoca, que uma tríade formada pelo método tópico-problemático, pelo tipo previdenciário rural aberto e pela juridicidade, aliada às balizas trazidas pelo CPC/2015 para a solução extrajudicial dos conflitos previdenciários, abrandará substancialmente a indesejada situação de judicialização excessiva e crescente das demandas previdenciárias, ao tempo em que entregará o direito a quem dele faz juz de forma muito mais célere, viabilizando-se, desse modo, o cumprimento de preceitos constitucionais inegociáveis, como o respeito à dignidade da pessoa humana, ao mínimo existencial e à vedação ao retrocesso social.

Bibliografía

- Abraham, M.: "A segurança jurídica e os princípios da legalidade e da tipicidade aberta", en Ribeiro, R. L. y Rocha, S.A. (coords.): *Legalidade e tipicidade no direito tributário*, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008.
- Beltrão, K. I.; Camarano, A. A.; Mello, J. L. E.: *Mudanças nas condições de vida dos idosos rurais brasileiros: resultados não-esperados dos avanços da seguridade rural*, IPEA, Rio de Janeiro, 2005.
- Brasil, Ministério da Fazenda: *Anuário Estatístico da Previdência Social*, Secretaria Previdência Social, Brasília, 2015, disponible en <https://goo.gl/uUnpGC>.
- Brasil, Ministério da Previdência Social. Secretaria da Previdência Social: *Resultados do Regime Geral de Previdência Social*, MPS, Brasília, 2018, disponible en <https://goo.gl/MM8CCU>.
- Buainain, A. M. y Dedecca, C. S.: "Mudanças e reiteração da heterogeneidade do mercado de trabalho agrícola", en Gasques, J. G.; Vieira Filho, J. E. R.; Navarro, Z.: *A agricultura brasileira: desempenho, desafios e perspectivas*, IPEA, Brasília, 2010.
- Buainain, A. M.: *Agricultura familiar, agroecologia e desenvolvimento sustentável: questões para debate*, IICA, Brasília, 2006.
- Câmara, K.: "A aposentadoria por idade rural e seu caráter assistencial", *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, vol. 15, núm. 22, 2011.
- Carvalho, P.B.: "O Absurdo da Interpretação Econômica do "Fato Gerador" – Direito e sua Autonomia – o Paradoxo da Interdisciplinariedade", *Revista de Direito Tributário*, núm 97, 2007.
- Conselho Nacional de Justiça: *Relatório Justiça em Números 2018*, <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>.
- Conselho Nacional de Justiça: *Relatório Justiça em Números 2019*, https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.
- Delgado, G. C. y Cardoso Júnior, J. C.: "O idoso e a previdência rural no Brasil: a experiência recente da universalização", en Camarano, A. A. (ed.): *Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60?*, IPEA, Rio de Janeiro, 2004.

- Delgado, G. C. y Schwarzer, H.: "Evolução histórico-legal e formas de financiamento da previdência rural no Brasil", en Delgado, G. C. (org.): *A universalização de direitos sociais no Brasil: a previdência rural nos anos 90*, IPEA, Brasília, 2000.
- Fausto Neto, A. M. Q.: *Família operária e a reprodução da força de trabalho*, Vozes, Petrópolis, 1982.
- França, Á. S.: *A Previdência Social e a economia dos municípios*, ANFIP, Brasília, 2019.
- Kageyama, A. A.: *Desenvolvimento rural: conceitos e aplicação ao caso brasileiro*, Editora da UFRGS, Porto Alegre, 2008.
- Maccalóz, S. M. P.; Melo, H. P.: *A reforma da previdência e a condição feminina*, AJUFE, São Paulo, 1997.
- Mancuso, R. C.: *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- Maranhão, R. L. A. y Vieira Filho, J. E. R.: *Previdência rural no Brasil*, IPEA, Brasília, 2018.
- Médici, A. C.; Beltrão, K. I.; Oliveira, F. E. B.: *Mulher e previdência social*, IBGE/ENCE, Rio de Janeiro, 1994. (Série Relatórios Técnicos).
- Melo, H. P.: *O trabalho feminino no mundo rural*, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2000.
- Schwarzer, H.: *Impactos socioeconômicos do sistema de aposentadorias rurais no Brasil: evidências empíricas de um estudo de caso no estado do Pará*, IPEA, Brasília, 2000.
- Serau Junior, M. A.: *Curso de processo judicial previdenciário*, Método, São Paulo, 2014.
- Valadares, A. A. y Galiza, M.: *Previdência Rural: contextualizando o debate em torno do financiamento e das regras de acesso*, IPEA, Brasília, 2016.
- Vieira Filho, J. E. R. y Fishlow, A.: *Agricultura e indústria no Brasil: inovação e competitividade*, IPEA, Brasília, 2017.
- Vieira Filho, J. E. R. y Fornazier, A.: "Productividad agropecuaria: reducción de la brecha productiva entre el Brasil y los Estados Unidos de América", *Revista de la Cepal*, núm. 118, 2016.
- Vieira Filho, J. E. R.; Santos, G. R. y Fornazier, A.: *Distribuição produtiva e tecnológica da agricultura brasileira e sua heterogeneidade estrutural*, CEPAL; IPEA, Brasília, 2013.



Empleabilidad y aprendizaje permanente en la economía formal e informal: un análisis del trabajo del futuro en el hipercapitalismo

EMPLOYABILITY AND PERMANENT LEARNING IN THE FORMAL AND INFORMAL ECONOMY: AN ANALYSIS OF THE WORK OF THE FUTURE IN THE HIPERCAPITALISM

Elaine Noronha Nassif

Fiscal del Ministerio Público del Trabajo (Brasil)

Postdoctorado en la Universidad Castilla-La Mancha y en la Universidad de Sevilla

elaineroma2003@hotmail.com 0000-0001-5512-9942

Recibido: 01.12.2020 | Aceptado: 16.12.2020

RESUMEN

Partiendo de la Declaración del Centenario de la OIT sobre el “futuro del Trabajo” (2019), de la Recomendación 195 de la OIT sobre el Desarrollo de Recursos Humanos (2004), de la Recomendación 204 sobre Transición del trabajo informal para el trabajo formal (2015), del Informe sobre Mujeres y Hombres en la Economía Informal (2018) y estadísticas usadas para esta normativa, este artículo analiza de forma crítica la relación entre el trabajo formal e informal del punto de vista de la empleabilidad y del aprendizaje permanente requeridos actualmente en la literatura especializada, para encontrar el perfil subyacente del “ejército industrial de reserva” de que necesita capitalismo en el futuro del trabajo de la cuarta revolución industrial.

ABSTRACT

Splitting of the Statement of the Centenary of the OIT on the “future of the Work” (2019), of the Recommendation 195 of the OIT on the Development of Human Resources (2004), of the Recommendation 204 on Transition of the informal work for the formal work (2015), of the Report on Women and Men in the Informal Economy (2018) and statistical used for this rule, this article analyses of critical form the relation between the formal and informal work of the point of view of the employability and of the permanent learning required at present in the skilled literature, to find the underlying profile of the “industrial army of reservation” that it needs capitalism in the future of the work of the fourth industrial revolution.

PALABRAS CLAVE

Empleabilidad
Informalidad laboral
Aprendizaje permanente
Futuro del Trabajo
OIT

KEYWORDS

Employability
Informality of employment
Permanent learning
Future of the work
OIL

SUMARIO

- I. OIT EN EL SIGLO XXI: DECLARACIONES, INFORMES Y CONCEPTOS
 - II. LA EMPLEABILIDAD PARA SUBSANAR DÉFICITS: ¿UNA IDEA ZOMBI?
 - III. ¿TRABAJO INFORMAL POR ATRACCIÓN O POR EMPUJÓN?
 - IV. APRENDIZAJE PERMANENTE Y COMPETITIVIDAD
 - V. CONCLUSIÓN
- Bibliografía

I. OIT EN EL SIGLO XXI: DECLARACIONES, INFORMES Y CONCEPTOS

Pasadas la primera revolución industrial (vapor), la segunda (electricidad), la tercera (internet, comunicaciones, robótica) y finalmente ahora, cuando transitamos por la cuarta revolución industrial (digitalización, inteligencia artificial, internet de las cosas, impresión 3D, entre otras), autores, investigadores, estudiosos y organizaciones mundiales, como la Organización Internacional del Trabajo -OIT¹-, alertan de una situación social disruptiva en razón de la reducción estructural de empleos y del aumento desmesurado de la informalidad, en medio de cambios tecnológicos, división del trabajo y poder, donde sólo el 27% de la población mundial disfruta de protección social, siendo urgente pensar una transición para lo que se designó como el “futuro del trabajo”².

La OIT hizo de ello el tema de la Declaración de su centenario, por un lado, cuestionando su propio papel y el papel del Derecho del Trabajo en promover la justicia social ante la escalada de la desigualdad, y por otro, llamando no sólo a países, pero también a organizaciones sociales y Universidades a pensar sobre este problema y encontrar soluciones para dicha transición, ya en curso³.

Esta transición estaría enfocada principalmente en la empleabilidad, en el aprendizaje permanente y en la transición de la economía informal hacia la formal. Las Declaraciones de la OIT, como se sabe, contribuyen a la creación de principios generales de Derecho Internacional⁴.

1. La OIT fue creada en 1919 por el Tratado de Versalles, que también creó la Liga de las Naciones, que después de la Segunda Guerra Mundial se transformaría en la ONU. La OIT es la agencia más antigua de la ONU, especializada en Derecho del Trabajo, que aprueba diversos tipos de normas a partir del diálogo entre empresarios, trabajadores y representantes de los Gobiernos de sus 180 Estados Miembros. Una señal importante de ese proceso de construcción de una agenda para el Futuro del Trabajo fue la llamada para la participación de otros actores sociales fuera del modelo tripartito, sobre todo las Universidades.

2. De Masi, D.: *O ócio criativo. Entrevista a Maria Serena Palieri*, Río de Janeiro, Sextante, 2012. Un cambio de época se da cuando tres innovaciones en diferentes ámbitos de la economía, de la sociedad y de la política se encuentran en un mismo momento: 1) nuevas fuentes energéticas; 2) nuevas divisiones del trabajo y 3) nuevas divisiones del poder. El autor así explica la teoría de Braudel. Así, si estuviéramos enfrente solamente de uno de esos cambios, estaríamos en una innovación tecnológica (cf. la “destrucción creativa”, de Schumpeter) como ocurrió de hecho con la primera, segunda y tercera revoluciones industriales. Sin embargo, esta cuarta revolución industrial se parece más a un cambio de época, pues las alteraciones estructurales se dan en los tres campos indicados en los estudios de geo-historia.

3. Informe del Director general de la OIT, Guy Rider, conteniendo propuesta de pauta para el Centenario de la OIT sobre el Futuro del Trabajo, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_715123.pdf (consultado el 02.11.2020).

4. En 1998, la OIT adoptó la Declaración Relativa a los *Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*. Estos fueron incorporados a la Declaración de 2008 de la OIT sobre la *Justicia Social en una Globalización Equitativa*. Esos

De entre los 18 ejes esenciales de la Declaración del Centenario sobre el Futuro del Trabajo⁵, destacamos los siguientes:

1. “asegurar una transición justa a un futuro del trabajo que contribuya al desarrollo sostenible en sus dimensiones económica, social y ambiental;
2. (...)
3. promover la adquisición de competencias, habilidades y calificaciones para todos los trabajadores a lo largo de la vida laboral como responsabilidad compartida entre los gobiernos y los interlocutores sociales a fin de: — subsanar los déficits de competencias existentes y previstos; — prestar especial atención a asegurar que los sistemas educativos y de formación respondan a las necesidades del mercado de trabajo, teniendo en cuenta la evolución del trabajo, y — mejorar la capacidad de los trabajadores de aprovechar las oportunidades de trabajo decente;
4. formular políticas eficaces destinadas a crear empleo pleno, productivo y libremente elegido y oportunidades de trabajo decente para todos y, en particular, facilitar la transición de la educación y la formación al trabajo, poniendo énfasis en la integración efectiva de los jóvenes en el mundo del trabajo”.

Los conceptos de competencias, habilidades y calificaciones, así como de aprendizaje permanente y empleabilidad, ya habían sido dados por la Recomendación 195, de 2004, sobre el “Desarrollo de los Recursos Humanos: Educación, Formación y Aprendizaje permanente”:

- a) la expresión “aprendizaje permanente” engloba todas las actividades de aprendizaje realizadas a lo largo de la vida con el fin de desarrollar las competencias y cualificaciones;
- b) el término “competencias” abarca los conocimientos, las aptitudes profesionales y el saber hacer que se dominan y aplican en un contexto específico;
- c) el término “cualificaciones” designa la expresión formal de las habilidades profesionales del trabajador, reconocidas en los planos internacional, nacional o sectorial, y
- d) el término “empleabilidad” se refiere a las competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y de formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar en la empresa o al cambiar de empleo

principios y derechos son regidos por ocho Convenciones Fundamentales que comprenden la libertad sindical, el reconocimiento efectivo del derecho de la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzado, la eliminación efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en cuestión de empleo y profesión. Disponible en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang--es/index.htm (consultado el 24.11.2020).

5. Declaración del Centenario de la OIT sobre el Futuro del Trabajo en lengua española disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf (consultado el 24.11.2020).

y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo.

Si en 2015 la OIT llamó la atención sobre la importancia de este debate sobre el Futuro del Trabajo, no menos importante fue la Recomendación 204 sobre la transición del trabajo informal hacia el trabajo formal, que fue aprobada en la Conferencia de aquel mismo año, y que orientó a los Estados Miembros a promover la inserción de los trabajadores informales en la formalidad, extendiéndoles las protecciones del seguro social:

2. "Para efectos de la presente Recomendación, el término "economía informal":
 - a) se refiere a todas las actividades económicas de los trabajadores y de las unidades económicas que, en la ley o en la práctica, no estén cubiertas o estén insuficientemente cubiertas por disposiciones formales; y
 - b) no cubre las actividades ilícitas [...].
3. Para los efectos de la presente Recomendación, las "unidades económicas" de la economía informal incluyen:
 - a) unidades que utilizan mano de obra;
 - b) unidades que son propiedad de individuos que trabajan por cuenta propia, solos o con el apoyo de trabajadores familiares auxiliares no remunerados; y
 - c) cooperativas y las unidades de la economía social y solidaria.
4. La presente Recomendación se aplica a todos los trabajadores y a todas las unidades económicas de la economía informal, incluyendo en particular empresas, emprendedores y domicilios".

Vistos los conceptos que nos importan para el desarrollo de este trabajo, vamos ahora a las estadísticas esenciales para definir como se aplican tales conceptos.

Según informe de la ONU, la población mundial es de 7,8 mil millones de habitantes en octubre de 2020 y se estima que será de cerca de 9 mil millones en 2050, y 11 mil millones en 2100.⁶ Conforme al informe de 2018 de la OIT⁷, la población económicamente activa (PEA) mundial, así considerada aquella con edad superior a 14 años, es de 3,27 mil millones de personas, de las cuales el 61%, cerca de 2 mil millones, se encuentran en el trabajo informal, con tendencia a un aumento de la tasa de informalidad, y sólo 27% de la población mundial tiene protección social del Estado⁸.

Así, el trabajo informal es, ha sido y será cada vez más el trabajo preponderante en el mundo. El Derecho del Trabajo no influye en el aumento o disminución del desempleo, pero el desempleo y la economía informal interfieren en la estabilidad

6. Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_677383.pdf (consultado el 30.10.2020).

7. Declaración del Centenario de la OIT sobre el Futuro del Trabajo, disponible en <https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/lang--en/index.htm> (consultado el 30.10.2020)

8. Informe "Women and Men in the Informal economy. La statistical Picture", 2018, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_626831.pdf (consultado el 30.10.2020).

de los derechos laborales, dotándolo no sólo de flexibilidad, pero también de precariedad. Sin embargo, el mundo aún no cuenta con ningún organismo internacional o supranacional encargado de este, que es el mayor desafío social del planeta, pues la OIT se ocupa del Derecho del Trabajo aplicable al empleo formal, de modo que sus Convenciones sólo tienen aplicación en este estricto campo, que alcanza sólo a cerca de 800 millones de personas del total de 3,27 mil millones de la población económicamente activa mundial. Tal distopía se refleja en la estructura institucional de los Estados Miembros, que repite el modelo tripartito en exclusión del trabajo formal, que queda relegado a las políticas económicas indiferentes a los problemas sociales del desempleo o de la informalidad. La inexistencia de instituciones que promuevan la integración de esta inmensa masa laboral en la protección social y formal del Estado sólo hace que se abra un abismo social cada vez mayor entre la clase trabajadora empleada y la clase trabajadora informal.

Inclusive el diálogo social con representantes de “categorías” de trabajadores informales encuentra obstáculos. El principal de ellos tal vez sea la inexistencia de una organización de esos trabajadores en torno a sus intereses. Pero esta falta de organización tampoco es culpa exclusiva de ellos. He ahí que el sistema formal de encuadramiento de categorías no les reconoce la legitimidad para actuar en representación. La creación de asociaciones o cooperativas siempre tuvo que contar con la buena voluntad de determinados perfiles de gobernantes, no caracterizándose como una política de Estado para combatir el estado de informalidad y desamparo social de esta capa de la población mundial.

Pues bien, además, este inmenso y retroalimentado precariado⁹ compuesto de mano de obra formal e informal va a influenciar negativamente en el precio de la mano de obra, de modo que no parece muy productivo o eficiente mirar solamente a los formales e intentar garantizarles el trabajo digno, si la inmensa mayoría vive a merced de estas garantías, cada vez más menguadas. La servidumbre en el trabajo formal acaba siendo una isla de privilegios en un mar de miserables trabajadores informales¹⁰.

El combate a la informalidad y a la falta de protección social también puede reducir un problema grande, principalmente para los países desarrollados y céntricos, como son las migraciones. Finalmente, son 272 millones de personas las que se desplazan diariamente para los países céntricos, de los cuales, quitando 70 millones de refugiados, los demás son personas en edad activa que buscan mejores oportunidades de vida y trabajo¹¹.

Hay que destacar que la relación entre el grado de escolaridad y la empleabilidad se cita en el informe de la OIT sobre informalidad:

9. Standing, G.: *Precariado: una carta de derechos*, Capitan Swing Libros, Madrid, 2014.

10. Antunes, R.: *O privilégio da servidão. O novo proletariado de serviço na era digital*, Boitempo, São Paulo, 2018.

11. Datos sobre migración en general y específicas pueden ser obtenidos en la web de la ONU: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1696031#:~:text=Lo%20mundo%20hoy%20tiene%20cerca,de%20m%C3%A3lo-de-obra> (consultado el 30.11.2020). Sobre los refugiados, consultar ACNUR, habiendo obtenido el dato de <https://www.rfi.fr/br/mundo/20190619-numero-de-refugiados-e-deslocados-ultrapassa-mais-de-70-milhoes-e-bate-recorde-no-mun>.

“En escala mundial, mientras más aumenta el nivel educacional, más baja es la informalidad, según el informe. Así, las personas que concluyeron las enseñanzas media y superior tienen menos probabilidad de ocupar un empleo informal que los trabajadores que no tienen ninguna educación o que sólo finalizaron la enseñanza fundamental”¹².

Sin embargo, la Recomendación 204 de la OIT¹³, que dispone sobre la transición de la informalidad hacia la formalidad, dice que “los trabajadores y las unidades económicas de la economía informal pueden constituir un buen potencial empresarial” porque, según los estudios que fundamentan dicha Recomendación¹⁴, estos trabajadores disponen de cualificaciones variadas, muchos tienen un agudo sentido para los negocios, la creatividad y la capacidad innovadora, lo que posibilitaría traerlos a experiencias en incubadoras de empresas utilizadas como medio de acceso y transición a la economía formal.

De ahí que el concepto de empleabilidad utilizado en 2004 se haya ampliado. Ahora, además de significar la capacidad de mantener o cambiar de empleo, puede indicar también la posibilidad del trabajador de crear y mantener su propio negocio, o sea, la capacidad de ser emprendedor. La transición del trabajo informal hacia el formal se daría, así, no sólo con la colocación de un trabajador formal en el empleo informal, pero también por medio de su transformación en “emprendedor”. Muchas políticas destinadas a este cambio han sido desarrolladas, generando situaciones en las que el supuesto empresario puede ser más hiposuficiente que sus propios empleados. Además, la idea de la empleabilidad aplicada en la Declaración de 2004, en el sentido de subsanar déficits u obtener un empleo, se aplica hoy también en el sentido de ser capaz de atraer empleos para el país, como se da en la confección de *softwares*.

Los trabajadores formales, en razón de la precariedad de los salarios y condiciones laborales, transitan también por la economía informal, buscando complementar la renta familiar. Otro factor que lleva a los trabajadores formales a la economía informal es la falta de políticas de mantenimiento de empleos, lo que provoca que, a cada crisis económica, la economía informal reciba más gente, incluso los “trabajadores del conocimiento”.

Si tales personas encuentran demasiadas dificultades o tardan mucho tiempo en retornar al mercado de trabajo, van a aventurarse en una actividad emprendedora o a convertirse en persona jurídica para vender su mano de obra como servicio a un cliente, en el caso un patrón, corroyendo el precio de la mano de obra formal.

12. OIT: *Women and men in the informal economy: a statistical picture*, Geneva, ILO, 2018, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_626831.pdf (consultado el 29.11.2020).

13. La Recomendación 204, de 2015, de la OIT está disponible en lengua portuguesa (traducción no oficial) en la dirección https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilica/documents/genericdocument/wcms_619831.pdf (consultado el 30.11.2020). Esta recomendación se hace tanto más importante cuando en 2018 el informe de la OIT *Women And Men In The Informal Economy: a Statistical Picture*, reveló que el 61% de la población económicamente activa del planeta actúa en la economía informal.

14. Hussmanns, R.: *Measuring the informal economy: From employment in the informal sector to informal employment* Working Paper N. 53, Policy Integration Department Bureau of Statistics International Labour Office, Geneva, December 2004.

II. LA EMPLEABILIDAD PARA SUBSANAR DÉFICITS: ¿UNA IDEA ZOMBI?

Krugman define el concepto de “empleabilidad” como una idea “zombi”, es decir, una idea que “todo el mundo sabe que es cierta solamente porque oyó hablar, pero no porque ella esté efectivamente comprobada”, pues no habría “déficit de empleabilidad en la mano de obra”, o por lo menos, nadie habría mostrado investigaciones acerca de qué empleabilidad sería esa y cuáles serían sus fallos en su país, los Estados Unidos de América¹⁵. Él, incluso, responde que hay empleos no ocupados por falta de empleabilidad.

Además, el autor señala que culpar por el desempleo a la falta de capacitación del trabajador es colocar sobre sus hombros la responsabilidad por un problema que es general en el mundo, como es la falta de empleos para toda la población, para el imprescindible ejército industrial de reserva de que se nutre la producción capitalista a fin de mantener a su disposición una cuantitativa mano de obra determinante para hacer atractivo el precio de la mercancía-trabajo y obtener más plusvalía¹⁶.

Si la falta de empleo está aumentando, si los Estados no consiguen encontrar una solución y si el pacto social estructurante de la sociedad de clases está haciendo aguas, no es justo colocar la culpa en el trabajador, parte más débil de todo el sistema.

La idea “zombi” trae consigo otra cuestión: si el problema fuese el fallo de empleabilidad, esta, una vez suplida, ¿generaría por sí sólo tantos empleos, cuantos fueran suficientes, para alcanzar a toda la masa trabajadora? Evidentemente no.

La cuestión es que todo este ejército industrial de reserva, formado en su mayoría por mano de obra manual, estaría obsoleto para la economía del siglo XXI, que se nutre cada día más de mano de obra intelectual en cualquiera de los sectores –primario, secundario o terciario– debido a las tecnologías, incorporando la flexibilidad de los trabajadores informales a su plantilla. Tal ejército se quedaría sin lugar en la rueda de producción y consumo en la que gira el capital.

Incluso las oportunidades de trabajo en el sector terciario escasean por el hecho de que el trabajo intelectual repetitivo también está siendo rápidamente sustituido por la inteligencia artificial¹⁷.

Y ahí que aparece una cuestión muy interesante, la inexistencia de un ejército industrial de reserva con un perfil nuevo e idealizado para la nueva era capitalista: el trabajo del conocimiento creativo, del ocio productivo, que hace aquello que la máquina no puede hacer. Pero, ¿cómo producir este nuevo hombre trabajador y creativo que produzca ideas brillantes y millones de dólares para sus empleadores? ¿Cómo crear este hombre común que aún no existe, que debe habituarse al esfuerzo emocional

15. Krugman, P.: *Contra los zombis. Economía, política y la lucha por un futuro mejor*, Crítica, Barcelona, 2020.

16. Tiengo, V. M.: *Rualização e informalidade: frutos do capitalismo*, Appris, Curitiba, 2020. En Brasil, el Congreso aprobó una renta de 600 reales que cubrió a cerca de 60 millones de personas que estaban fuera de la protección social, la mayoría trabajadores informales, falsos autónomos o con contratos precarios.

17. Rifkin, J.: *O Fim dos empregos: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo*, M. Books de Brasil Editora Ltda, São Paulo, 2004.

e intelectual intensivo y por muchas horas? ¿Este hombre conseguirá tener una vida profesional activa con este consumo mental de dedicación diaria en un trabajo intelectual? ¿Por cuántos años?

La idea de la empleabilidad “zombi”, además, trae un gran problema para el trabajador manual: gastar tiempo y dinero esforzándose en adquirir nuevas cualificaciones, calificaciones y habilidades, para que más tarde la agencia de empleos le informe de que no fue posible su colocación¹⁸.

Las respuestas más comunes a las situaciones descritas hasta ahora han sido: empleabilidad o renta básica. Como una bifurcación que va a dividir el mundo en dos pactos, probablemente. En efecto, soluciones paliativas como el ingreso mínimo vital, renta básica, o *basic income*, tienen lugar en una sociedad basada en un sistema dual entre trabajo y solidaridad, funcionando como un paliativo postergado del pacto social forjado en las revoluciones burguesas, sobre todo en la Revolución Francesa, que fue incorporado hace poco: la lucha de los trabajadores por disfrutar del progreso económico y tecnológico alcanzado por la civilización¹⁹.

Así, apenas resumiendo, lo que se anuncia como *basic income*, sería una forma de proporcionar un correcto nivel de consumo y confort a quien no consiga o no pueda conseguir empleo o trabajo decente o crear su propio empleo por medio del emprendimiento, o sea, para quien no tenga “empleabilidad”. La renta básica podría alcanzar también al trabajador o trabajadora cuyo salario no fuera suficiente para una vida digna. La renta básica está más relacionada con los derechos de ciudadanía, o sea, los derechos sociales que el capitalismo raramente consigue proporcionar. Los formatos imaginados y experimentados de *basic income* hasta ahora presentan inmensas variaciones de unos a otros, siendo así que algunas propuestas, como las apoyadas por buena parte de los partidos derechistas, quieren utilizar la renta básica para sustituir todo tipo de protección social ya existente.

Durante la pandemia COVID-19, diversos países, entre ellos Brasil, aprobaron rentas básicas. Otros pasaron a realizar experimentos para analizar cómo se comportarían las personas, y muchos estudian las posibilidades de financiación de la prestación. En el caso europeo, muchas políticas de *flexicurity* están siendo utilizadas para promover la transición de los negocios para un *upgrade* en dirección a las tecnologías de la revolución 4.0²⁰. Entre las formas de financiación y justicia social, se estudian modos de tasar las ultramega empresas como Amazon, Google, Facebook, Apple y Microsoft (GAFAM), así como los robots.

Mientras en Europa el mantenimiento de los puestos de empleo es crucial, en América en general, en especial en los países en desarrollo, como Brasil, el manteni-

18. Cf. *La loi du marché*, película del director francés Stéphane Brizé lanzada en 2016, que cuenta la historia de un hombre de 51 años de clase media-baja llamado Thierry, interpretado magistralmente por Vincent Lindon. Thierry está desempleado y no consigue mantener hogar, esposa y un hijo deficiente mental. La película narra una situación exactamente así.

19. A este propósito consultar: Aranha, A. V.: *Estado em ação: ideias, atores e instituições no enfrentamento da fome e da extrema pobreza no Brasil*, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019 (Tesis de Doctorado).

20. Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Pérez, M.: *Buenas prácticas de empleo en Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

miento de empleos no se considera necesario. Al contrario, el despido colectivo de empleados es tratado como si fueran despidos individuales:

“Muchos países no poseen política explícita de creación de empleos y de empresas; tratan la cuestión de la cantidad y de la calidad de los empleos como un factor residual, y no como un factor necesario para el desarrollo económico”²¹.

III. ¿TRABAJO INFORMAL POR ATRACCIÓN O POR EMPUJÓN?

El trabajo no siempre ocupó una posición céntrica en la vida de las personas. Es en el régimen capitalista cuando el trabajo asume ese lugar. Desposeído de la posibilidad de supervivencia por la explotación de la tierra, el pueblo migrará a las ciudades, donde el flujo natural de la vida ya no encontrará lugar. Con el trabajo penoso en jornadas extenuantes, las personas perderán su vivacidad, su físico, su vigor, su alegría y entregarán sus cuerpos, así como a toda su familia, a más de 12 horas de trabajo diarias en los locales fríos e insalubres de las fábricas capitalistas, curvándose enteramente a una vida miserable²².

Esclavos del reloj, de la rutina diaria, de la flaqueza del cuerpo, de la mente humillada y del espíritu desanimado, los trabajadores buscarán espacios para compartir sus miserias, y los encontrarán en el sindicato, en el partido o en la iglesia.

El sistema capitalista y su forma de extraer valor del trabajo humano será descrito cuando Marx y Engels finalmente desvelan el concepto de lucha de clases, de clase dominante y de clase dominada en la sociedad burguesa²³. Nos interesa por el momento analizar el lugar del “ejército industrial de reserva” en este sistema:

“[...] población trabajadora excedente es un producto necesario de la acumulación o del desarrollo de la riqueza con base capitalista, esa superpoblación se convierte, en contrapartida, en palanca de la acumulación capitalista, e incluso en una condición de existencia del modo de producción capitalista. Ella constituye un ejército industrial de reserva disponible, que pertenece al capital de manera tan absoluta como si él lo hubiera creado por su propia cuenta. Ella suministra a sus necesidades variables de valorización el material humano siempre pronto para ser explorado, independientemente de los límites del verdadero aumento poblacional”²⁴.

21. Organización Internacional del Trabajo: *A OIT e a Economia Informal*, Editada pelo Escritório da OIT em Lisboa, 2005, p.12, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_714564.pdf (consultado el 26.11.2020).

22. Lafargue, P.: *Direito à Preguiça*, Editora Claridad, São Paulo, 2003. En la p. 37 se lee lo siguiente: “Una extraña locura dominó las clases operarias de las naciones donde reina la civilización capitalista. Esa locura trae como consecuencia miserias individuales y sociales que hace siglos torturan la triste humanidad. Esa locura es el amor al trabajo, pasión moribunda que absorbe las fuerzas vitales del individuo y de su prole hasta el agotamiento. En vez de reaccionar contra esa aberración mental, los padres, los economistas, los moralistas santifican el trabajo”.

23. Marx, K. y Engels, F.: *Manifiesto do Partido Comunista*, Expressao Popular, São Paulo, 2008.

24. Fortes, R. M.: “Sobre o conceito de exército industrial de reserva”, *Temporalis*, año 18, núm. 36, 2018, pp. 256-273.

Quien integra el ejército de reserva está a su vez en búsqueda de una oportunidad para adentrarse en el mundo del empleo formal. Pero, mientras espera esa oportunidad, también busca trabajo en la economía informal.

Salvo algunos países europeos que condicionan la percepción del seguro de desempleo por largo tiempo a la realización de cursos de perfeccionamiento profesional para su más rápido retorno al mercado de trabajo, en los demás países, mientras se aguarda una oportunidad en el mercado formal, se trabaja en la economía informal, tanto más ahora en la llamada “economía colaborativa”, que supo como nadie aprovecharse de este ejército de desempleados.

Ocurre que, si esta situación se demora por mucho tiempo, los desempleados de larga duración desisten de la búsqueda de trabajo, abandonan el ejército industrial de reserva y se acomodan en cualquier condición social, sea en la economía informal legal o ilegal, o no haciendo nada, aunque las condiciones de vida no sean dignas.

Por desgracia, el trabajo en la economía informal pasa al margen de la normativa social del Estado contemporáneo. Sobre él no hay muchas investigaciones ni instituciones que estén dirigidas a él específicamente, a pesar de la Recomendación 204 de la OIT y de la Agenda 2030²⁵. Sin embargo, como el trabajo autónomo representa parte predominante del empleo informal total en la mayoría de los países en desarrollo, generalmente se utilizan datos sobre los autónomos como medida alternativa para analizar el trabajo informal. Así, lo que se dice sobre el trabajo autónomo se aplica al trabajo informal. Veamos las teorías de la atracción y del empujón, a este propósito.

Dos teorías tradicionales intentan explicar el ingreso en el trabajo autónomo en términos de ventaja económica para el trabajador. Una de ellas, la de la atracción, afirma que los trabajadores son llevados al trabajo autónomo en razón de sus propios conocimientos y aptitudes y también por la necesidad de beneficios cualitativos como la autonomía y la flexibilidad²⁶.

La principal teoría discordante –la de la falta o del empujón– sostiene que los trabajadores son empujados al trabajo autónomo cuando no encuentran oportunidades adecuadas en el mercado de trabajo asalariado²⁷.

Así, conjetura esa teoría que los trabajadores que tienen opciones más limitadas para el trabajo asalariado [...] o que encuentran barreras específicas impeditivas de la obtención de empleo asalariado, serían los más propensos al trabajo autónomo²⁸.

25. OIT: Agenda 2030, disponible en https://www.ilo.org/lisbon/temas/wcms_650794/lang--pt/index.htm (consultado el 30.11.2020).

26. Knight, F. H.: “Risk, Uncertainty, and Profit”, en Lee, S.: *Duración del Trabajo en Todo el Mundo: Tendencias de jornadas de trabajo, legislación y políticas en una perspectiva global comparativa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

27. Schumpeter, J.: “The theory of economic development: an inquiry into profits, capital, and credit”, en Lee, S.: *Duración del Trabajo en Todo el Mundo: Tendencias de jornadas de trabajo, legislación y políticas en una perspectiva global comparativa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

28. OIT: Informe *Women and men in the informal economy: a statistical picture*, Geneva, ILO, 2018, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-comm/documents/publication/wcms_626831.pdf (consultado el 30.10.2020).

La primera observación es que las teorías de la atracción y del empujón, de Knight y Schumpeter, no parecen, de forma alguna, discordantes o contrapuestas. Al contrario, son complementarias.

En la teoría de la atracción se encuadran los trabajadores del conocimiento, los que realmente pueden ser autónomos porque poseen cualificaciones o habilidades que los califican para ello. Es el caso de muchos profesionales liberales o verdaderos artistas en sus áreas de actuación.

Pero lamentablemente, esta es una minoría, por lo menos en el caso de Brasil, donde la informalidad se viene incrementando por incontables factores desde la década de los 90. La mayoría de los trabajadores que fueron despedidos, para después ser recontratados como personas jurídicas, no presentan una autonomía necesaria a aquella que les permita llamarse empresarios. Continúan con el mismo grado de dependencia y subordinación, lo que genera calificación de fraude en la legislación laboral. Para fines del cuadro conceptual de la OIT, ellos se encuadran en el concepto de trabajadores informales.

En la teoría del empujón, tenemos ahí al gran contingente del ejército industrial de reserva, compuesto por todo tipo de gente que salió del mercado de trabajo o en el que siquiera llegó a ingresar.

En cualquiera de los casos, los estudios sobre la duración del trabajo demuestran que la jornada de trabajo es intensiva tanto para los que se encuadran en el trabajo autónomo por atracción como para los trabajadores autónomos por empujón.

El profesor Daniel Innerarity, catedrático de Filosofía Política de la Universidad Politécnica de Valencia, subraya lo siguiente sobre las cadenas de valor:

“hay una mezcla de tecnología del siglo XXI y condiciones de trabajo del siglo XIX [...] cada vez que pedimos a Alexa que ponga nuestra música favorita, nos introducimos en una cadena de procesos extractivos que van desde las minas de litio en Bolivia hasta los proletarios del clic en el Sudeste Asiático [...]”²⁹.

Una pieza fundamental en esta cadena de valor es la de los profesionales de la informática que actúan en la confección de softwares. Ellos pueden situarse en cualquier posición en la cadena productiva intelectual. Pueden poseer un contrato formal de empleo, o sea, ser empleados; pueden ser contratados como persona jurídica unipersonal; pueden ser un verdadero o falso autónomo, dependiendo de su calificación y autonomía; pueden integrar esta cadena informal también por vía de cualquier empresa contratada para un proyecto del cual no sea dueño. Su posición en la cadena demanda un análisis individual. Un estudio de campo relevante sobre este tema fue desarrollado en la Universidad Federal de Minas Gerais (Brasil), del cual extraemos lo siguiente³⁰:

29. Innerarity, D.: *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2020.

30. Lima, J. C.: “O trabalho digital e seus desafios: conhecimento e condicionantes da flexibilização do trabalho”, en Tomasi, A. y Romagnoli, R. C. (orgs): *Diálogos entre Trabalho e Educação: desafios contemporâneos*, JADesign, Belo Horizonte, 2020, pp. 180-199.

“El software integra un sector amplio conocido como TICs – Tecnologías de Información y Comunicación. Ese sector envuelve conocimiento intensivo e inmaterial, por un lado, y por otro, el trabajo repetitivo y poco cualificado de los call centers, o de producción de hardware – los equipamientos donde ruedan los softwares, que son producidos en fábricas tradicionales del sector electro-electrónico.

[...] En común, esos trabajadores están a merced de una larga precariedad representada por formas intensivas de trabajo, de tipos de jornada, desaparición de la criba trabajo-des canso, inestabilidad permanente, contratos temporales o aún inexistencia de contrato en algunas situaciones

[...] el trabajo en software puede ser considerado el tipo ideal del que llamaríamos trabajo con trabajadores flexibles. El trabajo se da por proyectos, depende de la relación establecida entre el cliente³¹, que establece lo que necesita en el software, y el desarrollador, que, a partir de los parámetros dados por el comprador, crea el software a partir de lenguajes seleccionados”.

El estudio del caso de los trabajadores del área TICs es emblemático porque apunta hacia donde deben caminar todas las demás categorías: a un aprendizaje permanente y concomitante o simultáneo al trabajo, porque, al fin y al cabo, todas las empresas serán empresas de tecnología, o sea, que aplicarán tecnología en sus procesos de producción de bienes o servicios. Veamos entonces de qué trata este aprendizaje permanente que se espera del trabajador ideal para el capitalismo explotador del trabajo intelectual en el siglo XXI.

IV. APRENDIZAJE PERMANENTE Y COMPETITIVIDAD

El aprendizaje tecnológico permanente no es algo que se pueda adquirir exclusivamente con transferencia de conocimiento teórico. El conjunto de cualificaciones y habilidades exigidas por la tecnología demanda “tiempo de pantalla”, lo que sólo se obtiene por medio de la práctica, de la repetición, de la “intuición”, curiosidad y autodidactismo.

Aprender a aprender y a compartir son componentes de la motivación e integración en grupos inherentes al tipo de habilidad que se demanda actualmente, que es la habilidad tecnológica en cualquier área científica o sector económico. Dominar otras lenguas de la informática, así como idiomas y saber hablar en público exponiéndose con claridad, son otras de las habilidades más comunes dentro de las mencionadas.

Esta nueva manera de aprendizaje demanda cualidades subyacentes como la autodisciplina, el control del tiempo, la atención plena (el *mindfulness*), la administración del estrés; todo eso en medio de un trabajo intensivo y extenso, o sea, concentrado intelectualmente y de muchas horas extras de jornadas seguidas. El control sobre el propio trabajo es del propio empleado/trabajador, o sea, donde el contratante muchas veces es su cliente y no su jefe.

31. ¡Hay típicas situaciones en que el empleador se hace cliente, alcanzado por el código de protección al consumidor!

El empleador, considerado casi como una especie de cliente tomador de servicios, no necesita preocuparse en ofrecer condiciones y tiempo necesario de trabajo, bastando simplemente con interesarse por el resultado esperado en el plazo concertado. El resultado de este trabajo, además, comprende un proceso constructivo, es decir, un concomitante proceso de construcción del producto y de aprendizaje, simultáneos. Esa construcción de un producto por medio de un aprendizaje en sí contiene un *know how* que podrá ser revisado, o no, por el tomador-jefe-cliente, pero siempre será de este la explotación del resultado. La plusvalía se hace así exponencial. Es muy común calcular el coste de un empleado, pero muy raro calcular el beneficio que un empleado genera. Quien haya pensado en ello sabe cuántos beneficios genera un empleado de las grandes empresas GAFAM³² para estas corporaciones.

Este trabajo intelectual, intensivo y extensivo y preocupado con el resultado de su propia auto-explotación es el trabajo del futuro. Trabajo que está bien reflejado en la sociedad del cansancio que despunta en este medio ambiente laboral, donde sólo el desempeño cuenta, y donde la explotación es del propio trabajador y no necesita controladores externos. El tradicional ejército industrial de reserva espera instrucciones, órdenes, que le digan qué, cuándo, cómo y dónde hacer esto o aquello. El ejército de reserva del trabajo del futuro tiene ya en el trabajador a su propio verdugo y estará preparado y dispuesto a auto-explotarse un día y otro, sin respiro, hasta realizar el resultado anhelado por su cliente³³. Transitar de uno a otro ejército es la preocupación del capitalismo actual. Por eso, tal vez, se hable tanto de empleabilidad.

Así, se espera un cambio paulatino del perfil del ejército de reserva, con un incremento sustancial de la participación de la clase media, la tradicional clase del conocimiento, en este campo. Y aunque el grado de escolaridad más elevado aumente las oportunidades de empleo formal, este será ventajoso cuando la relación entre el resultado del trabajo y la plusvalía sean exponenciales. De lo contrario, mejor ser cliente del potencial empleado.

La alteración del perfil de este ejército de reserva debe acentuarse mientras más se reduzca el empleo no-tecnológico, y mientras más aumenten las exigencias de cualificaciones y habilidades cuya adquisición dependa de un capital previo, no sólo humano, sino también social y adecuado a la sociedad del desempeño y del cansancio.

El capital social siempre ha sido muy importante en cualquier sociedad para el acceso a oportunidades de empleo. Este se adquiere con los hábitos cultivados en casa, como el estudio y la lectura, hasta en las relaciones sociales en eventos festivos, que terminan por conducir al conocimiento de personas que pueden abrir puertas en el mercado de trabajo. El capital social es responsable, en buena medida, de la inmovilidad de clases sociales³⁴. En ese cuadro, ya no es suficiente la teoría de la escolaridad o empleabilidad si una determinada clase tiene más facilidad en la obtención de oportunidades que otra.

32. Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft.

33. Han, B.: *Sociedade do Cansaço*, Editora Vozes, Río de Janeiro, 2018.

34. Souza, J.: *A ralé brasileira*, Contracorrente, São Paulo, 2018.

La oportunidad de un trabajador adulto para mantenerse competitivo en el ejército industrial de reserva es cuestionable, pues si no es nativo de la auto-explotación y no sabe qué hacer con su tiempo en la dirección autodidacta, difícilmente competirá con los voraces y más jóvenes concurrentes, formados en esta cultura de la auto-explotación laboral y de internet. De hecho, todos los usuarios trabajan, directa o indirectamente, para internet. Cabría un estudio para incluir a los consumidores en el rol de trabajadores precarios, pues en la red quien entra ya está trabajando para alguien, aunque no lo sepa³⁵.

La cuestión crucial, por lo tanto, consiste en saber cómo formar a ese contingente de trabajadores con el perfil deseado por el capitalismo del presente, para su futuro. Y es en ese sentido que él mismo da voz e invita a Universidades para descubrir cómo transformar este ejército de reserva.

Finalmente, nadie sabe cómo se da la formación permanente. Estudiar no es natural. Hasta poco tiempo atrás los estudios terminaban con la graduación. Hoy la graduación es sólo uno más de los infinitos escalones a subir. Es una escalada tormentosa y ardua, porque además no se trata simplemente de conocimientos transferidos por terceros, sino desarrollados por el propio aprendiz, por su capacidad de desarrollar cualificaciones propias, ya que tener habilidades implica practicar una serie de mandos físicos y mentales hasta que ellas sean asimiladas automáticamente por el cerebro y pase a integrar el sujeto. Es lo que se llama "entrenar el cerebro". Así como hay mucha gente que va siempre al gimnasio a entrenar los músculos, el cerebro necesita ser entrenado para comportarse de esta nueva manera. Pero entrenar el cerebro requiere muchísimas horas y no genera las hormonas del placer que el esfuerzo físico puede proporcionar. Encontrar la manera de entrenar el cerebro con placer será la llave para absorber cada vez más habilidades.

Falta todavía señalar que este entrenamiento se dará a lo largo de toda la vida y no necesariamente será en torno a la misma carrera, tanto más si el mercado de trabajo impone, en cada momento, un tipo diferente de habilidad. La definición de esta carrera resulta más complicada y, con ella, la definición del propio ser. La tradicional pregunta "¿Qué hace usted?" puede ser difícil de responder. En consecuencia, ya surge una amplia demanda de certificaciones y experiencias laborales dispares. ¿Cómo certificar y cómo montar una carrera o un *currículo* totalmente diferente de los actuales currículos académicos y conseguir dar un nombre a esta carrera o profesión?

La formación o capacitación profesional de trabajadores informales es más problemática aún porque las unidades económicas informales no existen para el Estado, siendo por lo tanto improbable que puedan demostrar capacitaciones, experiencias o habilidades desarrolladas en ellas³⁶.

35. Pistono, F.: *Os robôs vão roubar seu trabalho, mas tudo bem: como sobreviver ao colapso econômico e ser feliz*, Portafolio Penguin, São Paulo, 2012.

36. Costa, M.S.: "Trabalho informal: um problema estrutural básico no entendimento das desigualdades na sociedade brasileira", *Caderno CRH*, vol. 23, núm. 58, 2010, https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-49792010000100011&script=sci_arttext.

Hay varios estudios analizando tendencias globales con mayor probabilidad de impacto sobre el futuro del trabajo sobre los siguientes ejes: cambio tecnológico, globalización, cambio demográfico, sustentabilidad ambiental, urbanización, desigualdad creciente e incertidumbre política³⁷.

V. CONCLUSIÓN

Este artículo abordó muchas cuestiones de modo general, de forma que una conclusión reduciría el propósito de su alcance. Destacamos aquí apenas algunas de ellas: la preponderancia del trabajo informal en contraste con la participación nula de este sector en la formulación de políticas de empleo o de trabajo, lo que configura un retraso democrático en la incorporación de esta masa de trabajadores. Además, se revela poco eficiente tener varias instituciones dedicadas solamente al trabajo formal cuando el informal tiene tamaño suficiente como para deshacer políticas de preservación de derechos laborales, tirando para abajo los niveles civilizatorios. Sobre la empleabilidad, el artículo analizó el tema bajo diversos ángulos para concluir que el perfil de trabajador que el capitalismo del siglo XXI ansía ver en el ejército de reserva es muy diferente del actual, para quien servirían políticas de *basic income*.

El aprendizaje permanente es un desafío sobre todo porque implica cambio de hábitos bastante radicados en cuanto al control externo de la actividad y del tiempo, sea por estudiantes sea por empleados, cuando este control, en la sociedad del desempeño, debe venir de la propia persona. Los trabajadores de tecnología de la información son tomados como parámetro para vislumbrar la situación de todos los demás trabajadores en el trabajo del futuro cuando toda la producción de bienes y servicios estará basada en las tecnologías de la cuarta revolución industrial.

37. En uno de esos estudios, se desarrolló un algoritmo para previsiones, a partir de entrevistas y discusiones con diversos especialistas en estas áreas y fueron hechas algunas previsiones que acaban corroborando cuánto se dijo aquí y tantas otras investigaciones con la misma finalidad. Las habilidades y profesiones que serán tendencia en 2030. Estudio hecho por la Pearson destaca la importancia de habilidades interpersonales y relacionadas al pensamiento sistémico. Las 10 habilidades y conocimientos asociados a las profesiones con mayor demanda: Estados Unidos: – Estrategias de aprendizaje– Psicología– Instrucción– Conciencia social– Sociología y antropología – Educación y entrenamiento – Coordinación – Originalidad – Fluencia de ideas – Aprendizaje activo Reino Unido – Evaluación y toma de decisión – Fluencia de Ideas – Aprendizaje activo Estrategias de aprendizaje – Originalidad – Evaluación de sistemas – Deducción lógica – Resolución de problemas complejos – Análisis de sistemas – Monitorización – Habilidades socio-emocionales. Las 10 ocupaciones con previsión de mayor demanda en 2030: Estados Unidos: – Profesores de educación infantil, enseñanza fundamental y para educación inclusiva – Profesionales especialistas en cuidados y servicios para animales – Abogados, jueces y profesionales relacionados – Profesores de enseñanza superior Ingenieros – Profesionales de estética y cuidados personales – Científicos sociales y profesionales relacionados – Consejeros, asistentes sociales y otros especialistas en trabajo social y comunitario – Bibliotecarios y cuidadores– Profesionales de entretenimiento, intérpretes, atletas y relacionados. En Reino Unido – Especialistas en preparación de alimentos y servicios de hospitalidad – Profesores y profesionales de la educación – Actividades relacionadas a deporte y vida saludable – Profesionales del área de ciencias sociales y naturales – Gerentes y propietarios en servicios de ocio – Administradores y directores en servicios sociales y de salud – Ocupaciones en las áreas artística, literaria y de medios de comunicación – Profesionales de gestión pública y relacionados – Otras ocupaciones de servicios de primera necesidad – Profesionales de terapia. Disponible en <https://porvir.org/as-habilidades-e-atividades-que-se-rao-tendencia-em-2030/> (consultado el 02.11.2020).

Bibliografía

- Antunes, R.: *O privilégio da servidão. O novo proletariado de serviço na era digital*, Boitempo, São Paulo, 2018.
- Aranha, A. V.: *Estado em ação: ideias, atores e instituições no enfrentamento da fome e da extrema pobreza no Brasil*, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2019. Tesis de Doctorado.
- Costa, M. S.: "Trabajo informal: um problema estrutural básico no entendimento das desigualdades na sociedade brasileira", *Caderno CRH*, vol. 23, núm. 58, 2010, https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-49792010000100011&script=sci_arttext.
- De Masi, D.: *O ócio criativo. Entrevista a Maria Serena Palieri*, Sextante, Río de Janeiro, 2012.
- Fortes, R. M.: "Sobre o conceito de exército industrial de reserva", *Temporalis*, Brasilia (DF), año 18, núm. 36, 2018.
- Han, B.: *Sociedade do Cansaço*, Editora Vozes, Río de Janeiro, 2018.
- Hussmanns, R.: *Measuring the informal economy: From employment in the informal sector to informal employment* Working Paper N. 53, Policy Integration Department Bureau of Statistics International Labour Office, Geneva, December 2004.
- Innerarity, D.: *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2020.
- Knight, F.H.: "Risk, Uncertainty, and Profit" en Lee, S.: *Duración del Trabajo en Todo el Mundo: Tendencias de jornadas de trabajo, legislación y políticas en una perspectiva global comparativa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.
- Krugman, P.: *Contra los zombies. Economía, política y la lucha por un futuro mejor*, Crítica, Barcelona, 2020.
- Lafargue, P.: *Direito à Preguiça*, Editora Claridad, São Paulo, 2003.
- Lima, J.C.: "O trabalho digital e seus desafios: conhecimento e condicionantes da flexibilização do trabalho", en Tomasi, A. y Romagnoli, R. C. (orgs), *Diálogos entre Trabalho e Educação: desafios contemporâneos*, JADesign, Belo Horizonte, 2020.
- Marx, K. y Engels, F.: *Manifiesto do Partido Comunista*, Expressao Popular, São Paulo, 2008.
- Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Pérez, M.: *Buenas prácticas de empleo en Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2016.
- Organización Internacional del Trabajo. *A OIT e a Economia Informal*, editada pelo Escritório da OIT em Lisboa, 2005.
- Pistono, F.: *Os robôs vão roubar seu trabalho, mas tudo bem: como sobreviver ao colapso econômico e ser feliz*, Portafolio Penguin, São Paulo, 2012.
- Rifkin, J.: *O Fim dos empregos: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo*, M. Books de Brasil Editora Ltda, São Paulo, 2004.
- Schumpeter, J.: "The theory of economic development: an inquiry into profits, capital, and credit" en Lee, S.: *Duración del Trabajo en Todo el Mundo: Tendencias de jornadas de trabajo, legislación y políticas en una perspectiva global comparativa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.
- Souza, J.: *A ralé brasileira*, Contracorrente, São Paulo, 2018.
- Standing, G.: *Precariado: una carta de derechos*, Capitan Swing Libros, Madrid, 2014.
- Tiengo, V. M.: *Rualização e informalidade: frutos do capitalismo*, Appris, Curitiba, 2020.
- Women and men in the informal economy: a statistical picture*, Geneva, ILO, 2018, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_626831.pdf.



Los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural. Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina ante la CIDH

THE RIGHTS TO A HEALTHY ENVIRONMENT, APPROPRIATE FOOD, WATER AND CULTURAL IDENTITY. THE CASE OF INDIGENOUS COMMUNITIES, MEMBER OF THE LHAKA HONHAT (OUR LAND) ASSOCIATION VS ARGENTINA IN IACHR

Fanny Verónica Mora Navarro

Doctoranda

Universidad Pablo de Olavide

fvmornav@alumno.upo.es

Recibido: 08.12.2020 | Aceptado: 17.12.2020

RESUMEN

El caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) es el primero ante la Corte IDH relacionado con un reclamo de pueblos indígenas en Argentina, cuya sentencia fue emitida el 6 de febrero de 2020. La Corte IDH ha resuelto que: el Estado es responsable por la violación a los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, establecidos en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este es el primer precedente en cuanto a derechos sociales y pueblos indígenas. En la investigación se abordará: la importancia y el avance de las resoluciones de la Corte IDH, en materia de pueblos indígenas; las principales sentencias que avalan el análisis diferenciado de los derechos civiles y políticos respecto de los derechos económicos, sociales y culturales; y, los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural y especificidades en relación con pueblos indígenas.

ABSTRACT

The case Lhaka Honhat (Our Land) is the first in the IACHR related with the claim of the indigenous communities in Argentina. The final decision of the case was stated the 6th of February 2020. The IACHR considered that the State is responsible for the violation of the right of participate in a cultural life, contained in the cultural identity, to a healthy environment, appropriate nutrition and water, stated in the article 26 of the American Convention on Human Rights. This is the first precedent regarding social rights and indigenous peoples. The investigation will address: the importance and progress

PALABRAS CLAVE

Pueblos indígenas
Argentina
Derecho a un ambiente sano
Derecho a la alimentación
Derecho al agua
Derecho a la identidad cultural

KEYWORDS

Indigenous peoples
Argentina
Right to a healthy environment
Right to food, right to water
Right to cultural identity

of the resolutions of the IACHR, related with indigenous peoples; the main judgments that support the differentiated analysis of civil and political rights regarding economic, social and cultural rights; and the rights to a healthy environment, to adequate food, to water and to cultural identity and peculiarities in relation to indigenous peoples.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA CORTE IDH
- III. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH. LAS VISIONES SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESCA
 - A. Vía indirecta
 - B. Vía directa
 - C. La tesis de la simultaneidad
- IV. LA JUSTICIABILIDAD "DIRECTA" DE LOS DESCA
- V. EL CASO LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA
 - A. Derechos al medio ambiente sano
 - B. Derecho a la alimentación adecuada
 - C. Derecho al agua
 - D. Derecho a la participación en la vida cultural
- VI. LA REPARACIÓN EN DECISIONES JUDICIALES QUE INVOLUCRAN PUEBLOS INDÍGENAS
- VII. CONCLUSIONES
 - Bibliografía

"La verdad es que somos parte de la tierra. Vivimos aquí desde siempre, desde el principio. Cuando Dios hizo el mundo nos puso a vivir en esta tierra. Nos enseñó cómo vivir aquí. Somos nacidos de la tierra como los árboles. *La tierra nos pertenece porque nosotros pertenecemos a la tierra*".

"Pensamiento aborigen y declaración conjunta", de 26 de junio de 1984, Santa Victoria del Este (Departamento de Rivadavia). Documento firmado por quince caciques de comunidades de la zona. Tomado del Informe para CIDH sobre ex fiscales 55 y 14, Peritaje realizado por Emiliana Catalina Buliubasich. Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina.

I. INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas tienen un amplio catálogo de derechos que se han ido reconociendo en instrumentos internacionales como: Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169 OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007 (A/RES/61/295), la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2016 (AG/RES. 2888) (XLVI-O/16).

El preámbulo de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas contiene una afirmación que resulta crucial para el entendimiento de la importancia de esta materia para el derecho en el continente americano: "los derechos

de los pueblos indígenas constituyen un aspecto fundamental y de trascendencia histórica para el presente y el futuro de las Américas”.

En la actualidad se reconoce en forma mayoritaria que la presencia de pueblos indígenas en las Américas es una “contribución al desarrollo, pluralidad y diversidad cultural de nuestras sociedades”¹. La identidad nacional de los países latinoamericanos, en las últimas décadas, se ha visto fortalecida por la búsqueda de sus raíces históricas y el reconocimiento de su diversidad.

Dentro de este marco jurídico de derecho internacional los Estados tienen el deber de garantizar el pleno goce de los derechos: civiles, políticos, económicos, sociales, culturales de los pueblos indígenas, así como su derecho a mantener su identidad cultural, espiritual y tradición religiosa, cosmovisión, valores y a la protección de sus lugares sagrados y de culto, y de todos los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional, teniendo siempre presente la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de estos.

II. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA CORTE IDH

En las últimas décadas se han dado amplios progresos legislativos y jurisprudenciales, tanto a nivel nacional e internacional, en los países de la región, en materia de derechos humanos. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante Sistema IDH), mediante informes sobre la situación de los derechos humanos, visitas in situ, consultas previas, resoluciones en procesos judiciales, medidas cautelares, ha fijado estándares regionales con lo cual se ha alcanzado en el continente americano mecanismos de garantía, promoción y protección en materia de derechos de los pueblos indígenas.

Las sentencias sobre pueblos indígenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) han tratado temas tan variados como: derecho a la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, derecho a la integridad personal, derecho a honrar a los muertos, problemas de acceso a la justicia, violencia sexual, tutela judicial efectiva y garantías judiciales, libertad de expresión, protección a la vida familiar, derecho a la propiedad comunal, deber de delimitar tierras indígenas, derecho a tener un procedimiento adecuado para la titulación de las tierras, derecho de recuperación de tierras, derecho de usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído, obligación de realizar estudios de impacto ambiental, pérdida de la identidad cultural como consecuencia del menoscabo de sus tierras, derecho de consulta, libertad de circulación y residencia, derechos políticos, derecho a la igualdad y no discriminación, entre otros.

Podemos observar que el desarrollo y consolidación de derechos para los pueblos indígenas, a lo largo de los años, ha sido muy productivo, se destaca la participación

1. Preámbulo de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

activa de los pueblos indígenas y sus representantes en el ámbito internacional. Sin embargo, el siglo XXI exige nuevos desarrollos en el contenido de derechos para estos colectivos.

En esta investigación se analizarán los pronunciamientos de los magistrados de la Corte IDH acerca del caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina y el reconocimiento de los derechos sociales para los pueblos indígenas.

III. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH. LAS VISIONES SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESCA

Del análisis de las resoluciones en los fallos de la Corte IDH podemos concluir que existen 3 visiones sobre la naturaleza y los alcances de los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26, en especial, sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante "DESCA"):

A. Vía indirecta

Vía indirecta a través del reconocimiento de la violación individual de derechos exclusivamente sobre la base de lo reconocido por los artículos 3 al 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o sobre la base de lo expresamente permitido por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".

Para sustentar esta posición se recurre a la interpretación literal del numeral 6 del artículo 19 del Protocolo de San Salvador, donde se establece que entre los derechos sociales que éste consagra, son justiciables ante la Corte IDH, (solo los artículos 8.1.a y 13), el derecho a la educación y ciertos derechos sindicales, previo informe de la Comisión IDH².

En 2012, la jueza Macaulay se pronunció sobre actualizar el sentido normativo del Artículo 26 en los siguientes términos: "(...) lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la convención americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de

2. Góngora Maas, J. J.: "Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los pueblos indígenas y tribales vinculados con la propiedad territorial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Quintana, K. y Flores, R.: *Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, pp. 79-142. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37412.pdf>.

San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana³.

La utilización de la vía indirecta podría ser interpretada como un “blindaje” que frena el avance en materia de derechos humanos, al no garantizar el acceso de los DESCAs, lo cual “no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia⁴. Además, la Convención Americana en el artículo 29.b) señala que no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos.

B. Vía directa

Vía directa a partir de violaciones autónomas a los DESCAs sobre la base del artículo 26 de la Convención Americana, así como de los instrumentos internacionales y nacionales que reconocen derechos, como son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo de San Salvador, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, e incluso las constituciones de los Estados parte de la Convención, entre otros⁵.

Las resoluciones de los jueces que garantizan el acceso, desarrollo y la justiciabilidad de los DESCAs, en aplicación del art. 26 de la Convención, lo han convertido en una verdadera garantía social, además, permite tratar de forma directa la violación del derecho, por el cual se presenta un caso ante la Corte IDH y no de forma indirecta o en conexidad con otros derechos⁶, dando “transparencia y tutela real⁷” a los mismos.

Otro razonamiento que apoya esta tesis es que la lectura del art. 26 de la Convención, como garantía de desarrollo progresivo de derechos, es una interpretación inspirada en un enfoque que podría ser regresivo puesto que “no es suficiente la simple adopción gradual de providencias para mejorar el acceso por parte de la población, sino que son obligaciones de exigibilidad directa e inmediata vía el artículo 26 de la Convención⁸”.

3. Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246. Párr. 9.

4. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, de 21 de mayo de 2013. Párr. 11.

5. *Ibid.*, Párr. 56, 66. Señala que la Corte IDH “para dotar de contenido a muchos derechos convencionales (ha) utilizando distintos tratados y fuentes distintos del Pacto de San José”, por lo que es una “práctica reiterada”, la utilización de instrumentos y fuentes internacionales más allá de la Convención Americana. En su argumentación defiende “la posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para darle contenido y alcances a los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana”.

6. *Ibid.*, Párr. 2.

Los Estados Parte de la Convención Americana “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (Art.1), sin que se haga distinción, entre si son “civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a la luz de la interdependencia e indivisibilidad existente entre todos los derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José” *Ibid.* Párr. 4.

7. *Ibid.*, Párr. 10.

8. Voto parcialmente disidente del juez Patricio Pazmiño Freire a la sentencia de 22 de noviembre de 2019 de la Corte IDH en el Caso Hernández Vs. Argentina. Óp. Cit. Párr. 11.

C. La tesis de la simultaneidad

La tesis de la simultaneidad⁹ evita acudir a la separación del análisis de derechos, haciendo una interpretación armónica de los instrumentos americanos, subrayando la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos (en adelante DCP) por un lado, y los económicos, sociales y culturales, por el otro, a partir de la conexidad e interrelación entre uno y otros.

Las tesis de la justiciabilidad directa y la simultaneidad nos lleva a la idea de alejarnos de la distinción del derecho por generaciones, clasificación que es útil para un estudio de los derechos desde su evolución histórica o cronológica, pero que, si se pretende que ello marque su justiciabilidad, crea la idea de fragmentación en el goce de derechos. En ningún caso esta clasificación nos debería llevar a la idea de unos derechos más fuertes que otros.

IV. LA JUSTICIABILIDAD “DIRECTA” DE LOS DESCA

Finalmente, después de años de discusión sobre la interpretación del Art. 26 de la Convención, la Corte IDH se ha decantado por la justiciabilidad “directa” de los DESCA, lo cual es defendido como un avance que se ha realizado sobre una argumentación de “justicia social” que le permite a la Corte IDH la competencia sobre todas las disposiciones del Pacto de San José, que busca la realización plena de derechos¹⁰, lo cual persigue dotar de mayor contenido a los mismos.

La Corte IDH, a partir del Caso Lagos del Campo Vs. Perú (sentencia de 31 de agosto de 2017), comenzó a declarar la violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de forma directa y autónoma, vía artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para el reconocimiento de la violación del Art. 26 en forma directa, la Corte IDH ha recurrido a la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”, o “la Carta”), otros instrumentos relevantes del Sistema IDH y del Sistema Universal en materia de DESCA, así como opiniones consultivas de la misma Corte.

La Corte IDH ha sostenido que tiene plena competencia para analizar las violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, entre ellos, lo concerniente al artículo 26, entre los cuales se encuentra el derecho al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Con este avance en las resoluciones de los fallos de la Corte IDH, los DESCA son obligaciones de exigibilidad

9. Voto parcialmente disidente del juez Ricardo C. Pérez Manrique a la sentencia de 6 de febrero de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Párr. 7.

También denominada como conexidad-simultaneidad. Ver Voto concurrente del juez Ricardo C Pérez Manrique a la sentencia de 21 de noviembre de 2019 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Párr. 6-12.

10. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, Ob. Cit. Párr.103.

directa e inmediata vía el artículo 26 de la Convención, destacando que su incumplimiento conlleva la responsabilidad internacional de los Estados¹¹.

La base para la declaración directa de la justiciabilidad de los DESCAs ante la Corte IDH es que todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a la luz de la interdependencia e indivisibilidad existente, entre todos los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, no tienen jerarquía entre sí, de tal forma que pueden ser justiciables de manera directa, tanto los DCP, como los DESCAs¹².

Los conceptos claves para entender los pronunciamientos de la Corte IDH serían entonces la interdependencia y la indivisibilidad, los que son un binomio inseparable en materia de derechos humanos -así lo ha entendido la Corte IDH-, como herramientas útiles para lograr la justiciabilidad “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales. Con el fin de lograr igual atención al desarrollo y protección de los DESCAs, tanto como los DCP.

La interdependencia -dependencia recíproca- entiende que el disfrute de unos derechos depende de la realización de otros. De tal forma fue explicada en el Caso Acevedo Buendía: “la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”¹³. La indivisibilidad “niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía”¹⁴.

Para sostener sus fallos la Corte IDH utiliza una visión e interpretación evolutiva, que busca que sus resoluciones sean “acorde con los tiempos actuales, lo que exige considerar los avances del derecho comparado”, para lo cual recurre a criterios utilizados por otras “altas jurisdicciones nacionales de los Estados Partes, incluso de la tendencia en otros países del mundo”. Además, se hace hincapié en que la interpretación que debe realizar en las resoluciones de la Corte es de todo el “*corpus juris* interamericano en su conjunto, especialmente la relación de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador”¹⁵.

América Latina es un continente desigual, donde la distribución económica de los recursos no tiene un reparto igualitario. El nivel de pobreza para los pueblos indígenas es más alto frente a otros grupos poblacionales de la región. Dotar de contenido a los DESCAs vía desarrollo del art. 26 de la Convención Americana podría ser la vía

11. Voto parcialmente disidente del juez Patricio Pazmiño Freire a la sentencia de 22 de noviembre de 2019 de la Corte IDH en el caso Hernández vs. Argentina, Óp. Cit. Párr. 11.

12. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, Óp. Cit. Párr. 4.

13. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198. Párr. 101.

14. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, Óp. Cit. Párr. 24.

15. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, Óp. Cit. Párr. 8.

para la redistribución de recursos y de poderes hacia el fortalecimiento de derechos en la región, hacia la superación de la lectura de derechos, desde un enfoque liberal e individual de los mismos, insistir en la idea contraria parecería caer en la trampa de la jerarquización y fragmentación de derechos.

Los derechos cuando cumplen la función de límites y vínculos con el poder estatal, más que concedidos, se considerarían más bien conquistados¹⁶. “El papel otorgado por las garantías sociales es un criterio esencial para evaluar la legitimidad democrática de un ordenamiento jurídico”¹⁷. Los derechos sociales percibidos “desde abajo” no aparecen como “derechos subjetivos que tienen como contenido una prestación positiva fáctica del Estado”¹⁸, sino como “auténticos derechos de participación” en las prestaciones estatales, así como en los bienes y servicios que los derechos sociales amparan¹⁹. Para los más vulnerables, el acceso a estos órganos jurisdiccionales son oportunidades que vistos “desde abajo” pueden transformarse en espacios de “participación y de disputa jurídica-política”, en los cuales pueden hacer valer sus derechos²⁰.

Si se pretende el pleno ejercicio de las prácticas democráticas en la región es necesario reforzar el cumplimiento y exigibilidad directa de los DESCAs, puesto que así se propenderá a la integración socio-económica, en condiciones de igualdad, para todos los ciudadanos. En el caso de los pueblos indígenas es necesario el reconocimiento desde la diferencia cultural, para brindarles las condiciones sociales y económicas que les permitan superar las exclusiones y discriminaciones a los que siguen siendo sometidos, y de esta forma puedan organizarse colectivamente en sus relaciones sociales de la manera más equitativa posible.

V. EL CASO LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA

El caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) es el primero ante la Corte IDH relacionado con un reclamo de pueblos indígenas en Argentina, constituido por comunidades indígenas pertenecientes a los grupos étnicos: Mataco (Wichi), Chorote (Iyjawaja), Toba (Quom), Chulupí (Nivacklé), Tapiete (Tapy´y) (entre 6.000 y 7.000 personas), e involucra 132 comunidades indígenas. Sin embargo, por una dinámica propia de la vida de las comunidades, este número puede variar por la acción del proceso de “fisión-fusión”, por medio del cual parte de la población se escinde y forma nuevas comunida-

16. Pisarello, G.: “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”, en Courtis C.: *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del Derecho*. Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 156.

17. *Ibid.*, p. 157.

18. Arango, R.: “Derechos sociales. Un mapa conceptual”, en Morales Antoniazzi M., et al. (coord.): *Interamericanización de los DESCAs el Caso Cuscul Pivarral de la Corte IDH*. Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2020. Disponible en: https://www.mpil.de/files/pdf6/Interamericanizacion_de_los_DESCA.pdf.

19. Pisarello, G.: “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”, Op. cit., p. 158.

20. *Ibid.*, p. 170.

des, o por el contrario se unifican, pero es el mismo pueblo indígena que conforman las comunidades que iniciaron el proceso²¹.

Además, en el lugar, en la región del Chaco-Salteño, estos pueblos conviven desde 1902 con una población de origen "criolla" (al inicio de la controversia 2.600 personas) dedicada a la ganadería extensiva como actividad económica principal, lo cual ha generado conflicto con los pueblos indígenas, puesto que sus fincas cortan la zona de caza y recolección de frutos, degradan el medio ambiente, producen deforestación, se ha desmejorado la fauna del lugar y las especies vegetales originales han sido sustituidas por tierras de pastoreo.

Las referencias más antiguas de estos pueblos originarios en la zona datan del siglo XVI²², quienes han realizado acercamientos con los distintos gobiernos a partir de 1983, año de regreso a la democracia, con la finalidad de obtener un título sobre las tierras que aseguran son de su posesión, desde tiempos inmemoriales. Para ellos la tierra "es parte esencial de su identidad, además del recurso indispensable para sus comunidades"²³. Ellos han utilizado las áreas en conflicto para tareas propias de su cultura, como son la caza y recolección, ambas actividades "vitales para su supervivencia en razón de que es en los recorridos demarcados tradicionalmente donde encuentran los animales y frutos necesarios para su alimentación"²⁴. Aseguran que "la riqueza del suelo y la abundancia de los recursos naturales ya no son características de su territorio como en tiempos pasados"²⁵. Debido a la "explotación" y "extracción" de recursos naturales, por parte de personas ajenas a su comunidad, así como el establecimiento de la ganadería de la población criolla.

En 1991, las comunidades presentaron ante las autoridades de la República Argentina la solicitud inicial de titulación para el acceso a un título efectivo de propiedad sobre su territorio ancestral. Se suscribió un Acta entre las comunidades indígenas y el Director General de Adjudicaciones de Tierras Fiscales de la Provincia de Salta, con las condiciones para la adjudicación de los territorios. Posteriormente se creó una Comisión Asesora para establecer la metodología para la entrega de tierras, que recomendó el traspaso de "la tierra respetando las "áreas de recorrido" de las comunidades con asentamientos en ambos lotes, de forma comunitaria, sin subdivisiones y bajo título único"²⁶.

Los demandantes insisten en la adjudicación de las tierras bajo un título único, puesto que consideran que: "la unidad de las tierras es la única manera en que puede respetarse "las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los

21. Caso Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, Párr. 33, 35, 50 y 156 Nota a pie 22, 23, Anexo V.

22. Informe pericial realizado por Lic. Norma Teresa Naharro. Salta, 2009. p. 4.

23. Informe de Admisibilidad Núm. 78/06, Petición 12.094. Comunidades aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) (Argentina), 21 de octubre de 2006. Párr. 32. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Argentina12094sp.htm> [1 de noviembre de 2020].

24. *Ibid.*, Párr. 32.

25. *Ibid.*, Párr. 32.

26. *Ibid.*, Párr. 30.

miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”²⁷. De acuerdo con el art. 75 núm. 17 inciso 2, de la Constitución de la Nación Argentina, le corresponde al Congreso de Argentina, entre sus atribuciones, la de reconocer la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas argentinos. Sin embargo, los demandantes insisten en “que la interpretación del término “comunitaria” se efectúe de acuerdo a las pautas culturales de los pueblos indígenas, ya que si el Estado se arroga la facultad de darle contenido a la propiedad comunitaria, la letra de la norma se torna vacua”²⁸.

El 4 de agosto de 1998 la Comisión IDH recibió la petición inicial presentada por la Asociación de Comunidades Indígenas Lhaka Honhat por violación de derechos en contra de la República Argentina. Los hechos que lo motivaron fueron la construcción de un puente internacional y obras de infraestructura, dentro del proyecto de integración de Argentina al MERCOSUR, que desplazarían a los pueblos indígenas de sus territorios, lo que amenazaría “la base de su subsistencia al cortarse las áreas de recorrido de caza y recolección que van desde el río Pilcomayo hasta el monte”²⁹.

Una vez que se corrió traslado al Estado con el informe, este propuso una mediación con la intervención del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (en adelante INAI), que fue aceptada por los peticionarios. Se inició un procedimiento de solución amistosa por cinco años (1 de noviembre de 2000 hasta el 20 de julio de 2005). Al no llegarse a un acuerdo se impulsó nuevamente la petición.

En el informe de fondo núm. 02/12, de 26 de enero de 2012, se estableció la violación de derechos humanos debido a que el Estado dentro del territorio indígena no realizó el control efectivo de la deforestación, a pesar de las denuncias recibidas por los miembros de las comunidades indígenas sobre estas actividades ilegales, construyó “obras públicas”, autorizó “concesiones para la exploración de hidrocarburos”, sin que existieran estudios previos de “impacto social y ambiental”, y tampoco realizó “consultas previas, libres e informadas”.

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que, si bien el Estado argentino había realizado avances, no existieron “expectativas de implementación” de las recomendaciones en un plazo razonable, por lo que el caso de las Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) fue sometido a la Corte IDH, el 1 de febrero de 2018.

En el presente caso la controversia se centra en la determinación de la conducta estatal, respecto a: 1.- la seguridad jurídica otorgada a las comunidades para el pleno ejercicio al derecho de propiedad; y 2.- la determinación de si las “actividades sobre el territorio han generado afectaciones al ambiente, a la alimentación y a la identidad cultural” de las comunidades indígenas pertenecientes a Lhaka Honhat³⁰.

27. *Ibid.*, Párr. 41. núm.1.

28. *Ibid.*, Párr. 41. núm.1.

29. *Ibid.*, Párr. 34.

30. *Ibid.*, Párr. 89.

En este caso, la Corte IDH ha resuelto con tres votos a favor, incluido el de la Presidenta, y 3 en contra que: el Estado argentino es responsable por la violación a los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, establecidos en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este es el primer fallo que reconoce el impacto que se tiene desde una visión indígena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). En las sentencias anteriores, la Corte IDH ha tutelado derechos de pueblos indígenas en forma de protección indirecta o por conexidad de los DESCAs, a partir de la vulneración del Art. 21 que reconoce el derecho de propiedad³¹.

En la presente sentencia nos encontramos ante un nuevo ciclo de derechos de los pueblos indígenas, cuyo valor añadido es la aplicación de los DESCAs en el desarrollo de los derechos para pueblos indígenas. En el cual los derechos sociales de los pueblos indígenas se dotan de contenido de manera autónoma al reconocimiento o violación al del derecho de la propiedad comunal. Este es, sin duda, un avance hacia una mayor especialidad en la determinación de los derechos, que repercutan en una mejor protección para estos, ajustándose a sus propias cosmovisiones y especificidad cultural.

En este caso juegan un papel importante las cosmovisiones culturales de los pueblos indígenas, en relación a la naturaleza, el cuidado del medio ambiente y alimentación, lo que puede ser útil para comprender mejor el problema que gira en torno al ejercicio de estos derechos y encontrar nuevas soluciones.

La sentencia del caso *Lhaka Honhat* dictada el 2020 presenta un avance en cuanto al reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), y el impacto que se tiene desde una visión indígena. Por primera vez se realizó una protección diferenciada del territorio, mediante el artículo 26 de la Convención Americana, con el reconocimiento de la violación de los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural.

El menoscabo de derechos que sufren los indígenas es representativo “para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones”³². Esta reflexión, recogida en una sentencia de 2006, reconoce el perjuicio de las violaciones de derechos humanos para pueblos indígenas, por la falta de reconocimiento de su territorio, sin embargo, restringe este daño únicamente a la falta de reconocimiento de su derecho de propiedad.

La sentencia del caso *Lhaka Honhat*, al realizar la determinación en forma autónoma a los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la

31. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en la sentencia de 6 de febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas) Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Párr. 26.

32. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Párr. 222. En este caso se declaró la violación del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

participación en la vida cultural, ha tenido como consecuencia que, en la parte resolutoria, en cuanto a las medidas de reparación ordenadas las mismas tengan “por objeto atender a tales lesiones en forma específica”. En el caso de subsumir la problemática del caso únicamente en el derecho de propiedad, es posible que se hubiesen podido dictar reparaciones restringidas a la restitución de este derecho³³.

A continuación, se analizan los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural y especificidades en relación con los pueblos indígenas.

A. Derechos al medio ambiente sano

Con respecto al derecho al medio ambiente sano, la Corte IDH remite en la sentencia a la Opinión Consultiva OC-23/17³⁴, donde manifestó que “es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”, que busca la protección de la naturaleza, por su importancia, tanto para las personas, así como para los organismos vivos con quienes compartimos el planeta. Los Estados y los particulares tienen el deber de prevenir una posible violación, por lo que es considerada una obligación de medio o comportamiento³⁵.

El daño ambiental en territorios indígenas influye directamente en el bienestar físico, espiritual y cultural de las comunidades, puesto que su relación con la naturaleza está íntimamente ligada al desarrollo de sus vidas. La Corte IDH reconoce que diversos derechos pueden verse afectados a partir de la vulneración al medio ambiente sano, tales como la alimentación adecuada, al agua y a la participación en la vida cultural³⁶.

En las sentencias de la Corte IDH, en casos anteriores, se habla de la importancia de los recursos naturales de los territorios ocupados por los pueblos indígenas como requisito para su supervivencia³⁷. La tala de árboles es considerada dentro de los daños materiales a la propiedad³⁸, lo que es calificado como “un legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia” causante de “problemas espirituales y sociales”³⁹.

33. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en la sentencia de 6 de febrero de 2020. Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat Óp. Cit. Párr.61.

34. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

35. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 207.

36. *Ibid.*, Párr. 209.

37. “La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera.” Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Párr.82.

38. “De acuerdo con la prueba presentada ante este Tribunal, se extrajo una cantidad considerable de madera valiosa del territorio del pueblo Saramaka sin antes consultarle o brindarle una indemnización (supra párr. 153). Además, la prueba del caso indica que las concesiones madereras que otorgó el Estado causaron gran daño a la propiedad en el territorio ocupado y utilizado tradicionalmente por el pueblo Saramaka”. *Ibid.*, Párr. 199.

39. *Ibid.*, Párr. 153.

El derecho al medio ambiente para pueblos indígenas, en áreas rurales, implica la conservación y protección del medio ambiente seguro, limpio, saludable y de la capacidad productiva de sus tierras, así como de los recursos que utilizan y gestionan. Lo que debería incluir el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas ancestrales indígenas, un aporte para el desarrollo sostenible y equitativo, así como para una buena disposición del medio ambiente.

B. Derecho a la alimentación adecuada

El derecho a la alimentación se señaló por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁰ (1948), “se lo considera como uno de los elementos constitutivos del derecho más general a un estándar de vida adecuado”⁴¹. A continuación, fue reconocido en forma directa en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴² (1966), con un énfasis en concreto en el “derecho a una alimentación adecuada”, y se añade la obligación de los Estados a la adopción de medidas para proteger a las personas contra el hambre, calificándolo como “derecho fundamental”⁴³.

En este caso en particular, en la Constitución de la Nación Argentina, en el numeral 22 del art. 75⁴⁴, reconoce que los Convenios Internacionales que allí se mencionan son “complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” a los que les da la jerarquía constitucional. Así que la Corte IDH recoge los artículos de esos instrumentos internacionales que se refieren al derecho a la alimentación. Entre ellos, los siguientes: a) El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴⁵; b) El art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; c) El art. 11 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Corte IDH para determinar las violaciones al artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el derecho a la alimentación, utilizó los siguientes instrumentos internacionales: a) El art. 34, letra j de la Carta de la Organización de los Estados Americanos⁴⁶; y, b) El art. 12, numeral 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”⁴⁷.

40. El Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, prevé que: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, en especial la alimentación (...)*”.

41. Rodotà, S.: *El Derecho de tener derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 123.

42. El art. 11 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce: “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación (...)”.

43. El art. 11 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, (...)”.

44. Argentina. Constitución de la Nación Argentina. Ley N° 24.430. Publicada en el Boletín Nacional del 10 de enero de 1995.

45. Art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, reconoce que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, (...), correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.”

46. El art. 34, letra j de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, señala que: es una “meta” y “objetivo básico del desarrollo”, la nutrición adecuada, producción y disponibilidad de alimentos.

47. El art. 12, numeral 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, consagra el derecho a la alimentación

La Corte IDH considera que el derecho a la alimentación “protege, esencialmente, el acceso de las personas a alimentos que permitan una nutrición adecuada y apta para la preservación de la salud”⁴⁸. El derecho a la alimentación opera cuando: las personas tienen “acceso físico y económico”, en cualquier momento, “a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”,⁴⁹ se enfatiza en el adjetivo “adecuada”, puesto que “no cualquier tipo de alimentación satisface el derecho”⁵⁰. Además, se destaca el concepto de seguridad alimentaria, que se relaciona “con el de “sostenibilidad”, y entraña “la posibilidad de acceso a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras”⁵¹.

El derecho a la cultura y el derecho a los alimentos están íntimamente ligados. Desde la aceptabilidad de los alimentos, así como las actividades para obtenerlos, lo cual entra dentro del contenido normativo del derecho. En el presente caso este derecho debe ser analizado en su dimensión cultural, dentro del contexto del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Los alimentos son mucho más que comida⁵², puesto que existen valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los mismos y su consumo, como por ejemplo: la preparación, el cultivo, las fiestas, la gestión propia de los recursos agrarios, ganaderos, pesqueros. En relación con los alimentos existe un patrimonio propio de cada cultura que requiere formas de protección que deben incluir su garantía, conservación y su restauración⁵³. De esta forma, la comida expresa la cultura de quienes la practican, por lo que adquiere un valor identitario, que se concreta en condiciones de pertenencia e identidad del grupo.

Los pueblos que habitan la zona del Chaco argentino, desde el punto de vista antropológico, según el criterio técnico económico, son “sociedades cazadoras recolectoras”, por lo que es primordial la búsqueda diaria de recursos con la finalidad de lograr su subsistencia⁵⁴. La alimentación de este pueblo se encuentra ligada a lo que

como “derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.”

48. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 216.

También se habló de derecho a la alimentación, en el caso Cuscul Pivaral, en relación con el derecho a la salud. La Corte IDH fue enfática en señalar que la atención, para personas que viven con el VIH incluye medidas, que van más allá, de los medicamentos y la atención sanitaria, entre estos, la “buena alimentación”, lo que mejora la calidad de vida óptima. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Párr. 112.

49. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 216.

50. *Ibid.*, Párr. 220.

51. *Ibid.*, Párr. 220.

52. Lanni S.: “Gli insetti edibili tra globalizzazione scambista e interculturalità”, *DPCE on line*, Vol. 39, núm. 2, 2019, p, 1323. Disponible en: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/734/677> [revisado el 30 de junio de 2020]

53. Franca Filho, M.T. y Falcão, A.H.B.V.: “Brazil and the Agrarian Cultural Heritage. A Preliminary Reading of the Charter of Baeza in the Tropics”, en Scaffardi L. y Zeno-Zencovich, V. (ed.): *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata. Atti del XXV colloquio biennale associazione italiana di diritto comparato. Parma 23-25 maggio 2019*, RomaTre-Press, Roma, 2020, Volume I, p. 182. Disponible en: <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/06/cidi-szcz-1.pdf>.

54. Informe pericial realizado por Lic. Norma Teresa Naharro. Salta, 2009, p. 4.

les ofrece “el monte” y “el río”⁵⁵. El indígena “privado de los recursos alimenticios del monte no podrá sobrevivir”⁵⁶.

Argentina violó el derecho a la alimentación adecuada de las comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat, “«al no controlar las actividades de individuos o grupos para evitar que violen el derecho a la alimentación de otras personas»”⁵⁷. La presencia de la población criolla produjo una nueva “distribución” de los recursos naturales y la introducción de prácticas agrícolas-ganaderas, cercamiento o alambrado de tierras, elementos ajenos a la cultura de los pueblos indígenas, apropiación de fuentes de agua, lo que marcó la aparición de limitaciones a la adecuada provisión de recursos para la alimentación que creó una vulnerabilidad en la comunidad, y la inseguridad alimentaria para todos los miembros de la Asociación.

En casos anteriores se ha visto perturbado el derecho a la alimentación debido a la falta de acceso a la tierra en: Saramaka,⁵⁸ Yakye Axa,⁵⁹ Sawhoyamaxa,⁶⁰ Xákmok Kásek⁶¹.

En este caso los pueblos indígenas, para el ejercicio del derecho a la alimentación, se han enfrentado con dificultades, tales como: falta de acceso a tierras libres de perturbación de terceros, calidad del agua, injerencias externas en sus tierras, tanto por los criollos como por quienes se aprovechan de la madera en forma ilegal, falta de asistencia estatal para proyectos productivos, ausencia de medidas de protección de sus territorios dentro de la legislación nacional, largos trámites administrativos para el reconocimiento de su derecho sobre sus tierras, lo que limitó el ejercicio pleno de su derecho a la alimentación al no poder acceder a los medios de subsistencia que garanticen su desarrollo.

En la sentencia se menciona el consumo de frutos que las comunidades realizan, tales como: la algarroba, el mistol y el chañar, incluso en el pasado se realizaban celebraciones como las “fiestas de la algarroba”. Esta planta constituye un elemento básico en la alimentación de la gente de la región⁶². En este punto, la sentencia nos ofrece pequeños detalles de una dieta con “identidad”, propia de las etnias de la región del Chaco Argentino.

Para la realización plena del ejercicio del derecho a la alimentación es necesario tener un control por parte de los pueblos indígenas sobre sus territorios. De esta manera pueden garantizarse el acceso a los recursos en su zona, de forma que pueden

55. *Ibid.*, p. 5.

56. Informe para CIHD sobre ex fiscales 55 y 14, Peritaje realizado por Emiliana Catalina Buliubasich.

57. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). 12 de mayo de 1999. E/C.12/1999/5, CESCR Observación General 12. (General Comments). Ginebra, 26 de abril a 14 de mayo de 1999. Párr. 19. Citada por en el Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 221.

58. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, párr. 82, 83, 125, 126.

59. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Párr. 165.

60. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Párr. 156 a 178. En este caso al no contar con tierras propias no pueden complementar su dieta con una alimentación de calidad.

61. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 197-202. Este pueblo se vio impedido de realizar actividades tradicionales en las tierras que reclamaban, entre ellas la caza y la agricultura, por lo que no contó con las fuentes de alimento, su dieta era limitada y pobre. La falta de estos, en cantidades suficientes ocasionó una “inadecuada nutrición de los miembros de la Comunidad” que se visibilizó en el crecimiento de los niños, con una “la prevalencia mínima de atrofia de crecimiento”. Párr. 202.

62. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 260.

asegurarse sus medios de subsistencia, que resulta “«fundamental e inescindible para su supervivencia alimentaria y cultural»”⁶³. Al mismo tiempo, es importante que se garantice el derecho a la autodeterminación, para que puedan tomar decisiones sobre su territorio y medidas aplicables para su desarrollo.

Un aspecto a destacar en la protección del derecho a la alimentación tiene que ver con que los alimentos no solo cumplen una función nutricional para el cuerpo, sino también para “la dignidad de la persona”⁶⁴. En este derecho se entretienen otros derechos como: el respeto a la dignidad cultural, el principio de la no discriminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y la integridad de la persona⁶⁵.

El derecho a la alimentación adecuada es mucho más que recibir alimentos de calidad y en cantidades que nos permitan tener una nutrición adecuada, que nos proporciona un desarrollo físico y mental, sino que también tiene que ver con nuestra libertad personal a la hora de elegir nuestra propia autodeterminación en materia alimentaria, entendida como la libertad de elección de nuestra alimentación. Igualmente se debe proteger el derecho intergeneracional a la alimentación de las futuras generaciones y la sostenibilidad de la producción de los alimentos⁶⁶. En este sentido, el derecho a la alimentación se presenta como “un punto de convergencia de múltiples principios jurídicos”⁶⁷.

En la sentencia no se menciona nada sobre la protección a las actividades agrarias, pesca o caza propias de los pueblos indígenas, entendidas estas como: las prácticas realizadas, por estos grupos, sobre el medio biofísico para el aprovechamiento de sus recursos naturales y biológicos, lo cual produce efectos específicos sobre los mismos, tales como la agricultura, la ganadería y la silvicultura (semillas, plantas, animales, suelo).

El derecho a la alimentación debe ser leído en clave intercultural, en la que la relación entre las culturas se realice sobre una base de igualdad, y como herramienta para la autodeterminación de la persona y de la comunidad a la que pertenecen. Los alimentos son mucho más que un “objeto de comercio y de valor económico comercializable”⁶⁸. La alimentación como derecho puede ser vista, también, “como una herramienta para preservar el medio ambiente y la especie humana”⁶⁹. El estudio de este derecho puede ser examinado desde el punto de vista social, ambiental, nutricional, cultural, lo que nos deja ver su amplio perfil, que deberá desarrollarse en una próxima sentencia en que la Corte IDH pueda volver a tratar sobre este asunto.

63. *Ibid.*, Párr. 252. Este mismo argumento fue citado por la Corte IDH en un caso precedente, en la sentencia del Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 282.

64. Rodotà S.: *El Derecho de tener derechos*, Op. cit., p. 124.

65. *Ibid.*, p. 124.

66. D’Orazio, R.: “La libertà di coscienza e il principio di eguaglianza alla prova delle «dottrine alimentari»” en Scalfardi L. y Zeno-Zencovich V. (ed.): *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata. Atti del XXV colloquio biennale associazione italiana di diritto comparato. Parma 23-25 maggio 2019*, RomaTre-Press, Roma, 2020, Volume I, p. 54. Disponible en: <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/06/2.lali-dior.pdf>.

Ver también Lanni S.: “Gli insetti edibili tra globalizzazione scambista e interculturalità”, Op. cit., p. 1323.

67. Rodotà S.: *El Derecho de tener derechos*, Op. cit., p. 124.

68. Lanni, S.: “Gli insetti edibili tra globalizzazione scambista e interculturalità”, Op. cit., p. 1326.

69. *Ibid.*, p. 1323.

C. Derecho al agua

El derecho humano al agua “puede vincularse con otros derechos”⁷⁰, siendo el “derecho de toda persona a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico”⁷¹. La Corte IDH señaló que el “derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana”⁷².

La Corte IDH destacó que el derecho al agua está entre los derechos que son “particularmente vulnerables a afectaciones ambientales”⁷³, entre ellos también, los derechos a la alimentación y a participar en la vida cultural. En un caso anterior, relacionado con el pueblo Saramaka, manifestó que la extracción de recursos podría ver afectado el uso y goce de los elementos de la naturaleza necesarios para la supervivencia de los grupos afectados, expresó que: “El agua limpia natural, (...) es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca”⁷⁴.

En el caso Xákmok Kásek, la Corte IDH se pronunció sobre el cumplimiento de estándares como: la calidad y “cantidad suficiente para garantizar un abastecimiento para los mínimos requerimientos”⁷⁵. En este proceso también se observó cómo las comunidades no tuvieron acceso a fuentes de agua seguras y próximas a sus locaciones.

La Corte IDH observó que el derecho al agua debe ser una obligación de cumplimiento progresivo por parte del Estado, sin perjuicio de las obligaciones “inmediatas”, que son: la garantía de acceso, sin discriminación y la adopción de medidas, para lograr su plena realización⁷⁶. Sin embargo, en los casos en que las personas no estén en condiciones de acceder al agua, por razones ajenas a su voluntad, el Estado deberá: “garantizar un mínimo esencial de agua”⁷⁷.

La Corte IDH reconoció que entre las obligaciones estatales se encuentran la “protección frente a actos de particulares”, lo que exige por su parte la implementación de acciones que “impidan a terceros que menoscaben el disfrute del derecho al agua”⁷⁸. Además, los gobiernos “deben prestar especial atención” a los grupos “que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho”, entre ellos se encuentran los pueblos indígenas. En este caso, se debe procurar que el acceso a este recurso sea “en sus tierras ancestrales”, con un nivel de garantía y protección “de toda transgresión y contaminación ilícitas”⁷⁹.

70. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 222 como la alimentación, el medio ambiente y los derechos culturales.

71. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derecho económicas, sociales y culturales. Observación General 15 (2002). E/C.12/2002/11. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) Párr. 2.

72. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 222.

73. *Ibid.*, 228.

74. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, párr. 126.

75. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 195.

76. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 229.

77. *Ibid.*, Párr. 229.

78. *Ibid.*, Párr. 229.

79. *Ibid.*, Párr. 230.

En cuanto a la gobernanza del agua, por parte de las comunidades indígenas, los Estados deberán “facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”⁸⁰. En este punto podemos hablar de un derecho a ser incluidos en los procesos de planificación del agua.

A la vez se debe atender que las comunidades nómadas “tengan acceso al agua potable en sus lugares de acampada tradicionales”⁸¹. En esta materia se entiende que ciertos pueblos “utilizan el territorio en circuitos de trashumancia”⁸², con actividades de “caza, pesca o recolección estacional o nómada”⁸³, que las ejecutan dentro de sus tierras ancestrales o áreas dedicadas a uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, que son características de su cultura.

La tierra, el agua y la naturaleza son de vital importancia para la supervivencia de los pueblos indígenas, que viven en las áreas rurales, puesto que dependen de ellos para su subsistencia. La protección del agua requiere que se promueva su conservación, regeneración y utilización sostenible, debido a que se registra a nivel mundial una disminución del suministro y la calidad del agua, como resultado del cambio climático.

Es de vital importancia en esta materia la protección de los ecosistemas relacionados con el agua, como: las montañas, los bosques, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos, así como el cuidado de los ciclos del agua. En este punto debemos ampliar la mirada, en función de “las tendencias hacia conceptos de gestión del agua más holísticos (...) con la ampliación de los enfoques científicos, que ahora tienden a concebir los recursos como ‘sistemas socio-ecológicos’”⁸⁴.

En el presente caso, el sobre pastoreo, la tala de árboles para uso de la madera, la falta de cobertura vegetal, desnudó el suelo, lo que favoreció la erosión hídrica, que ha tenido como consecuencia la falta de disponibilidad de lagunas temporarias, lo que ha ocasionado una modificación del ecosistema, la pérdida de especies vegetales, árboles con frutos comestibles, pequeños animales de caza, fuente de proteína para los pueblos indígenas. Además, las familias criollas han cercado los reservorios de agua impidiendo su acceso a los pueblos de la zona⁸⁵.

El derecho al agua para los pueblos indígenas es diferente de la forma en como lo pensamos en las leyes ideadas, desde y para las sociedades urbanas-occidentales, por lo que su reconocimiento debe darse tomando en cuenta las relaciones culturales de estos grupos con el agua, lo que a menudo involucra “una profunda conexión espiritual y ancestral entre las personas y los recursos, y una obligación de las personas

80. *Ibid.*, Párr. 230.

81. *Ibid.*, Párr. 230.

82. *Ibid.*, Párr. 279.

83. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 148. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Párr. 131. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Párr. 113.

84. Macpherson E.J. y Weber Salazar P.: “Towards a Holistic Environmental Flow Regime in Chile: Providing for Ecosystem Health and Indigenous Rights”, *Transnational Environmental Law*, Vol. 9, núm. 3, 2020, p. 486.

85. Informe pericial realizado por Lic. Norma Teresa Naharro. Salta, 2009. p. 12-14. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 261

de gobernar y cuidar el recurso para las generaciones presentes y futuras, en lugar de solo explotarlo para su propio beneficio”⁸⁶.

El art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a las minorías étnicas el derecho a tener su propia vida cultural, que en el caso de comunidades indígenas “pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos. (...) Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley”⁸⁷.

D. Derecho a la participación en la vida cultural

El derecho a participar en la vida cultural contiene al derecho a la identidad cultural⁸⁸, a tener su propia vida cultural; la cultura implica los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias⁸⁹.

La protección del disfrute de una determinada cultura “tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto”⁹⁰. En el caso de los pueblos indígenas, va de la mano de la conservación del medio ambiente, alimentos y sus formas de subsistencia, así como del acceso al agua, puesto que los mismos son vitales para la garantía de su integridad cultural y su supervivencia, como pueblos distintos. La degradación del entorno y los recursos naturales deterioran “el medio de vida del aborigen”, lo que se traduce en la destrucción de “un territorio culturalmente significado, la cosmovisión y la diversidad lingüística”⁹¹.

La Corte IDH entendió que el derecho a la identidad cultural tutela la libertad de las personas a seguir una forma o estilo de vida vinculado a la cultura a la que pertenece, y a participar en el desarrollo de esta. En ese sentido gozan de la protección del derecho a preservar los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social⁹². Los Estados tienen “obligaciones básicas”, entre ellas la de salvaguardar “el derecho de toda persona a ejercer sus propias prácticas culturales”⁹³.

El derecho a participar en la vida cultural parte de la idea de la existencia de una relación cultural entre los pueblos indígenas y el mundo natural, que requiere de elementos como: la disponibilidad “de bienes y servicios culturales” calificados como “dones de la naturaleza” (ríos, bosques, flora y fauna), así como, “bienes culturales

86. Macpherson, E.J.: *Indigenous Water Rights in Law and Regulation: Lesson from Comparative Experience*, Cambridge University Press, New York, 2019. Versión electrónica.

87. Caso Ángela Poma Poma vs Perú, Comunicación N° 1457/2006, UN CCPR/C/95/D/1457/2006, de 27 de marzo de 2009. Párr. 7.2.

88. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 231.

89. *Ibid.*, Párr. 237.

90. Caso Ángela Poma Poma vs Perú, Comunicación N° 1457/2006, UN CCPR/C/95/D/1457/2006, de 27 de marzo de 2009. Párr. 7.2.

91. Informe para CIHD sobre ex fiscales 55 y 14, Peritaje realizado por Emiliana Catalina Buliubasich.

92. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 240.

93. *Ibid.*, Párr. 242.

intangibles”, (costumbres, tradiciones, valores), que configuran la identidad y contribuyen a la diversidad cultural de individuos y comunidades⁹⁴.

En casos anteriores la Corte IDH manifestó que: “al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”⁹⁵.

La sentencia del caso *Lhaka Honhat* incorpora una nueva y merecida lectura de derechos, como un aporte a las tradiciones legales del mundo, en su análisis de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, para los pueblos indígenas desde la propia cosmovisión, atendiendo a la especial relación de estos con su territorio. Todo derecho humano debe ser adoptado de manera pertinente y apta a un determinado contexto o una determinada modalidad cultural, de manera que respete la cultura y los derechos culturales de las personas y las comunidades, con inclusión de las minorías y de los pueblos indígenas⁹⁶.

En el caso *Lhaka Honhat* se identifica con una verdadera sensibilidad las violaciones que sufren estos pueblos y comunidades, al no poder disponer de su tierra y como con ello se limita el goce de otros derechos, lo que constituye “una visión holística a la protección de sus derechos”⁹⁷. A lo largo del análisis del caso podemos advertir como la violación de un derecho influye en la vulneración de otros, lo que nos deja ver que los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural muestran una estrecha vinculación, del mismo modo que su plena observancia repercute en la satisfacción de los otros.

La lectura intercultural de derechos en el caso *Lhaka Honhat* es un significativo aporte para los estudios jurídicos que se realizan en la materia de derechos sociales, que deberán re-considerar y volver a dilucidar “los fundamentos teóricos”, las definiciones de los conceptos, categorías “tradicionales”, en materia de derechos fundamentales. En el tema relativo a derechos para los pueblos indígenas es indispensable que “los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”⁹⁸.

La defensa de los derechos de comunidades indígenas implica el desplazamiento de sus líderes o representantes comunitarios a los centros urbanos, donde se encuentran las sedes de gobierno y los tribunales de justicia nacionales e internacionales, con el objeto de denunciar los hechos. El retardo por parte del Estado en

94. *Ibid.*, Párr. 241.

95. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay Óp. Cit. Párr. 147. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346. Párr. 115.

96. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 241.

97. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en la sentencia de 6 de febrero de 2020. Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat Óp. Cit. Párr.86.

Ferrer Mac-Gregor, E.: “Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 39, 2020, p. 5.

98. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 63, y Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, Párr. 228.

el efectivo reconocimiento de sus derechos implica graves consecuencias para las condiciones de vida de la población al que se han visto sometidos, frente a un largo proceso de defensa, iniciado en 1991, ante las autoridades nacionales, y 1998 en instancias internacionales.

VI. LA REPARACIÓN EN DECISIONES JUDICIALES QUE INVOLUCRAN PUEBLOS INDÍGENAS

La reparación en decisiones judiciales que involucran pueblos indígenas no puede quedarse en actividades puntuales y aisladas, sino que deben transformar la realidad vivida por la violación de derechos humanos e implementar un efectivo plan de compensación que satisfaga sus derechos⁹⁹. En las medidas de reparación se debe tener en cuenta “un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como relación con las medidas solicitadas”¹⁰⁰.

Para la Corte IDH, “las reparaciones deben tener una vocación transformadora (...), de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”¹⁰¹. El concepto de “reparación integral” involucra la restitución a la situación anterior, la eliminación de las secuelas que causó la transgresión de derechos, junto con una indemnización monetaria como medida de compensación de los daños causados. Pero en el caso de situaciones de discriminación sistemática, como es el de los pueblos indígenas, las medidas deben ir más allá y transformar esta realidad.

La Corte IDH considera que la reparación de casos que involucran pueblos indígenas y tribales “debe reconocer el fortalecimiento de la identidad cultural” mediante la garantía efectiva “del control de sus propias instituciones, culturas, tradiciones y territorios, a fin de contribuir con su desarrollo de acuerdo con sus proyectos de vida, necesidades presentes y futuras”¹⁰².

La Corte IDH “reconoce que la situación de los pueblos indígenas varía según las particularidades nacionales y regionales, así como con las diversas tradiciones históricas y culturales”. Por ello, “las medidas de reparación otorgadas deben proporcionar mecanismos eficaces, enfocados desde su propia perspectiva étnica, que les permita definir sus prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo y evolución como pueblo”¹⁰³.

En los procesos de reparación en casos de pueblos indígenas es preciso que se escuche la voz de estos actores, puesto que las víctimas son interlocutores válidos que deben ser oídos, para la adopción de medidas por parte de los Estados, para el

99. Ruiz Chiriboga, O. y Donoso Román, G.: “Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo y reparaciones”, en Steiner C. y Uribe P. (ed.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Berlín-Bogotá, 2014, p. 999.

100. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 307.

101. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Párr. 450.

102. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309. Párr. 272.

103. *Ibid.*, Párr. 272. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305. Párr. 228, 238.

restablecimiento de los bienes jurídicamente protegidos, por el sistema americano de derechos humanos. En cuanto a la realización de estudios por parte de terceros, estos deberán tener en cuenta el criterio de las comunidades indígenas expresado conforme a sus propias formas de toma de decisiones.

Las medidas de reparación para la restitución de los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación, al agua y a la identidad que se han dictado son: la realización de un estudio que identifique las “situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación, que puedan poner en grave riesgo la salud o la vida”, así como la formulación detallada de un plan de acciones del Estado¹⁰⁴.

Además la sentencia ordena la realización de estudios que analicen la preservación y mejora de los recursos ambientales, para: a) la conservación de las aguas, impedir o remediar su contaminación -de acuerdo a cada caso-; b) garantizar el acceso permanente a agua potable; c) evitar la pérdida o disminución de recursos forestales e intentar su recuperación; d) posibilitar de forma permanente el acceso a alimentación, en forma nutricional y culturalmente adecuada, para todas las personas integrantes de las comunidades indígenas. En ningún caso se impone “la provisión directa y/o gratuita de agua y alimento por parte de autoridades estatales”, sino que debe entenderse como la obligación del Estado de la adopción de medidas “adecuadas para garantizar en forma efectiva el acceso a agua potable y a alimentos”¹⁰⁵.

La Corte IDH ordenó al Estado la creación de un fondo de desarrollo comunitario con la finalidad de “reparar el daño a la identidad cultural” que cumpla con los objetivos de desarrollar programas relativos a: “seguridad alimentaria y documentación, enseñanza o difusión de la historia de las tradiciones de las comunidades indígenas víctimas”¹⁰⁶, como compensación del daño material e inmaterial sufrido, sin que ello libere al Estado de los deberes generales de desarrollo¹⁰⁷. Este punto debe cumplirse con una especial atención de escucha a las víctimas, para el establecimiento de los objetivos, antes mencionados.

La administración del Fondo está a cargo de un Comité integrado por tres personas, una designada por las comunidades indígenas, otra por el Estado y una tercera de común acuerdo por las dos partes. Es importante resaltar que la administración del fondo tiene un grado de vinculación con las víctimas, lo cual puede ser un ejercicio valioso para los pueblos indígenas en el marco de su fortalecimiento como movimiento social y la recuperación de su tejido social. En este punto es primordial destacar el rol de los líderes comunitarios y representantes de los pueblos indígenas, quienes deberán tomar las mejores decisiones en favor de las organizaciones que representan, que garanticen un grado de participación adecuada de los beneficios y medidas de reparación ordenadas en la sentencia para todos sus miembros.

104. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 332.

105. *Ibid.*, Nota a pie 325.

106. *Ibid.*, Párr. 339.

107. *Ibid.*, Párr. 338.

Las medidas de reparación deben responder a los contextos de cada realidad cultural, fiel a las especificidades locales de cada uno de los pueblos indígenas. El daño que sufre una comunidad indígena por la violación de un derecho se registra a nivel individual y comunitario. El pueblo indígena como colectivo se ve vulnerado, por ello las medidas de reparación deben tomar en cuenta estos dos aspectos.

En materias que involucran pueblos indígenas, la interdisciplinariedad es fundamental para conocer de forma técnica la realidad de los pueblos indígenas y de esta forma establecer diálogos entre la cultura jurídica dominante, de origen en la formación de los abogados, jueces, funcionarios públicos y demás operadores de justicia, que fueron formados en conceptos universales liberales, que deben comenzar a interactuar en el marco de la interculturalidad y reconocer las diversidades culturales de los pueblos originales.

En el caso se tomaron como medidas de reparación para la restitución del derecho de propiedad: la delimitación, demarcación y otorgamiento de un título colectivo único que reconozca la propiedad de todas las comunidades indígenas de acuerdo al mapa entregado por Lhaka Honhat¹⁰⁸; la provisión de información a las comunidades indígenas, y la obligación de consulta previa, libre e informada -de ser el caso-; el traslado voluntario de la población criolla -durante los 3 primeros años-, su reasentamiento o acceso a tierras productivas con adecuada infraestructura predial; remoción de alambrados y el ganado perteneciente a pobladores criollos del territorio indígena.

El Estado debe intentar que el traslado de la población criolla¹⁰⁹ se realice "procurando evitar desalojos compulsivos"¹¹⁰. Esta medida ha de realizarse en el marco de la legalidad de una sociedad democrática. Las acciones de desalojo pueden accionarse a partir del tercer año de ejecución de la sentencia, hasta el año seis -tiempo máximo del cumplimiento de esta-. En el fallo se ha indicado "que la población criolla es una población vulnerable y que el Estado tiene deberes respecto de ella". Por tanto, "el traslado de la población criolla, debe efectuarse de modo respetuoso de los derechos de esa población"¹¹¹, sin que ello produzca una situación de desamparo o posible violación de sus derechos.

Como medida de no repetición, la Corte ordena se adopten las medidas legislativas para "dotar de seguridad jurídica al derecho humano de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos adecuados para tal fin"¹¹². La Corte

108. Preci, A.: "Fixing the territory, a turning point: The paradoxes of the Wichí maps of the Argentine Chaco", *The Canadian geographer*, 2020-01-21, vol. 64 (1), p. 20. [1 de diciembre de 2020]. El levantamiento de mapas se los realizó en conjunto con las comunidades, lo que lo convierte en un instrumento, para la defensa de sus derechos, allí se reconoce: su territorio, recursos, transmitiendo los conocimientos, sobre los lugares de especial interés para su cultura, espiritualidad y subsistencia.

109. En el Informe para CIHD sobre ex fiscales 55 y 14, Peritaje realizado por Emiliana Catalina Buliubasich, se habla de las tres víctimas de la dilación, en la solución del conflicto, entre ellas: los indígenas, los criollos y el ambiente. Los criollos son una población empobrecida que verá obligada a bajar su producción, hasta el punto de abandonar su actividad productiva y migrar al área urbana, sin preparación, su trabajo puede precario. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Nota a pie 285.

110. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), Óp. Cit. Párr. 329, letra a).

111. *Ibid.*, Nota a pie 323.

112. *Ibid.*, Párr. 354.

IDH advierte que la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, en su Art. XXIII, consagra el derecho de “participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos”. Por tanto, el Estado en forma previa a la adopción de las medidas legislativas ordenadas en la sentencia, deberá promover la intervención de los pueblos indígenas de todo el país en procesos de consulta respecto de las mismas.

VII. CONCLUSIONES

Los pueblos indígenas de la región, históricamente, han vivido en contextos de exclusión social, discriminación, racismo, pobreza y marginación, han acudido a la Corte IDH, a plantear sus litigios después de años de desatención y demandas infructuosas, dentro de sus Estados, por la vulneración de sus derechos. Hasta ahora, los conflictos sobre la tenencia de la tierra en pueblos indígenas han sido abordados por incumplimiento del art. 21 de la Convención Americana, derecho de propiedad, a partir de esta sentencia se declara también la vulneración del art. 26, con lo que se comenzó a hablar de la violación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de forma directa y autónoma.

El reconocimiento directo de los DESCAs, por el artículo 26 de la Convención Americana es una oportunidad que marca el comienzo de una nueva etapa, en el desarrollo jurisprudencial, en los derechos para estos grupos, que se suman a los avances anteriormente declarados, que va mucho más allá de la disputa por el reconocimiento de la propiedad de tierras indígenas. Este es un punto de partida, para la reivindicación de un contenido específico de derechos, para los pueblos indígenas, así como, la ampliación y extensión de estos, hacia los aspectos propios de sus desarrollos y contenidos adaptados, al contexto indígena, desde su especificidad cultural.

En este *leading case*, se declara por primera vez, la vulneración individualizada de los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural, para pueblos indígenas, al mismo tiempo, se dota de contenido a estos derechos. El cual servirá como referente, para las disputas que se planteen, en los casos futuros de competencia de la Corte IDH.

El enfoque del derecho al medio ambiente, al agua, a la alimentación y a la participación en la vida cultural debe tomar en cuenta las filosofías indígenas, lo que será un redescubrimiento que nos permitan plantear otras teorías jurídicas, sociales, no coloniales, en las que surgen nuevas formas de entender las relaciones entre el hombre, la naturaleza y las sociedades en su riqueza y diversidad cultural.

En el presente caso se expresa en forma directa que los medios de sustento, para los pueblos indígenas que viven en el medio rural dependen directamente de la naturaleza, por lo que su afectación vulnera el bienestar colectivo del grupo. La supervivencia de estos, está ligada a la calidad de su medio ambiente, por eso es una tarea de especial relevancia, para los Estados evitar la degradación de la naturaleza y reparar cualquier daño que pueda poner en peligro la subsistencia de estos pueblos.

La importancia de la declaración de DESCAs para pueblos indígenas, en el presente caso, nos permite resaltar la interdependencia e indivisibilidad existente entre todos los derechos humanos de los que son titulares y gozan, como individuos y como colectivo. Un mismo acto puede vulnerar varios derechos, por lo que un análisis de los DESCAs, nos muestra varias facetas de la violación de un derecho y permite declarar la reparación diferenciada de los mismos.

La reparación integral de las violaciones a derechos al realizarse de forma específica, para cada uno de los derechos implicados, en el caso deberá atender a la espiritualidad y cosmovisión propia de la comunidad. Aún queda por ver si la ejecución de la sentencia, se materializará en progresos, en los medios de vida de las personas y cuidados de la naturaleza.

Los derechos de los pueblos indígenas en las Américas son una prioridad para el orden público del Sistema de Derechos Humanos es fundamental avanzar en su promoción y protección efectiva, de derechos diferenciados que reconozcan su situación, en su contexto, lo que debe ir asistido de una adecuada institucionalización que los acompañe, y ponga en marcha esos avances.

Bibliografía

- Arango, R.: "Derechos sociales. Un mapa conceptual", en Morales Antoniazzi, M. et al. (coord.): *Interamericanización de los DESCAs el Caso Cuscul Pivarral de la Corte IDH*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2020.
- D'Orazio, R.: "La libertà di coscienza e il principio di eguaglianza alla prova delle «dottrine alimentari»", en Scaffardi L. y Zeno-Zencovich V. (eds.): *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata. Atti del XXV colloquio biennale associazione italiana di diritto comparato. Parma 23-25 maggio 2019*, RomaTre-Press, Roma, 2020, volume I, disponible en <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/06/2.lali-dior.pdf>.
- Ferrer Mac-Gregor, E.: "Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 39, 2020.
- Franca Filho, M. T. y Falcão, A. H. B. V.: "Brazil and the Agrarian Cultural Heritage. A Preliminary Reading of the Charter of Baeza in the Tropics", en Scaffardi L. y Zeno-Zencovich, V. (eds.): *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata. Atti del XXV colloquio biennale associazione italiana di diritto comparato. Parma 23-25 maggio 2019*, RomaTre-Press, Roma, 2020, volume I, disponible en <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/06/cidi-szcz-1.pdf>.
- Góngora Maas, J. J.: "Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los pueblos indígenas y tribales vinculados con la propiedad territorial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Quintana, K. y Flores, R.: *Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37412.pdf>.
- Lanni S.: "Gli insetti edibili tra globalizzazione scambista e interculturalità", *DPCE on line*, vol. 39, núm. 2, 2019, disponible en <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/734/677>.
- Macpherson E. J. y Weber Salazar P.: "Towards a Holistic Environmental Flow Regime in Chile: Providing for Ecosystem Health and Indigenous Rights", *Transnational Environmental Law*, vol. 9, núm. 3, 2020.

- Macpherson, E.J.: *Indigenous Water Rights in Law and Regulation: Lesson from Comparative Experience*, Cambridge University Press, New York, 2019.
- Parra Vera, Ó.: "La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo", en Ferrer Mac-Gregor, E. et al.: *Inclusión, Jus Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia internacional. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.
- Pisarello, G.: "Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada "desde abajo", en Curtis C.: *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del Derecho*. Eudeba, Buenos Aires, 2009.
- Preci, A.: "Fixing the territory, a turning point: The paradoxes of the Wichí maps of the Argentine Chaco", *The Canadian geographer*, 2020-01-21, vol. 64 (1).
- Quintana Osuna, K.: "Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el Sistema Interamericano", en Quintana K. y Flores R.: *Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017.
- Rodotà, S.: *El Derecho de tener derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2014.
- Ruiz Chiriboga, O. y Donoso Román, G.: "Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo y reparaciones", en Steiner C. y Uribe P. (eds.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Berlín-Bogotá, 2014.



La financiación de la sanidad pública española. Especial referencia a la crisis sanitaria generada por COVID-19

FINANCING THE SPANISH PUBLIC HEALTH SYSTEM.

SPECIAL REFERENCE TO THE COVID-19 HEALTH CRISIS

Nuria Benítez-Llamazares

Profesora Sustituta Interina de Economía Aplicada (Hacienda Pública)

Universidad de Málaga

nurbenitez@uma.es  0000-0003-0939-3536

Recibido: 12.12.2020 | Aceptado: 13.12.2020

RESUMEN

La protección de la salud de los ciudadanos se configura como un derecho fundamental recogido en la Constitución Española, siendo deber de los poderes públicos garantizar tales prestaciones. El Sistema Nacional de Salud en España se encuentra integrado por todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en todos los niveles de gobierno –estatal, autonómico y local-. La definición de las prestaciones de asistencia sanitaria como no contributivas implica que la alternativa más apropiada sea la financiación impositiva de un elevado porcentaje del gasto sanitario público. Adicionalmente, otros mecanismos de financiación son posibles, como los ingresos por donaciones al Estado COVID-19, una alternativa que ha dado buenos resultados para financiar los costes asociados a la gestión de la actual pandemia y que podría ser susceptible de revisión para intentar mantenerlo como ingreso corriente en los planes presupuestarios futuros.

ABSTRACT

Health population is considered as a fundamental right according to the Spanish Constitution, and public administrations have the duty to guarantee such benefits. National Health System in Spain is configured by public structures and Health services at all levels of government. The definition of health care benefits as non-contributory implies that the most appropriate alternative is the tax financing of a high percentage of public health spending. Additionally, other financing mechanisms are possible, such as income from donations to the COVID-19 State, an alternative that has given good results to finance the costs associated with the management of the current pandemic.

PALABRAS CLAVE

Sistema Nacional de Salud
Gasto sanitario
Financiación
Donaciones
COVID-19

KEYWORDS

National Health System
Health expenditure
Financing, donations
COVID-19

SUMARIO

- I. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD
- II. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD EN ESPAÑA
- III. DATOS ECONÓMICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
- IV. FACTORES DETERMINANTES DEL GASTO SANITARIO. EVOLUCIÓN RECIENTE Y PERSPECTIVAS FUTURAS
- V. MECANISMOS DE FINANCIACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: ESPECIAL REFERENCIA A LOS INGRESOS POR DONACIONES COVID-19
- VI. CONCLUSIONES
- VII. ANEXO
Bibliografía

I. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD

La *Constitución Española*, en su Capítulo Tercero -De los principios rectores de la política social y económica-, reconoce el derecho fundamental de los ciudadanos a la protección de la salud “a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, siendo competencia de los poderes públicos organizar y tutelar actividades de esta índole (Constitución Española, 1978; art. 43). Asimismo, la Ley General de Sanidad (LGS) reconoce que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”, además de “los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional”, que tendrán garantizado tal derecho en virtud de las leyes y convenios internacionales pertinentes (Ley 14/1986, 1986; art. 1).

Este acceso universal a los servicios sanitarios públicos, establecido como una prestación no contributiva en especie del régimen general de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, 2015; art. 109.3.b) –y, en consecuencia, en ausencia del pago de cotizaciones, cuotas o primas sanitarias– aboca a una necesaria financiación del sistema sanitario público español mediante ingresos de naturaleza tributaria, fundamentalmente impuestos. La justificación resulta más que evidente, pues estamos considerando que el acceso y la promoción de la salud es lo que en términos económicos se entiende como un *servicio preferente para la sociedad* y, por tanto, la financiación de tales prestaciones debe ir vinculada al principio de capacidad de pago en lugar de al principio del beneficio¹.

Esta aplicación del principio de capacidad de pago en la financiación del gasto sanitario hace efectiva la equidad e igualdad del sistema, y así se entiende en la LGS al señalar como principio general que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”, y que “el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en

1. El principio de capacidad de pago establece que los servicios públicos deben ser financiados por los contribuyentes atendiendo a su capacidad económica, conllevando asociado de forma inherente un componente redistributivo. Por el contrario, el principio del beneficio determina que los usuarios de los servicios públicos deberían aportar al sistema en función del uso que hagan de estos, convirtiendo *-de facto-* su financiación en un sistema de precios públicos.

condiciones de igualdad efectiva". E igualmente, apela a la solidaridad interterritorial al mencionar que "la política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales" (Ley 14/1986, 1986; art. 3) y que "los poderes públicos orientarán sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los Servicios Sanitarios Públicos en todo el territorio español, según lo dispuesto en los artículos 9.2 y 158.1 de la Constitución" (Ley 14/1986, 1986; art. 12).

El conjunto de actuaciones en materia de asistencia sanitaria prestado por el Sistema Nacional de Salud en nuestro país configura el denominado *catálogo de prestaciones del sistema*, e incluye los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos. En concreto, la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud enumera los siguientes: atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario (Ley 16/2003, 2003; art. 7).

Estas prestaciones sanitarias pueden y deben ser garantizadas por los poderes públicos; quedando reconocido expresamente, en el artículo 148 de la Constitución Española, el derecho de las Comunidades Autónomas a asumir competencias en materia de sanidad, y manteniendo el Estado las competencias exclusivas sobre la sanidad exterior, el sistema de bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre los productos farmacéuticos (Constitución española, 1978; art. 149). Este modelo de organización descentralizado de la sanidad, vigente desde la aprobación de la Ley 21/2001², ha permitido acercar la gestión de la asistencia sanitaria a los ciudadanos y mejorar la calidad del servicio público sanitario³, pero ha resultado en la creación de un sistema complejo de gestión que procederemos a analizar en el siguiente epígrafe.

II. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD EN ESPAÑA

El artículo 41 de la LGS define el *Sistema Nacional de Salud* como el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, integrado por todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud (Ley 14/1986, 1986; art. 41).

A nivel estatal, el organismo responsable para la administración y gestión de los servicios sanitarios es el *Instituto Nacional de Gestión Sanitaria* (INGESA), entidad gestora dependiente de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, 2015; art. 66). Adicionalmente, en cada Comunidad Autónoma se constituye un *Servicio Regional de Salud* –17 en total– integrado por todos los centros, servicios y esta-

2. Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatutos de Autonomía.

3. Marqués Fernández, F.: "El Sistema Nacional de Salud después de las transferencias sanitarias", *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, Vol. 1, núm. 4, 2003, pp. 543-554. Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-administracion-sanitaria-siglo-xxi-261-articulo-el-sistema-nacional-salud-despues-13055234>.

blecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado bajo responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma (Ley 14/1986, 1986; art. 50). Estas entidades gestoras sanitarias –estatal y autonómicas– son financiadas fundamentalmente mediante recursos impositivos, propios y cedidos de las Administraciones Públicas, que van destinados prioritariamente a la cobertura de gastos de los Centros de Atención Primaria, Hospitales Públicos, productos farmacéuticos –en parte, pues en esta categoría existe el denominado copago sanitario– y otros gastos de Salud Pública. Adicionalmente, con cargo a estos ingresos se pueden financiar prestaciones subcontratadas mediante conciertos con hospitales privados y servicios subcontratados de profesionales sanitarios privados.

Adicionalmente, en el Capítulo IV de la Ley General de la Seguridad Social se regula la posibilidad de participación en la gestión del sistema de la Seguridad Social a través de mutuas y entidades colaboradoras (Real Decreto Legislativo 8/2015, 2015; art. 79) que podrán gestionar prestaciones de asistencia sanitaria. Estas entidades colaboradoras se integran en el sector público estatal con independencia de su posible naturaleza privada, y su principal fuente de financiación son las cuotas de la seguridad social pagadas por sus asociados o mutualistas. Las prestaciones sanitarias ofrecidas por estas entidades colaboradoras permiten, por lo general, el acceso a hospitales y especialistas privados en régimen de concierto con el Sistema Nacional de Salud, permitiendo descargar parte de la presión sanitaria hacia el sector privado (figura II.1).

Por último, para completar el circuito de la actividad sanitaria, hemos de mencionar la prestación de estos servicios en el ámbito privado –quedando, por tanto, excluidos del Sistema Nacional de Salud–. La asistencia sanitaria privada se rige por el principio del beneficio económico y la ley de la oferta y la demanda, y, en consecuencia, no está obligada a cumplir con los criterios establecidos para el sector sanitario público. En esta modalidad de provisión de asistencia sanitaria los interesados pueden optar, como bien es sabido, por dos alternativas básicas: la contratación de un seguro privado que les permita acceder a un amplio catálogo de prestaciones con sus entidades colaboradoras a cambio del pago de una cuota o prima anual, o la contratación directa del servicio sanitario privado realizando el pago correspondiente.

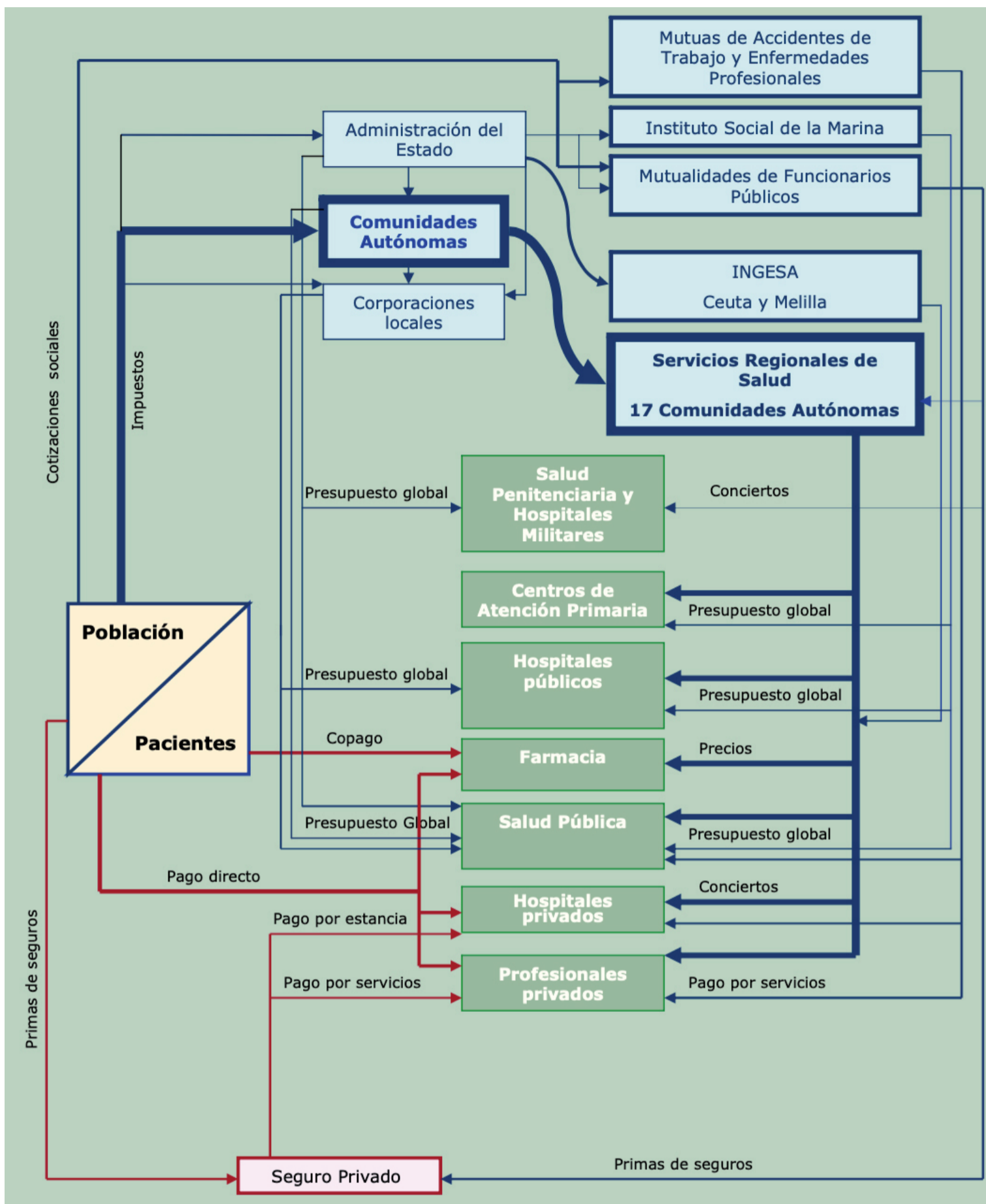


Figura II.1. Flujos financieros del sistema sanitario español desde la reforma del año 2002. Fuente: Ministerio de Sanidad y Consumo, D.G. de Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección. Elaborado por la S.G. de Análisis Económico y Fondo de Cohesión.

III. DATOS ECONÓMICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La complejidad del Sistema Nacional de Salud español se pone de manifiesto, entre sus múltiples vertientes, en las de naturaleza jurídica y económica. Desde una perspectiva jurídica, la existencia de un elevado número de agentes implicados en el proceso, que pueden ser de ámbito público y privado, con distintas funciones asignadas –financiación, administración y gestión, prestación del servicio, etc.–, y a distintos niveles de descentralización –estatal, autonómico y local–, requiere de una especial atención a la definición del marco legal regulatorio y del sistema de coordinación entre administraciones, que dote de eficacia y seguridad jurídica al sistema sanitario. En la dimensión económica, resulta esencial que la financiación del sistema sea suficiente para cubrir las necesidades de gasto asociadas y a la vez que la asignación de recursos se realice con la mayor eficiencia posible para garantizar su sostenibilidad a largo plazo.

La importancia de la participación del sector público en el sistema sanitario de un país se puede determinar analizando el porcentaje de gasto sanitario que es asumido por las administraciones públicas en relación con el gasto sanitario total del sistema, tal y como se muestra en el gráfico III.1. Asimismo, el porcentaje de gasto sanitario asumido por el sector público es un buen indicador del Estado del Bienestar de los países y, por ende, de su desarrollo socioeconómico. De este modo, se observa que en la mayoría de los países de la OCDE el peso del sector público en la cobertura de las prestaciones sanitarias es bastante elevado, superando el gasto sanitario público el 50% de los gastos sanitarios totales en la mayoría de los países. Este nivel de gasto sanitario público es especialmente elevado en la mayoría de los países nórdicos, Luxemburgo y Japón, donde se alcanzan niveles de gasto público que superan el 80% del gasto sanitario total de estos países. España se sitúa en la media del porcentaje de gasto público sanitario de la OCDE con un porcentaje del 71% de gasto público sanitario con respecto al total de gasto sanitario de nuestro país.

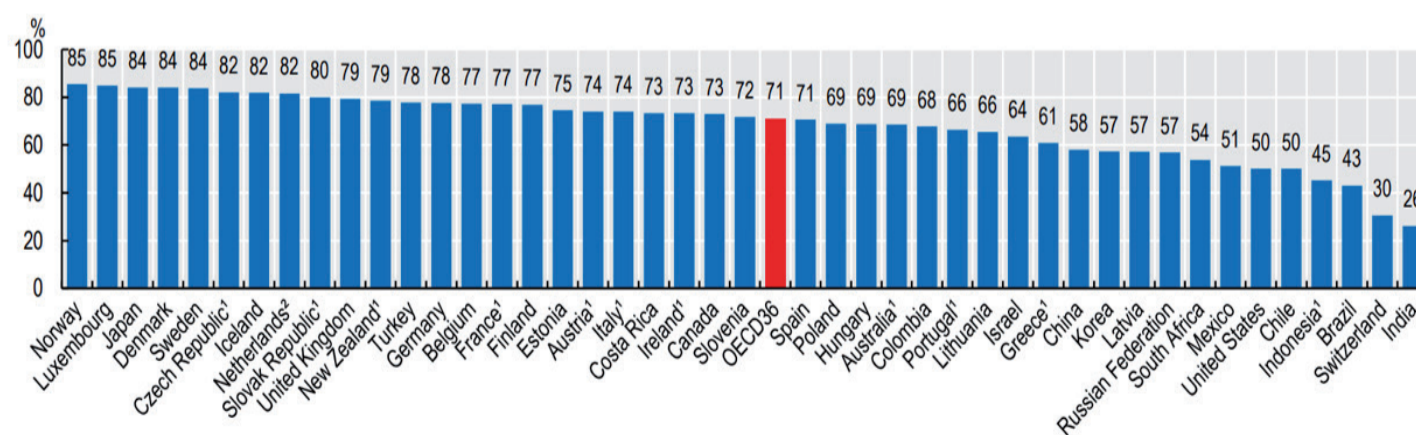


Gráfico III.1. Gasto sanitario financiado con recursos públicos con relación al total de gasto sanitario, 2017 (o año más reciente).
 Fuente: OCDE, 2019

Por otra parte, el peso que la sanidad tiene en el conjunto del sector público puede ser fácilmente expresado en términos de porcentaje de gasto sanitario público con respecto al total del gasto público de un país. El gráfico III.2. muestra esta ratio para el conjunto de países de la OCDE, y en el que se expone que España dedica el 15% de su

gasto público total a programas de sanidad pública –en consonancia con la media de los países de la OCDE–. Los países en los que la sanidad pública representa una mayor prevalencia en el nivel de gasto público –por encima del 20% del total– son Japón, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Irlanda y Alemania. Resulta especialmente llamativo que países tradicionalmente poco intervencionistas como Estados Unidos, Nueva Zelanda o Irlanda tengan proporciones tan elevadas de gasto sanitario con relación al gasto público total. No obstante, una posible explicación para tal circunstancia se deba precisamente a la existencia de sectores públicos limitados, y dedicados casi en exclusiva a la provisión de servicios básicos esenciales para la sociedad.

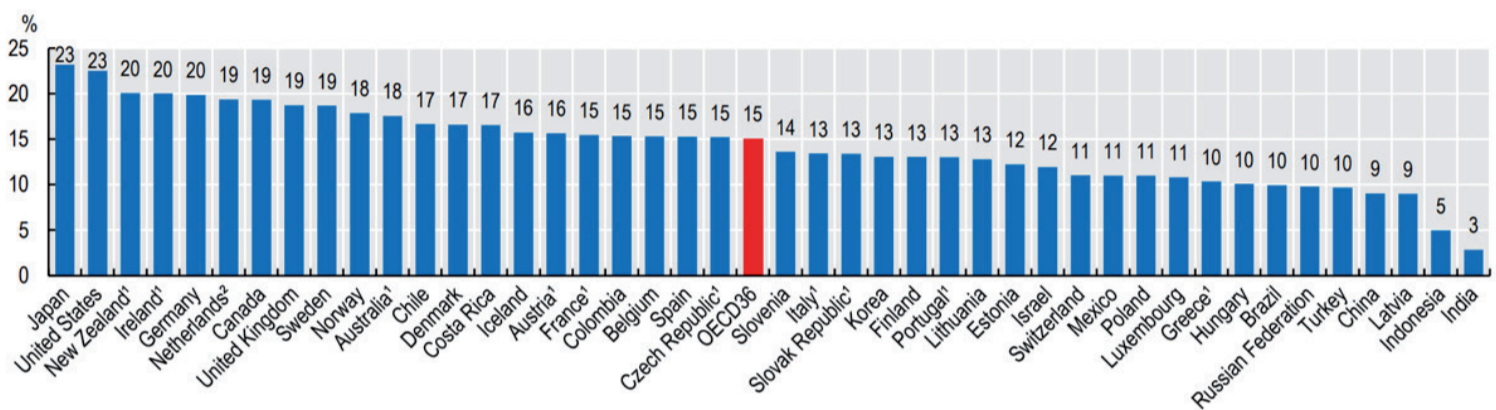


Gráfico III.2. Gasto sanitario financiado con recursos públicos con relación al total de gasto público, 2017 (o año más reciente). Fuente: OCDE, 2019

Por último, si analizamos el gasto sanitario por tipo de financiación recibida –gráfico III.3– podemos observar que la mayoría del gasto sanitario global de los países se financia mediante aportaciones del Estado –*government schemes*– y aportaciones obligatorias de los ciudadanos a seguros obligatorios de salud –*compulsory health insurance*–. Quedando relegadas a un segundo plano las financiaciones de carácter voluntario y privado: seguros de salud voluntarios –*voluntary health insurance*– y pagos directos por los servicios recibidos –*out-of-pocket*–.

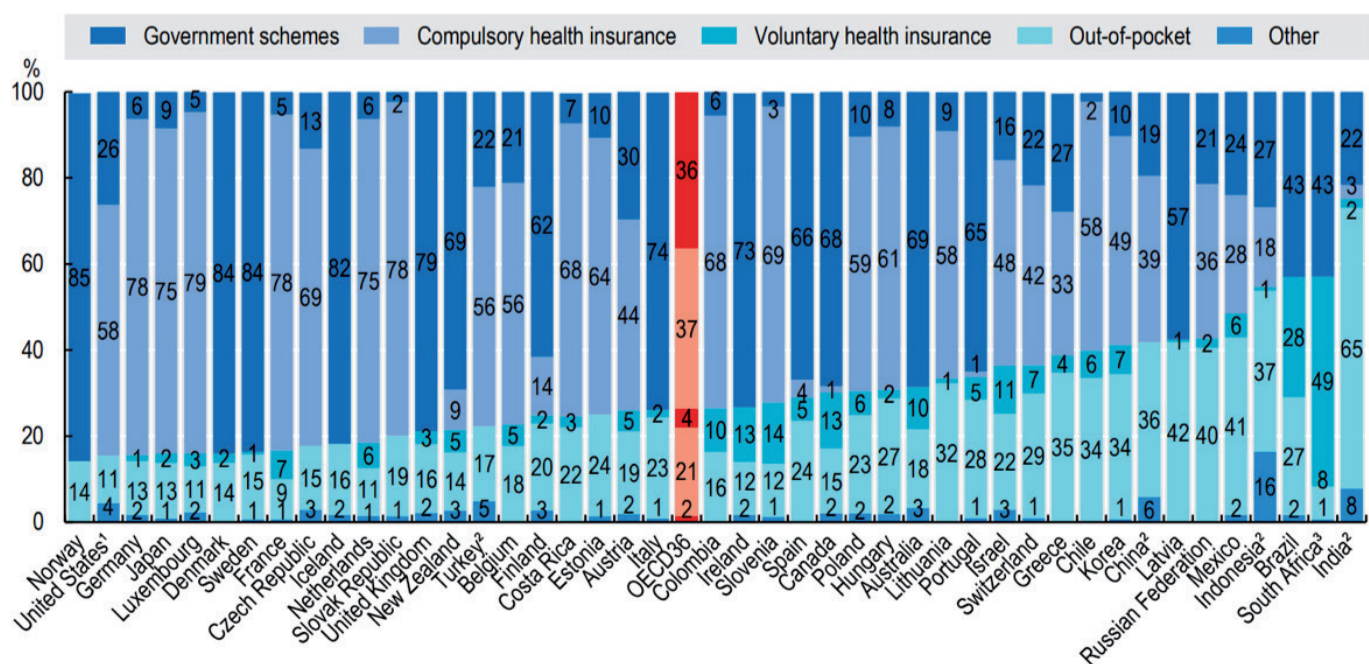


Gráfico III.3. Gasto sanitario por tipo de financiación, 2017 (o año más reciente). Fuente: OCDE, 2019

IV. FACTORES DETERMINANTES DEL GASTO SANITARIO. EVOLUCIÓN RECIENTE Y PERSPECTIVAS FUTURAS

El importe y la estructura del gasto sanitario público se encuentra afectado por un conjunto de factores tanto de naturaleza intrínseca como extrínseca del propio Sistema Nacional de Salud. Desde una perspectiva externa, resulta innegable afirmar que la propia dimensión del sector público –estudiada en el epígrafe anterior– y la coyuntura económica del país son las principales variables que han incidido en el mayor o menor gasto sanitario público de los últimos años, tal y como se demuestra en los cuadros VII 1 a VII 4 del anexo del presente artículo. Así, se pone de manifiesto que, como consecuencia de la crisis económica de 2008, el gasto sanitario público experimentó tasas de variación interanual negativas durante cuatro ejercicios económicos seguidos –años 2011 a 2014–; no siendo hasta el año 2018 cuando se alcanzaron los niveles de gasto sanitario público existentes previos a la crisis económica –tras un período de nueve años presupuestos inferiores de gasto sanitario público–.

Desde una perspectiva interna, el Sistema Nacional de Salud se encuentra directamente influido por las características socioeconómicas de la población, y en especial, por las variables sociodemográficas como son el envejecimiento de la población y el aumento de la esperanza de vida de la ciudadanía. Como podemos observar en el gráfico IV.2., la pirámide de población española está invirtiendo su forma natural. Avanzamos hacia una sociedad envejecida, de la que se estima que, en 2060, aproximadamente un tercio de su población tendrá más de 60 años.

Esta inversión de la pirámide de población se debe a factores como la caída de la natalidad en los últimos años y el incremento mantenido de la esperanza de vida en el nacimiento, que en 2019 alcanzó los 80,9 años para los hombres y los 86,2 años para las mujeres. En la actualidad, una persona de 65 años tiene una esperanza de vida 6 años superior a lo esperado para una persona de la misma edad en 1975; longevidad que en proyecciones futuras será 8 años superior a la actual en 2060. Además, la tasa de mortalidad seguirá una tendencia descendente moderada, tal y como lo ha hecho en los últimos años.

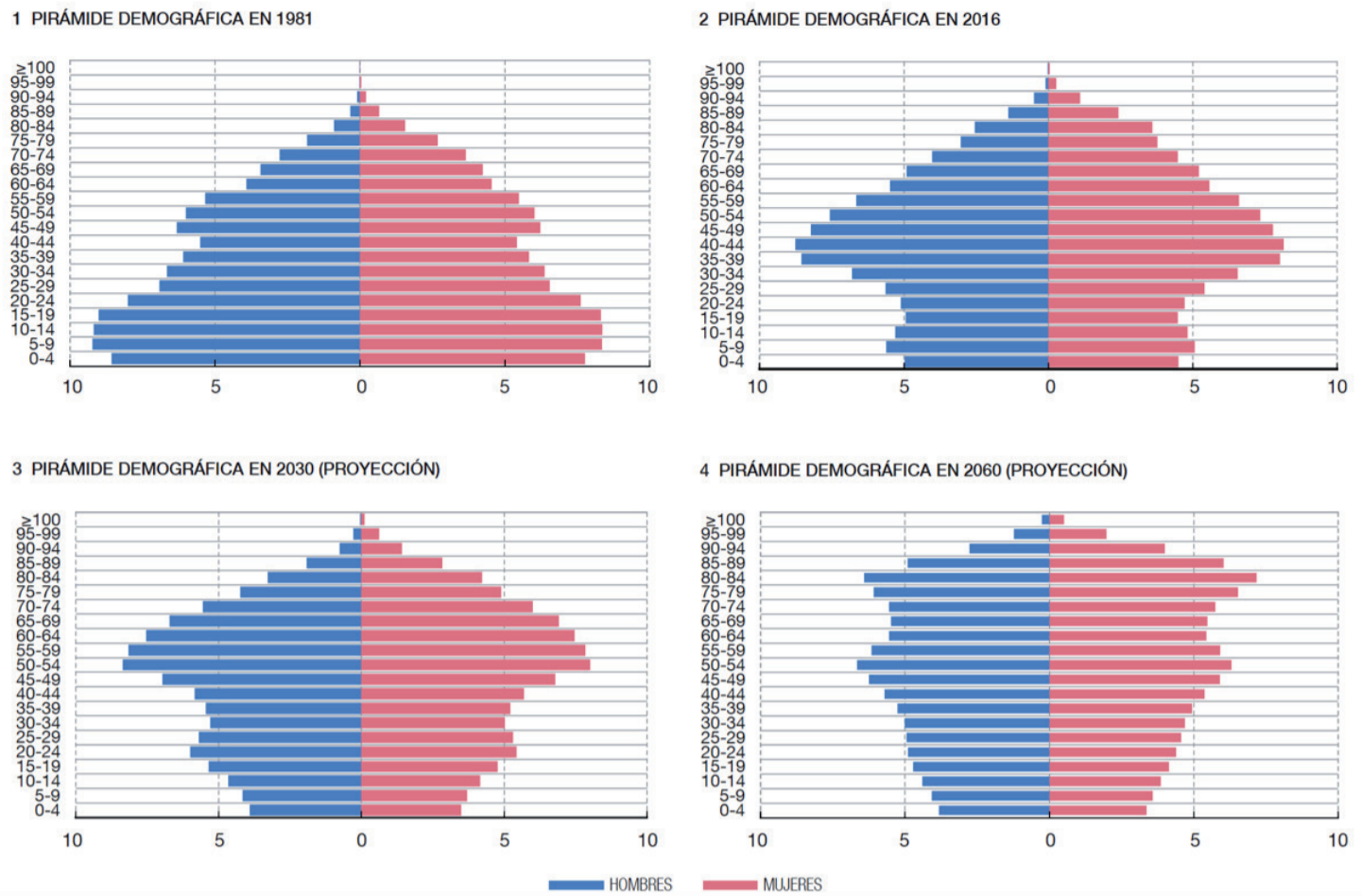


Gráfico IV.2. Pirámides de población española. Años 1981, 2016, 2030 y 2060. Fuente: Hernández de Cos, et al., 2017.

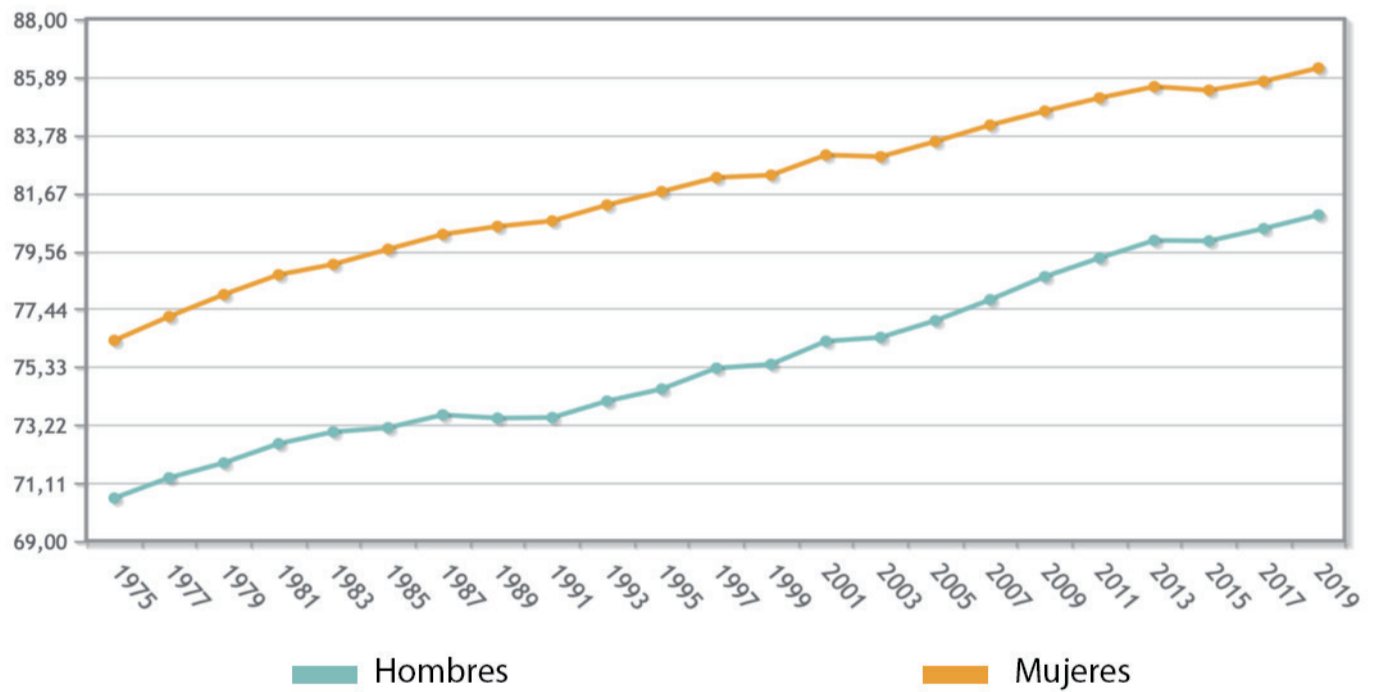


Gráfico IV.1. Esperanza de vida al nacer. Evolución 1975-2019. Hombres Mujeres. Fuente: INE, 2020.

Como resultado de lo anteriormente expuesto, el número de personas con edades superiores a los 50 años ha ido aumentando progresivamente en los últimos años, siendo ésta una población especialmente de riesgo para el desarrollo de enfermedades de naturaleza crónica y en las que el gasto en asistencia primaria, especializada y farmacéutico se incrementa considerablemente.

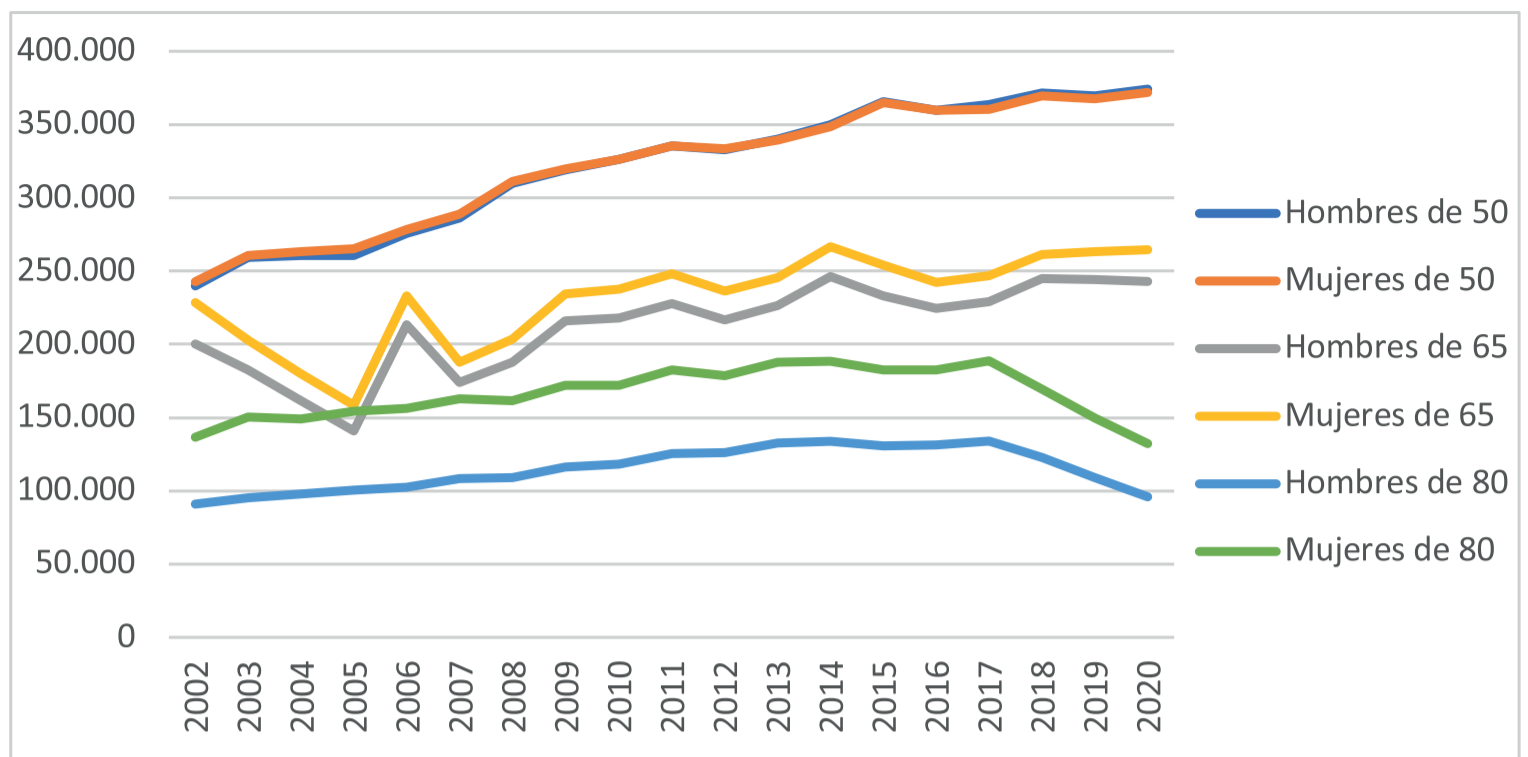


Gráfico IV.3. Número de personas con edades de 50, 65 y 80 años. Evolución 2002-2020. Fuente: elaboración propia a partir de datos de INE, 2020

De este modo, las proyecciones de gasto sanitario futuro de la OCDE estiman incrementos de gasto sostenidos y generalizados en la mayoría de los países para los próximos diez años. En el caso español, la previsión es que el gasto sanitario global aumente en un 9,9% del PIB para el año 2030, aumentando consecuentemente las partidas de gasto sanitario del Sistema Nacional de Salud.

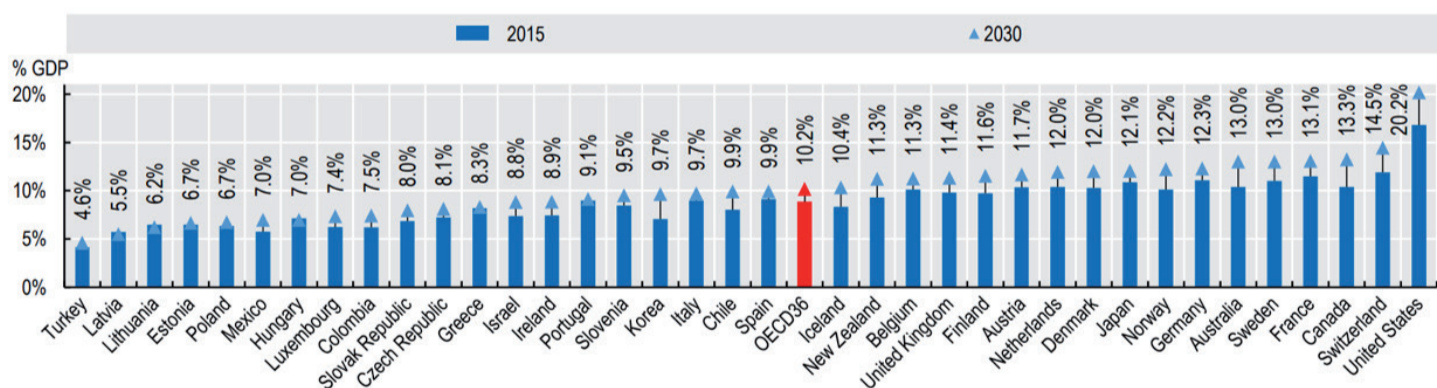


Gráfico IV.4. Gasto sanitario en porcentaje del PIB, proyección a 2030. Fuente: OCDE, 2019

V. MECANISMOS DE FINANCIACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: ESPECIAL REFERENCIA A LOS INGRESOS POR DONACIONES COVID-19

La principal dificultad a la que nos enfrentamos a la hora de determinar si la financiación de la sanidad pública española es adecuada o no, consiste en la ausencia

de relación directa entre la obtención de los ingresos necesarios y su aplicación en forma de gasto sanitario de los servicios prestados. El carácter universal que nuestra sanidad pública comporta, necesariamente le desvincula de la capacidad de pago de la ciudadanía; a diferencia de otro tipo de prestaciones contributivas ofrecidas por el Régimen de la Seguridad Social –que están directamente afectadas a las cotizaciones sociales aportadas por los posibles beneficiarios del sistema–. En consecuencia, al ser tratada la asistencia sanitaria como una prestación del Régimen de la Seguridad Social de naturaleza no contributiva, su principal vía de financiación son las transferencias realizadas por las administraciones públicas correspondientes –Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales–, las cuales provienen fundamentalmente de los ingresos impositivos del sector público.

Los impuestos son por definición ingresos tributarios de naturaleza coactiva exigidos sin establecer contraprestación directa alguna a los contribuyentes. Esta ausencia de contraprestación directa en el pago del impuesto impide su posterior afectación a partidas de gasto concretas, de modo que resulta imposible determinar si el Sistema Nacional de Salud –así establecido– es deficitario o no. Así pues, la única solución para este tipo de bienes públicos consiste en establecer el nivel de provisión del servicio que se considera adecuado, presupuestar el gasto público asociado y determinar las vías de financiación que mejor se ajusten a lo presupuestado.

Modificar el sistema de financiación de la sanidad pública en España hacia un modelo de ingreso afectado al pago de la prestación del servicio –por ejemplo, estableciendo seguros de salud obligatorios o incluyendo cotizaciones sanitarias obligatorias adicionales a las ya existentes– implicaría redefinir la asistencia sanitaria como una prestación contributiva, y perdería el carácter universal que actualmente posee; además de incrementar los costes laborales de los trabajadores pudiendo tener consecuencias negativas para el mercado laboral. En contrapartida, el coste de la asistencia sanitaria tendría una mayor visibilidad para los ciudadanos –pues se les descontaría directamente de sus retribuciones– con la posibilidad de que se realizase un uso más racional de los servicios sanitarios públicos. En cualquier caso, una modificación del Sistema Nacional de Salud de tal envergadura sería inviable a corto plazo, y requeriría de una elevada planificación a largo plazo.

En el caso de disponer de necesidades urgentes de financiación sobrevenidas, como ha ocurrido este año 2020 con la crisis sanitaria por COVID-19, se pueden adoptar medidas en el marco del sistema con el objetivo de obtener ingresos adicionales extraordinarios; como ha sucedido con los denominados ingresos por donaciones al Estado COVID-19 –medida que también han adoptado algunas Comunidades Autónomas para obtener recursos adicionales en la gestión de la pandemia–. Desde una perspectiva jurídica, este tipo de donaciones a la sanidad pública no se encuentran expresamente recogidas en ninguna de las alternativas de financiación del Sistema Nacional de Salud, pero apela al principio de solidaridad recogido en el artículo 2º de la Constitución Española y que debe entenderse como un principio rector que rige no solamente entre regiones, sino que es extensible al comportamiento de la ciudadanía en su conjunto. Este ingreso de naturaleza extraordinaria se encuentra expresamente

afectado a la financiación de los gastos derivados de la crisis sanitaria por COVID-19, y se estima que durante los tres primeros meses de pandemia recaudó aproximadamente 17 millones de euros –lo que supone aproximadamente el 25% del gasto sanitario público anual del conjunto de las Comunidades Autónomas en nuestro país–, siendo el número de donaciones realizadas de 4.000 aproximadamente, tanto de empresas como de particulares. A la vista de los resultados, tal vez sería interesante intentar transformar este recurso de naturaleza extraordinaria en una vía ordinaria de obtención de ingresos adicionales para la financiación del Sistema Nacional de Salud.

VI. CONCLUSIONES

La protección de la salud de los ciudadanos se configura como un derecho fundamental recogido en la Constitución Española, siendo deber de los poderes públicos garantizar tales prestaciones. El Sistema Nacional de Salud en España se encuentra integrado por todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en todos los niveles de gobierno –estatal, autonómico y local–. Es un sistema complejo, tanto a nivel jurídico como económico, debido a la existencia de un elevado número de agentes implicados en el proceso y la naturaleza diversa de estos. Desde un punto de vista económico, hemos visto que España se sitúa en la media de los países de la OCDE en cuanto a indicadores del gasto sanitario público, siendo unos datos, aunque aceptables, susceptibles de mejora. Los principales factores que inciden en la evolución del gasto sanitario público son la propia dimensión del sector público, la coyuntura económica y los factores sociodemográficos de la población. La reciente crisis económica de 2008 ha supuesto un retroceso en los niveles de gasto sanitario que no ha sido posible recuperar hasta fechas recientes. Adicionalmente, la estructura sociodemográfica de la población –una población envejecida y con elevadas esperanzas de vida presentes y futuras– incidirá muy probablemente en un necesario incremento de la asistencia sanitaria en este tipo de población según las previsiones futuras de la OCDE para el año 2030.

Desde el punto de vista financiero, la definición de las prestaciones de asistencia sanitaria con la naturaleza de no contributividad limita la variedad de mecanismos de financiación posibles a emplear, siendo la alternativa más apropiada la financiación impositiva de un elevado porcentaje del gasto sanitario público. Otras alternativas de financiación serían posibles a medio y largo plazo, pero sería necesario realizar una valoración exhaustiva de los beneficios e inconvenientes del cambio del sistema, pues en Economía no existen soluciones perfectas a los problemas, si no que toda elección conlleva un coste de oportunidad asociado. Por último, hemos visto que otros mecanismos de financiación son posibles, como los ingresos por donaciones al Estado COVID-19, una alternativa que ha dado buenos resultados para financiar los costes asociados a la gestión de la actual pandemia y que podría ser susceptible de revisión para intentar mantenerlo como ingreso corriente en los planes presupuestarios futuros.

VII. ANEXO

	Miles de euros corrientes													
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
COMUNIDADES AUTÓNOMAS	52.328.839	56.518.611	58.909.680	59.767.615	57.360.289	56.491.330	53.164.176	53.052.299	54.466.783	56.438.689	58.713.698	60.990.687	62.092.216	65.434.767
Andalucía	8.730.590	9.565.458	9.826.539	9.827.380	9.379.092	9.420.021	8.474.981	8.204.893	8.458.779	8.826.775	9.326.116	9.834.104	9.815.747	11.050.090
Aragón	1.635.880	1.746.825	1.879.305	1.907.634	1.849.152	1.856.717	1.620.361	1.605.304	1.600.433	1.802.290	1.898.407	1.991.285	2.000.557	2.072.958
Asturias (Principado de)	1.338.673	1.368.387	1.559.042	1.639.961	1.551.686	1.551.686	1.486.030	1.485.056	1.496.453	1.523.345	1.641.293	1.682.523	1.765.509	1.828.524
Baleares (Illes)	1.086.683	1.197.301	1.257.526	1.176.349	1.176.349	1.222.481	1.174.188	1.195.017	1.318.084	1.392.211	1.492.584	1.584.351	1.730.482	1.730.396
Canarias	2.522.347	2.803.522	2.929.877	2.857.009	2.540.923	2.605.948	2.578.065	2.607.637	2.633.376	2.643.052	2.718.928	2.936.749	3.014.185	3.147.436
Cantabria	721.331	754.779	793.574	795.926	729.379	753.697	773.156	786.713	788.822	805.758	824.906	854.603	874.228	922.064
Castilla y León	3.048.015	3.333.440	3.408.749	3.518.637	3.461.605	3.429.864	3.246.743	3.200.341	3.275.726	3.308.487	3.485.944	3.597.144	3.592.949	3.583.993
Castilla-La Mancha	2.406.306	2.634.185	2.852.557	2.918.501	2.814.097	2.606.714	2.443.160	2.390.245	2.423.201	2.635.703	2.728.965	2.806.828	2.806.827	3.023.926
Cataluña	8.683.930	9.159.636	9.426.529	9.888.282	9.200.862	8.760.892	8.291.791	8.290.594	8.466.990	8.453.274	8.876.115	8.876.083	8.876.083	9.789.102
Comunitat Valenciana	5.089.957	5.455.613	5.659.738	5.720.255	5.515.299	5.492.485	4.964.006	5.374.512	5.492.995	5.909.145	6.084.267	6.390.695	6.635.407	6.765.083
Extremadura	1.459.767	1.599.915	1.717.678	1.694.261	1.572.092	1.513.429	1.311.006	1.324.428	1.404.483	1.577.223	1.566.080	1.631.546	1.718.749	1.770.476
Galicia	3.388.135	3.639.001	3.767.119	3.728.814	3.547.323	3.530.927	3.419.362	3.302.150	3.410.273	3.513.531	3.613.980	3.861.434	3.987.978	4.109.640
Madrid (Comunidad de)	6.500.450	6.953.825	7.122.488	7.081.232	7.134.380	7.172.498	7.111.512	6.980.824	7.292.488	7.449.915	7.635.710	7.870.552	8.108.966	8.165.992
Murcia (Región de)	1.571.200	1.765.535	1.853.664	1.984.828	2.023.453	1.803.524	1.567.002	1.623.243	1.648.424	1.746.369	1.776.745	1.861.698	1.919.543	1.922.870
Navarra (Comunidad Foral de)	807.269	873.248	906.935	986.761	971.926	914.609	856.596	893.089	933.439	988.433	1.047.713	1.059.988	1.086.649	1.163.219
País Vasco	2.925.456	3.267.864	3.546.438	3.630.279	3.506.229	3.489.750	3.498.839	3.437.225	3.469.389	3.497.306	3.620.775	3.763.542	3.770.794	3.978.458
Rioja (La)	412.851	400.078	401.942	411.505	386.440	366.087	347.377	351.029	353.430	365.872	375.170	387.565	387.565	410.540

Cuadro VII 1. Presupuestos iniciales de las CC.AA. por ejercicio económico, 2007-2020. Fuente: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Secretaría General de Sanidad, 2020

	Estructura porcentual										
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	
COMUNIDADES AUTÓNOMAS	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	
Andalucía	16,68	16,92	16,68	16,44	16,35	16,68	15,94	15,47	15,53	15,64	
Aragón	3,13	3,09	3,19	3,19	3,22	3,29	3,05	3,03	2,94	3,19	
Asturias (Principado de)	2,56	2,42	2,65	2,74	2,71	2,75	2,80	2,80	2,75	2,70	
Balears (Illes)	2,08	2,12	2,13	1,97	2,05	2,16	2,21	2,25	2,42	2,47	
Canarias	4,82	4,96	4,97	4,78	4,43	4,61	4,85	4,92	4,83	4,68	
Cantabria	1,38	1,34	1,35	1,33	1,27	1,33	1,45	1,48	1,45	1,43	
Castilla y León	5,82	5,90	5,79	5,89	6,03	6,07	6,11	6,03	6,01	5,86	
Castilla-La Mancha	4,60	4,66	4,84	4,88	4,91	4,61	4,60	4,51	4,45	4,67	
Cataluña	16,59	16,21	16,00	16,54	16,04	15,51	15,60	15,63	15,55	14,98	
Comunitat Valenciana	9,73	9,65	9,61	9,57	9,62	9,72	9,34	10,13	10,09	10,47	
Extremadura	2,79	2,83	2,92	2,83	2,74	2,68	2,47	2,50	2,58	2,79	
Galicia	6,47	6,44	6,39	6,24	6,18	6,25	6,43	6,22	6,26	6,23	
Madrid (Comunidad de)	12,42	12,30	12,09	11,85	12,44	12,70	13,38	13,16	13,39	13,20	
Murcia (Región de)	3,00	3,12	3,15	3,32	3,53	3,19	2,95	3,06	3,03	3,09	
Navarra (Comunidad Foral de)	1,54	1,55	1,54	1,65	1,69	1,62	1,61	1,68	1,71	1,75	
País Vasco	5,59	5,78	6,02	6,07	6,11	6,18	6,58	6,48	6,37	6,20	
Rioja (La)	0,79	0,71	0,68	0,69	0,67	0,65	0,65	0,66	0,65	0,65	

Cuadro VII 2. Presupuestos iniciales de las CC.AA. por ejercicio económico, 2007-2020. Distribución porcentual. Fuente: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Secretaría General de Sanidad, 2020

	Variación interanual															
	2008/2007	2009/2008	2010/2009	2011/2010	2012/2011	2013/2012	2014/2013	2015/2014	2016/2015	2017/2016	2018/2017	2019/2018	2020/2019			
COMUNIDADES AUTÓNOMAS	8,01	4,23	1,46	-4,03	-1,51	-5,89	-0,21	2,67	3,62	4,03	3,88	1,81	5,38			
Andalucía	9,56	2,73	0,01	-4,56	0,44	-10,03	-3,19	3,09	4,35	5,66	5,45	-0,19	12,58			
Aragón	6,78	7,58	1,51	-3,07	0,41	-12,73	-0,93	-0,30	12,61	5,33	4,89	0,47	3,62			
Asturias (Principado de)	2,22	13,93	5,19	-5,38	0,00	-4,23	-0,07	0,77	1,80	7,74	2,51	4,93	3,57			
Baleares (Illes)	10,18	5,03	-6,46	0,00	3,92	-3,95	1,77	10,30	5,62	7,21	6,15	9,22	-0,01			
Canarias	11,15	4,51	-2,49	-11,06	2,56	-1,07	1,15	0,99	0,37	2,87	8,01	2,64	4,42			
Cantabria	4,64	5,14	0,30	-8,36	3,33	2,58	1,75	0,27	2,15	2,38	3,60	2,30	5,47			
Castilla y León	9,36	2,26	3,22	-1,62	-0,92	-5,34	-1,43	2,36	1,00	5,36	3,19	-0,12	-0,25			
Castilla-La Mancha	9,47	8,29	2,31	-3,58	-7,37	-6,27	-2,17	1,38	8,77	3,54	2,85	0,00	7,73			
Cataluña	5,48	2,91	4,90	-6,95	-4,78	-5,35	-0,01	2,13	-0,16	5,00	0,00	0,00	10,29			
Comunitat Valenciana	7,18	3,74	1,07	-3,58	-0,41	-9,62	8,27	2,20	7,58	2,96	5,04	3,83	1,95			
Extremadura	9,60	7,36	-1,36	-7,21	-3,73	-13,38	1,02	6,04	12,30	-0,71	4,18	5,34	3,01			
Galicia	7,40	3,52	-1,02	-4,87	-0,46	-3,16	-3,43	3,27	3,03	2,86	6,85	3,28	3,05			
Madrid (Comunidad de)	6,97	2,43	-0,58	0,75	0,53	-0,85	-1,84	4,46	2,16	2,49	3,08	3,03	0,70			
Murcia (Región de)	12,37	4,99	7,08	1,95	-10,87	-13,11	3,59	1,55	5,94	1,74	4,78	3,11	0,17			
Navarra (Comunidad Foral de)	8,17	3,86	8,80	-1,50	-5,90	-6,34	4,26	4,52	5,89	6,00	1,17	2,52	7,05			
País Vasco	11,70	8,52	2,36	-3,42	-0,47	0,26	-1,76	0,94	0,80	3,53	3,94	0,19	5,51			
Rioja (La)	-3,09	0,47	2,38	-6,09	-5,27	-5,11	1,05	0,68	3,52	2,54	3,30	0,00	5,93			

Cuadro VII 3. Presupuestos iniciales de las CC.AA. por ejercicio económico, 2007-2020. Variación interanual. Fuente: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Secretaría General de Sanidad, 2020

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020 (P)
	Euros por habitante (*)													
COMUNIDADES AUTÓNOMAS	1.172	1.242	1.278	1.290	1.233	1.211	1.142	1.145	1.177	1.220	1.267	1.312	1.328	1.387
Andalucía	1.093	1.178	1.196	1.187	1.126	1.124	1.010	978	1.007	1.050	1.109	1.169	1.165	1.304
Aragón	1.264	1.318	1.400	1.419	1.375	1.382	1.211	1.206	1.207	1.367	1.443	1.516	1.515	1.558
Asturias (Principado de)	1.257	1.278	1.449	1.523	1.442	1.444	1.392	1.402	1.425	1.463	1.587	1.637	1.727	1.795
Baleares (Illes)	1.081	1.148	1.175	1.086	1.078	1.111	1.058	1.071	1.172	1.226	1.297	1.358	1.456	1.429
Canarias	1.296	1.407	1.447	1.397	1.231	1.249	1.225	1.233	1.239	1.238	1.262	1.349	1.366	1.407
Cantabria	1.270	1.308	1.357	1.352	1.234	1.272	1.310	1.339	1.348	1.383	1.419	1.470	1.503	1.583
Castilla y León	1.212	1.311	1.337	1.381	1.360	1.352	1.289	1.282	1.322	1.348	1.431	1.487	1.492	1.493
Castilla-La Mancha	1.221	1.296	1.380	1.400	1.341	1.238	1.167	1.152	1.175	1.286	1.337	1.381	1.379	1.478
Cataluña	1.214	1.253	1.269	1.325	1.228	1.166	1.108	1.118	1.145	1.141	1.193	1.185	1.173	1.279
Comunitat Valenciana	1.060	1.107	1.136	1.146	1.103	1.096	995	1.084	1.112	1.198	1.233	1.292	1.334	1.345
Extremadura	1.349	1.468	1.569	1.541	1.426	1.370	1.191	1.208	1.287	1.454	1.453	1.524	1.613	1.667
Galicia	1.236	1.321	1.361	1.345	1.279	1.274	1.238	1.202	1.247	1.292	1.334	1.428	1.477	1.521
Madrid (Comunidad de)	1.070	1.117	1.126	1.111	1.116	1.116	1.109	1.094	1.142	1.160	1.179	1.202	1.221	1.210
Murcia (Región de)	1.134	1.244	1.286	1.366	1.387	1.234	1.072	1.110	1.126	1.191	1.206	1.262	1.290	1.278
Navarra (Comunidad Foral de)	1.339	1.416	1.446	1.559	1.526	1.429	1.341	1.403	1.467	1.551	1.636	1.646	1.672	1.772
País Vasco	1.365	1.513	1.631	1.666	1.606	1.597	1.607	1.586	1.602	1.616	1.671	1.734	1.731	1.817
Rioja (La)	1.340	1.265	1.257	1.286	1.204	1.141	1.090	1.114	1.127	1.170	1.200	1.239	1.236	1.299

(*): Datos de población: Instituto Nacional de Estadística. Cifras de Población (series detalladas desde 2002). Población residente a 1 de enero.
 (P): Datos provisionales.

Cuadro VII 4. Presupuestos iniciales de las CC.AA. por ejercicio económico, 2007-2020. Gasto sanitario per cápita. Fuente: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Secretaría General de Sanidad, 2020

Bibliografía

- Hernández de Cos, P., Jimeno Serrano, J. F. y Ramos, R.: "El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma", *Documentos Ocasionales-Banco de España*, núm. 1701, 2017, disponible en: <https://repositorio.bde.es/handle/123456789/6382>.
- Instituto Nacional de Estadística: *Esperanza de vida al nacimiento según sexo*. [consulta on line: 25 de octubre, 2020], disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177003&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.
- Marqués Fernández, F.: "El Sistema Nacional de Salud después de las transferencias sanitarias", *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 1, núm. 4, 2003, disponible en <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-administracion-sanitaria-siglo-xxi-261-articulo-el-sistema-nacional-salud-despues-13055234>.
- Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: *Recursos Económicos del Sistema Nacional de Salud*, Secretaría General de Sanidad, Madrid, 2020, disponible en <https://www.msbs.gob.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/docs/presupuestosIniciales.pdf>.
- OECD: *Health at a Glance 2019: OECD Indicators*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/4dd50c09-en>, disponible en <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/4dd50c09-en.pdf?expires=1607646806&id=id&accname=guest&checksum=559FABFA245523B036CC-118D548993C1>.



Estudio jurisprudencial



Límites al derecho de asistencia sanitaria transfronteriza y principio de proporcionalidad tras la Sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2020

LIMITS TO CROSS-BORDER HEALTHCARE LAW AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AFTER THE STJUE OF 23 SEPTEMBER 2020

Belén del Mar López Insua

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

blinsua@ugr.es  0000-0002-1248-6015

Recibido: 02.12.2020 | Aceptado: 08.12.2020

RESUMEN

La protección de la salud constituye uno de los pilares fundamentales de la Unión Europea y del proceso de constitucionalismo social-democrático. El logro de un sistema de asistencia sanitaria comunitarizado se convierte, ahora más que nunca, en uno de los grandes retos a lograr por el colectivo europeo. A pesar de estos objetivos, en la Unión Europea se ha consagrado una lógica que apuesta más por un modelo intervencionista y no de simple coordinación, antes que por un sistema armonizado para todos los Estados miembro. Lamentablemente, este particular pluralismo cooperativo ha determinado que sean cada uno de los países comunitarios los competentes y responsables de las reglas de coordinación establecidas por la Unión. En este sentido, la Directiva 2011/24/UE se configura como la norma de referencia para garantizar el derecho de todos los ciudadanos europeos a recibir asistencia sanitaria segura y de calidad, tanto en el ámbito público, como en el privado de otro Estado miembro. Se pretende con ello garantizar la libertad de desplazamiento y circulación de personas sin que con ello quede vulnerada la salud. En efecto, a día de hoy, el derecho a la asistencia sanitaria se configura como un derecho social fundamental de carácter primario, el cual queda vinculado al derecho a la vida y a la dignidad.

ABSTRACT

Health protection is one of the fundamental pillars of the European Union and of the process of social-democratic constitutionalism. The achievement of a Community health care system is now more than ever one of the great challenges for the European community. In spite of these objectives, the European Union has adopted a logic that relies more on an interventionist model than on simple coordination, rather than on a harmonised system for all Member States. Unfortunately, this particular cooperative pluralism has

PALABRAS CLAVE

Asistencia sanitaria transfronteriza
Principio de proporcionalidad
Coordinación comunitaria
Derecho de libre circulación
Autorización previa
Tratamiento programado

KEYWORDS

Cross-border healthcare
Principle of proportionality
Community coordination
Freedom of movement
Prior authorization
Scheduled treatment

made each of the Community countries competent and responsible for the coordination rules laid down by the Union. In this sense, Directive 2011/24/EU is set as the reference standard to guarantee the right of all European citizens to receive safe and quality healthcare, both in the public sphere and in the private sphere of another Member State. The aim is to guarantee the freedom of movement and movement of persons without damaging health. Today, the right to health care is a fundamental social right of a primary nature, which is linked to the right to life and dignity.

SUMARIO

- I. COORDINACIÓN COMUNITARIA, PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN Y DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA: PROBLEMÁTICA GENERAL
- II. DUDAS INTERPRETATIVAS EN TORNO AL DERECHO DE ASISTENCIA SANITARIA Y DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
 - A. Hechos controvertidos y cuestiones prejudiciales: análisis de la sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2020
 - B. Puntos conflictivos: cuestiones objeto de interpretación
 - C. Fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: caso *Wo y Van Megyei Kormányhivatal*
- III. CONCLUSIONES
Bibliografía

“La voluntad no es esencial al concepto del derecho, decía Ihering: la prueba en los locos y en los impúberes... Tener un derecho no es, por tanto, ni querer ni gozar... ¿Qué otra cosa hay, pues, además de la voluntad o del goce?”

J. Dabín¹

375

I. COORDINACIÓN COMUNITARIA, PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN Y DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA: PROBLEMÁTICA GENERAL

El fortalecimiento del proceso de integración de los migrantes y la internalización de las relaciones laborales son factores que influyen en la globalización económica. Ciertamente, el derecho a la libre circulación de personas, capitales y servicios se erige en pieza fundamental para promover el bienestar social de las todas las naciones, siendo precisamente ahí en donde la globalización económica pretende más incidir a fin de evitar la pérdida de derechos de Seguridad Social de los trabajadores y familias migrantes². Preservar la cohesión social y coordinar los distintos sistemas nacionales de protección social ha constituido el principal reto al que se enfrenta el colectivo comunitario³. Y es que, para la Unión Europea (en adelante, UE) la tarea de preservar los

1. Dabín, J: *El derecho subjetivo*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2006, pp. 85 y 86.

2. Jiménez Fernández, A: “Antecedentes, procesos de elaboración, significado y contenido general”, en González Ortega, S. (coord.): *El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 23.

3. López Insua, B. M: “La determinación de las prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. I, núm. 2, 2016, pp. 147 y ss.

derechos de Seguridad Social de los trabajadores que circulan por el espacio europeo constituye una tarea prioritaria. Sin embargo la Unión encuentra aquí su principal traba, pues a pesar de los reglamentos de coordinación comunitaria y los intentos de armonización que de las normativas nacionales de protección social se realiza a través de las directivas comunitarias, lo cierto es que no se han eliminado todavía los efectos perniciosos⁴ que en materia de Seguridad Social ha creado este panorama de sutil “coordinación” comunitaria. Un difícil engranaje que repercute negativamente sobre los derechos y obligaciones de todas las personas migrantes, lo cual a su vez incide también en el ejercicio del derecho a la libre circulación⁵. En suma, no cabe hablar de un derecho comunitario a la Seguridad Social, como tampoco de un sistema colectivo de Protección social⁶.

En suma, el Derecho de la Unión Europea se fundamenta en la organización o acoplamiento de los distintos sistemas de Seguridad Social de sus Estados miembros, por lo que rige aquí el principio de *coordinación* y no el de armonización o unificación legislativa⁷. Por lo tanto, la finalidad de la UE consiste en aplicar normas comunes de coordinación instrumental a todos los sistemas estatales integrados en la Unión, de forma que se respeten los elementos peculiares que conforman a los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social. La coordinación comunitaria entre los distintos sistemas de Seguridad Social se encuentra íntimamente conectada con el principio de libre circulación de trabajadores que rige dentro del ámbito comunitario, en la medida en que una correcta coordinación ayudará a eliminar los obstáculos que impiden la consecución de este objetivo⁸. De este modo, el principio de coordinación permite salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los migrantes en el ámbito de la Seguridad Social, evitando que los trabajadores migrantes no vean mermados sus derechos y/o expectativas de derecho en materia de Seguridad Social, al tiempo que se garantiza la igualdad de trato. En esta línea, el Reglamento 883/2004 recuerda que la única forma de contribuir a la mejora del nivel de vida y condiciones de empleo será sólo mediante el establecimiento de normas de coordinación de la Seguridad Social.

4. Carrascosa Bermejo, D: “Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, en Nogueira Guastavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J. M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 187-191.

5. Recuérdese, en este sentido, que ya el Tratado de Roma de 1957 establecía la necesidad de que los trabajadores por cuenta ajena pudieran moverse en la Unión sin que ello supusiera la pérdida de derechos en materia de Seguridad Social.

6. Monereo Pérez, J. L.: “La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 5-6, 2010, pp. 69-94 y 59-86, respectivamente.

7. Arrieta Idiáquez, F. J.: “La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en Arrieta Idiáquez, F. J. (coord.): *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 183. La diferencia es nítida, mientras que la coordinación adopta las medidas necesarias para relacionar los Sistemas entre sí sin alterar los ordenamientos nacionales, la armonización incide precisamente en dichos ordenamientos nacionales y tiende a suprimir diferencias existentes entre ellos. Véase Rodríguez Gutiérrez, J.: “Visión general de la Seguridad Social en el Derecho Comunitario Europeo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997, pp. 111-112.

8. López Insua, B. M.: “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes”, en Monereo Pérez, J. L.; Tulio Barroso, F. y Las Heras, H. (dirs.) y Maldonado Molina, J. A. y Moreno Vida, M. N. (coords.): *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: desafíos para el trabajo decente*, Laborum, Murcia, 2018, pp. 538-614.

Por lo que, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables se deberá aplicar el principio de territorialidad, es decir, únicamente podrá someterse el trabajador a la legislación de un sólo Estado (art. 13.1 del Reglamento 883/2004)⁹. Por regla general, será la ley del Estado en cuyo territorio el trabajador preste servicios por cuenta ajena o por cuenta propia la aplicable ("*lex locis laboris*")¹⁰.

En materia de asistencia sanitaria, la UE le concede a la salud el más alto nivel de protección al enunciar este valor desde la perspectiva de la dignidad Humana (art. 2 del Tratado de la Unión Europea de 2002)¹¹. La protección sanitaria no ha sido, en modo alguna desatendida, por las instituciones comunitarias, tal y como recuerda el artículo 168.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en donde se dispone que "(...) al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana", lo que ya evidencia el especial impacto que se reconoce a dicha tutela sanitaria en cuanto inspiradora de la agenda comunitaria. En este precepto se consigna, como principio transversal del ordenamiento jurídico europeo, la garantía de un alto nivel de protección de la salud humana. Así es, se trata éste de un derecho que incide en diversos campos de actuación que exceden más allá del asistencial sanitario propiamente dicho¹². La Unión Europea apuesta firmemente por la salud, llegando incluso a dotarla de carácter intersectorial, aunque en la realidad se demuestra cómo el sistema de los Tratados de la UE, en cuanto instrumentos jurídico-políticos de organización, determina que las competencias comunitarias, al respecto, se circunscriban más al ámbito de la coordinación¹³ que a la de la armonización¹⁴.

A pesar del debate que toda esta materia genera, lo cierto, es que en la práctica los Estados comunitarios no resultan plenamente afectados por la integración europea en este ámbito, pues cada uno de ellos mantiene su competencia para articular y gestionar la política sanitaria, en general y la provisión de la asistencia sanitaria, en particular. Ahora bien, esta libertad de la que disponen los Estados miembros para la organización, prestación de servicios sanitarios y atención primaria (art. 168.7 TFUE) no es ab-

9. Para más inri, el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la UE establece un mandato dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo por el que, en materia de Seguridad Social, se deberán adoptar: "(...) las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros".

10. López Insua, B. M.: "La determinación de las prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", ob. cit., pp. 150 y ss.

11. Establece el artículo 2 del TUE: "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

12. Monereo Pérez, J. L.: "La salud como derecho humano fundamental", *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2014, pp. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, "La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)", ob. cit., pp. 69-94 y 59-86, respectivamente.

13. García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I. A.: "Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica", *Foro-Nueva época*, vol. 17, núm.1, 2014, p. 312.

14. Monereo Pérez, J. L.: "La salud como derecho humano fundamental", ob. cit., p. 26 en su versión digital.

soluta, dado que en la ordenación de prestaciones y establecimiento de condiciones de acceso están presentes los principios informadores del Derecho Comunitario. La acción coordinada de los sistemas nacionales que acomete la UE aspira a materializar la garantía y efectividad del derecho a la asistencia sanitaria transnacional, pues de lo contrario se estaría yendo en contra del principio de libre circulación de ciudadanos que establece el artículo 21.1 del TFUE, a saber: "Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación". Se trata éste de un cometido aparentemente sencillo, aunque sumamente complejo en la práctica, de ahí que provoque serios problemas interpretativos a la luz de la diversidad y pluralidad de modelos existentes a nivel comunitario. Representa, este punto, uno de los más conflictivos y con el que más tropieza la labor coordinadora de la UE.

La Directiva 2011/24/UE de Asistencia Sanitaria Transfronteriza en la Unión Europea se configura como un nuevo marco que amplía las posibilidades de asistencia sanitaria en los Países del Espacio Europeo, al garantizar el derecho de los ciudadanos comunitarios a recibir asistencia sanitaria segura y de calidad, tanto en el ámbito público como en el privado de otro Estado miembro del conjunto supranacional. La asistencia sanitaria transfronteriza regulada en la Directiva 2011/24/UE constituye una posibilidad prestacional añadida a aquella que se contempla en los Reglamentos sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social existentes¹⁵.

II. DUDAS INTERPRETATIVAS EN TORNO AL DERECHO DE ASISTENCIA SANITARIA Y DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El terreno de la asistencia sanitaria es donde más se ha hecho notar e, incluso, más necesidades ha generado el principio de libre circulación en la UE. Independientemente de los motivos que determinan un movimiento transnacional (a saber: por razones laborales, profesionales o económicos), lo cierto es que las personas circulan a lo largo y ancho del espacio comunitario para recibir asistencia sanitaria¹⁶. Con carácter general, se afirma que los ciudadanos comunitarios no suelen acudir a otros Estados para recibir asistencia sanitaria, pues prefieren recibir atención médica en su nación de pertenencia. Aspectos tales como: el cambio de idioma, el traslado a un sistema con diferente organización o, simplemente, el desconocimiento de la posibilidad de obtener asistencia sanitaria transfronteriza reembolsable, son algunos de los factores que influyen en este descarte mayoritario de cruce de fronteras¹⁷.

15. García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I. A.: "Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica", ob. cit., pp. 310-313.

16. Relaño Toledano, J. e Infante Campos, A.: "Asistencia sanitaria transfronteriza del Sistema Nacional de Salud. Tipos y repercusión económica", *Revista Administrativa Sanitaria*, núm. 7 (4), 2009, p. 619.

17. López Insua, B. M.: "La asistencia sanitaria transfronteriza: puntos críticos", en Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS): *Los retos de la asistencia sanitaria en España*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 815-824.

Se confirma la tendencia, al alta, de los casos de pacientes que son atendidos en Estados miembros diferentes del de residencia a causa del fracaso o tardanza en la atención sanitaria en sus países de origen. Y es que, ya sea de manera causal o casual, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) está cada vez conociendo de supuestos de asistencia sanitaria transfronteriza. Los puntos que más tensión han originado son los relativos a: la competencia autorizante, el reembolso de gastos sanitarios, el carácter programado o no del tratamiento, la libertad de desplazamiento y de prestación de servicios y circulación de mercancías¹⁸.

En algunas ocasiones la atención médica surge en el marco de una estancia temporal en el país de destino y, en otras, debido a la existencia de un desplazamiento transnacional cuya finalidad expresa es la obtención de asistencia sanitaria. En estos últimos casos, las razones suelen ser: el menor tiempo de espera, el deseo de salvar limitaciones económicas¹⁹ o, incluso, legales (por ejemplo, para recibir tratamientos sanitarios más avanzados que los disponibles en el país de origen o servicios sanitarios excluidos del marco legal, a saber: fertilidad no incluida en el catálogo prestacional comprendida en determinados Estados miembro, turismo abortivo cuando sobrepase el tiempo fijado²⁰, etcétera).

El problema de fondo, por regla general, es de tipo económico. El incremento del número de pacientes provoca el afloramiento de limitaciones en el sistema sanitario, que determinan una disminución en la calidad asistencial o aumentar las denostadas listas de espera. De ahí que se haya hecho hincapié en la necesidad de que los Estados miembros provean de una asistencia sanitaria de alta calidad²¹, aceptabilidad, accesibilidad y disponibilidad²², pues la subsistencia de diferencias relevantes a nivel comunitario está generando fuertes desplazamientos de población en países con sistemas de baja calidad hacia aquellos de mayor calidad, desafiando así la planificación organizativa de los sistemas nacionales que tanto trata de preservar la UE.

Con independencia de las situaciones de residencia o estancia en otro Estado miembro, las normas comunitarias sobre trabajadores migrantes admiten, asimismo, el desplazamiento con el propósito exclusivo de recibir asistencia sanitaria, aunque en tales casos se requiere la pertinente autorización, que ha de ser concedida cuando se cumplan dos requisitos (artículo 20 del Reglamento 883/2004, desarrollado por art. 26 del Reglamento 987/2009). Primero, el tratamiento que pretenda recibirse debe “figurar entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado

18. Monereo Pérez, J. L.: “La salud como derecho humano fundamental”, ob. cit., p. 25 en su versión digital.

19. Relaño Toledano, J. e Infante Campos, A.: “Asistencia sanitaria transfronteriza del Sistema Nacional de Salud. Tipos y repercusión económica”, ob. cit., pp. 619-630.

20. En el RD 81/2014, sobre asistencia sanitaria transfronteriza en España se excluye, expresamente, la posibilidad de reembolsar los gastos por la prestación de interrupción voluntaria del embarazo cuando sean supuestos distintos a los previstos por la legislación nacional.

21. Burriel Rodríguez-Diosdado, P.: “Los derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2014, pp. 18-21 en su versión digital.

22. Monereo Pérez, J. L.: “La salud como derecho humano fundamental”, ob. cit., pp. 4-5 en su versión digital.

miembro en que resida el interesado”²³. Por tanto, si el interesado decide acudir a un país distinto para recibir una prestación en especie que el Estado competente no dispensa habrá de asumir íntegramente el coste. Segundo, se exige valorar el “estado de salud” del paciente y “la evolución probable de la enfermedad”. Si después de ese análisis se llega a la conclusión de que la institución competente no puede proporcionar el tratamiento “en un plazo justificable desde el punto de vista médico”, el paciente tiene derecho a desplazarse para recibir la asistencia en otro Estado, porque la eventual denegación de la autorización se entiende contraria al Derecho de la Unión. Dicho en otras palabras, si la prestación solicitada figura en el catálogo de la acción protectora del Estado de residencia y se prevé que el tratamiento se dispense en un plazo razonable, la nación implicada tendrá motivos legítimos para denegar la autorización²⁴.

La competencia de la Unión para regular la asistencia sanitaria es aún limitada. Lo cierto es que no existe todavía un sistema europeo de asistencia sanitaria (como tampoco de Seguridad Social), de ahí que se deje en manos de los distintos Estados comunitarios esta labor. Ello ha originado problemas de movilidad debido a la diversidad de sistemas sanitarios existentes a nivel mundial y, particularmente, en el conjunto europeo²⁵.

Actualmente se encuentran dos vías de regulación normativa a nivel europeo, la primera, la forman los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y, la segunda, se efectúa por vía de la Directiva 2011/24/CE²⁶, por la que se codificó la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la movilidad de pacientes. La existencia de diferentes instrumentos de regulación de la asistencia sanitaria transfronteriza arroja un panorama ciertamente complejo, máxime si se tiene en cuenta que la base jurídica de cada una varía (libre circulación de personas vs libre prestación de servicios) y que las administraciones involucradas no resultan coincidentes ni a nivel europeo, ni a nivel nacional²⁷. De lo que se trata aquí es de, alguna manera, hacer valer el prin-

23. No conviene olvidar, como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia comunitario, que “el Derecho comunitario no puede en principio producir el efecto de obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas de las que se hace cargo su sistema de protección social y que el hecho de que un tratamiento médico esté cubierto o no por los regímenes del seguro de enfermedad de otros Estados miembros es indiferente a este respecto” (STJUE de 12 de julio de 2001, caso *Smits y Peerbooms*, asunto C-157/99).

24. STJUE de 23 de octubre de 2003, caso *Inizan*, asunto C-56/01.

25. Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: “La «asistencia sanitaria» como «derecho fundamental» y el «sistema nacional de salud» como «garantía institucional»: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la legislación reguladora de la sanidad en España. Régimen jurídico de la organización sanitaria, personal sanitario y prestaciones sanitarias*, Comares, Granada, 2007, pp. 3-50. Ver también García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I. A.: “Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica”, ob. cit., pp. 310-311. Monereo Pérez, J. L.: “La salud como derecho humano fundamental”, ob. cit., pp. 1-31 en su versión digital.

26. Completada más recientemente por dos Decisiones de la Comisión Europea de 10 de marzo de 2014 dedicadas, en síntesis, a las condiciones de organización, evaluación y funcionamiento de las “redes europeas de referencia” previstas en dicha Directiva, así como al establecimiento de las condiciones que deben cumplimentar los prestadores de asistencia sanitaria para ingresos en tales estructuras.

27. Lomas Hernández, V.: “Comentario sobre el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el RD 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre recetas médicas y órdenes de dispensación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014,

cipio de no discriminación por razón de nacionalidad dentro del espacio propio del colectivo comunitario. Se pretende con ello llevar a cabo un importante refuerzo del derecho a la libre circulación por el espacio europeo, al tiempo que se reafirman, en este específico terreno de la asistencia sanitaria, algunas otras libertades básicas del acervo comunitario, como las de establecimiento y prestación de servicios. El ámbito de aplicación de la Directiva es parcialmente coincidente con el de los Reglamentos comunitarios sobre trabajadores migrantes, pues los supuestos de reembolso que en ellos se prevén podrían tramitarse en muchos casos por esos nuevos procedimientos. Se trata así de una situación que no deja de generar algunas dudas respecto de la adecuada articulación de ambos instrumentos normativos. En principio, la Directiva ni sustituye, ni tampoco desplaza al Reglamento 883/2004, sino que más bien lo complementa²⁸. Así pues, la Directiva tiene un carácter omnicompreensivo y, por consiguiente, podría aplicarse tanto a los supuestos previstos en el Reglamento como a otras situaciones posibles. En todo caso, la propia Directiva dispone que cuando ambas normas pudieran resultar de aplicación, el Reglamento contará con una especial preferencia, al entender que resulta más ventajoso para el interesado (por regla general), salvo que el beneficiario, convenientemente informado, opte explícitamente por las reglas que recoge la Directiva (art. 8.3 de la Directiva).

A. Hechos controvertidos y cuestiones prejudiciales: análisis de la sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2020

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de septiembre de 2020 (asunto C-777/18), se resuelve la cuestión prejudicial planteada –conforme al artículo 276 del TFUE– por el *Szombathelyi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság* (el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szombathely de Hungría) en el caso *Wo y Van Megyei Kormányhivatal*. En particular, la petición prejudicial busca arrojar una interpretación a los artículos 56 del TFUE, artículo 20.1 del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo y al artículo 26, apartados 1 y 3, del Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Finalmente, se trata de interpretar los artículos 8, apartado 1, y 9, apartado 3, de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

Los hechos controvertidos son los siguientes: en el año 1987, el señor Wo (de nacionalidad húngara) sufrió un desprendimiento de retina en el ojo izquierdo que motivó que perdiera la visión de dicho ojo. “En el año 2015, se diagnosticó un glaucoma en el ojo derecho

p. 1 en su versión digital.

28. Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Quesada Segura, R. y Maldonado Molina, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 517 y ss.

de WO. La asistencia que se le prestó en varios centros médicos húngaros no dio resultado, pues el campo visual del interesado no cesaba de reducirse y la tensión intraocular daba valores muy altos (...) el 29 de septiembre de 2016, WO se puso en contacto con un médico que ejercía en *Recklinghausen* (Alemania) y concertó con este una cita para un reconocimiento médico el 17 de octubre de 2016. El médico le informó de que debería prorrogar su estancia hasta el 18 de octubre de 2016, fecha en la que, de ser necesario, tendría lugar una intervención oftalmológica.

Mientras tanto, un examen médico efectuado en Hungría el 15 de octubre de 2016 había evaluado la tensión intraocular de WO en 37 mmHg, es decir, una tasa muy superior a la de 21 mmHg, a partir de la cual la tensión intraocular se considera anormal. A raíz del reconocimiento al que se sometió WO el 17 de octubre de 2016 en Alemania, el médico que ejercía en dicho Estado miembro consideró que la intervención oftalmológica debía efectuarse con urgencia para salvar la vista de WO. El interesado fue operado con éxito el 18 de octubre de 2016".

A la vuelta de su viaje, el señor Wo solicitó en Hungría el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria transfronteriza recibidos en el país germánico. Tanto la Delegación del Gobierno provincial, como el Budapest *Főváros Kormányhivatala* (Delegación del Gobierno en Budapest Capital, Hungría), denegaron su petición al entender que era requisito "sine qua non" que el señor Wo obtuviese una autorización administrativa previa. Sin ella, entendían, que no podía acceder al tratamiento programado y, por tanto, no cabía efectuar el reembolso de los gastos médicos solicitados. Finalmente, Wo interpuso ante el tribunal remitente recurso contencioso-administrativo contra la resolución denegatoria del reembolso de la asistencia sanitaria de que se trata.

Tras examinar meticulosamente los hechos, el *Szombathelyi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság* (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szombathely, Hungría) albergó ciertas dudas interpretativas. En particular, consideraba que la normativa interna húngara podía resultar contraria al derecho de la UE, por ello decidió finalmente suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE seis cuestiones prejudiciales:

1. "¿Constituye una restricción contraria al artículo 56 [TFUE] una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en relación con el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria transfronteriza, excluye la posibilidad de autorizar *a posteriori* la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro sin autorización previa, incluso cuando, en caso de esperar a la autorización previa, exista un riesgo real de que el estado de salud del paciente se deteriore de manera irreversible?"
2. ¿Es compatible con el principio de necesidad y proporcionalidad enunciado en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva [2011/24] y con el principio de libre circulación de los pacientes el régimen de autorización de un Estado miembro que, en lo que respecta al reembolso de los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza, excluye la posibilidad de conceder una autorización *a posteriori*,

- incluso en caso de riesgo real de deterioro irreversible del estado de salud del paciente a la espera de tal autorización previa?
3. ¿Es conforme con el requisito de un plazo procedimental razonable que tenga en cuenta la afección específica y la urgencia y las circunstancias individuales, establecido en el artículo 9, apartado 3, de la Directiva [2011/24], una normativa nacional que, con independencia del estado de salud del paciente que presenta la solicitud, establece un plazo procedimental de 31 días para que la autoridad competente conceda la autorización previa y de 23 días para que la deniegue? La autoridad puede examinar, con respecto a la solicitud, si la prestación de asistencia está cubierta por la seguridad social y, en caso afirmativo, si puede dispensarla en un plazo justificable desde el punto de vista médico un prestador de asistencia sanitaria financiado con fondos públicos, mientras que, en caso negativo, examina la calidad, la seguridad y la relación coste-efectividad de la asistencia que dispensa el prestador indicado por el paciente.
 4. ¿Procede interpretar el artículo 20, apartado 1, del Reglamento [no 883/2004] en el sentido de que el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria transfronteriza solo puede pedirse si el paciente presenta una solicitud de autorización previa a la institución competente? ¿O bien [dicho precepto] no excluye de por sí en tal caso la posibilidad de presentar una solicitud de autorización *a posteriori* a efectos del reembolso de los gastos?
 5. ¿Está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 20, apartado 1, del Reglamento [no 883/2004] el supuesto de que el paciente se desplace a otro Estado miembro habiendo obtenido una cita concreta para un reconocimiento médico y una cita provisional para una posible operación o intervención médica al día siguiente del reconocimiento médico y, debido al estado de salud del paciente, la operación o intervención médica se lleve efectivamente a cabo? ¿Es posible en ese caso, a efectos [de dicho precepto], presentar una solicitud de autorización *a posteriori* para el reembolso de los gastos?
 6. ¿Está comprendido en el concepto de tratamiento programado, en el sentido del artículo 26 del Reglamento [no 987/2009], el supuesto de que el paciente se desplace a otro Estado miembro habiendo obtenido una cita concreta para un reconocimiento médico y una cita provisional para una posible operación o intervención médica al día siguiente del reconocimiento médico y, debido al estado de salud del paciente, la operación o intervención médica se lleve efectivamente a cabo? ¿Es posible en ese caso, a efectos [de dicho artículo], presentar una solicitud de autorización *a posteriori* para el reembolso de los gastos? En el caso de la asistencia urgente y de carácter vital a que se refiere el artículo 26, apartado 3, [del Reglamento no 987/2009,] ¿exige también la normativa una autorización previa para el supuesto [de dicho] artículo 26, apartado 1?''.

B. Puntos conflictivos: cuestiones objeto de interpretación

Tal y como pone de manifiesto el *Szombathelyi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság* (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de Szombathely, Hungría), el derecho a migrar encierra numerosos problemas (a saber: de gasto público²⁹, autorización administrativa, reembolso de pagos ya abonados, prescripción de medicamentos y recetas, dispensación de productos sanitarios... etcétera) que, previamente, deben de ser resueltos a través de los sistemas nacionales de Seguridad Social y todo ello bajo el presupuesto de que "(...) los sistemas de Seguridad Social albergan, dentro de su acción protectora, las prestaciones sanitarias"³⁰. La multiplicidad de problemas que se han producido en la práctica determina que deba ser el TJUE quien las resuelva, simplemente, a fin de dar cobertura y solución a las nuevas situaciones que se originan. Y es que, son varias las lagunas legislativas que resultan de esta compleja normativa enunciada.

Antes de analizar cada una de las cuestiones conflictivas que se plantean en la sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2020, conviene aclarar cuál es el ámbito aplicativo que trata de desarrollarse por el derecho de la UE. Recuérdese que la coordinación de los sistemas de Seguridad Social es efectuada por medio del Reglamento (CE) 883/2004 y resulta completada el Reglamento (CE) 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009. Principalmente, el Reglamento de 2004 presta cualificada atención a las prestaciones sanitarias o de "enfermedad" (terminología comunitaria) o provisión de servicios sanitarios en un Estado miembro diferente de aquél a cuyo sistema de Previsión Social se está afiliado o tenga reconocido el derecho al acceso al sistema sanitario³¹. El reglamento cumple aquí una función básica que se concreta en: a) la ley aplicable, b) identificación de la institución a la que compete la provisión de la asistencia sanitaria y c) aquella otra a la que le corresponde la asunción de los costes derivados de la misma (en el marco de estos reglamentos comunitarios la asistencia sanitaria se dispensa en el país de migración o de desplazamiento gracias al sistema, no harto de problemas, de "reembolso entre instituciones")³². Además, el Reglamento 883/2004 diferencia entre la asistencia sanitaria programada y la no programada, punto que discute y resuelve en la sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2020.

29. Relaño Toledano, J. e Infante Campos, A.: "Asistencia sanitaria transfronteriza del Sistema Nacional de Salud. Tipos y repercusión económica", ob. cit., pp. 619-630.

30. García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I. A.: "Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica", ob. cit., p. 313.

31. Véase al respecto, Monereo Pérez, J. L.: "La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)", ob. cit., pp. 69-94 y 59-86, respectivamente.

32. Así pues, el ciudadano comunitario que recibe la atención sanitaria en otro Estado miembro no ha de anticipar su coste para posteriormente reclamar al Estado competente, sino que es el Estado que presta la asistencia el que ha de justificar el gasto que la atención sanitaria le ha supuesto. Y todo ello para luego reclamar al Estado competente que asuma dicho coste (Sentencia TJUE de 3 de julio de 2003, caso *Van der Duin y ANOZ Zorgverzekeringen*, asunto C-156/01). Todo ello a salvo de que se haga uso de la excepción prevista en el art. 35.3 del Reglamento 883/2004, que habilita a los Estados miembros para "convenir otras formas de reembolso" o incluso para renunciar a esa compensación.

Por su parte, la Directiva 2011/24/CE³³ se crea como una vía diferente y alternativa al sistema de coordinación para el acceso a los servicios de salud en otro Estado miembro. A pesar de querer constituir una vía clarificadora *ex profeso* de los derechos de los pacientes y de sus derechos, lo cierto es que presenta algunas dudas interpretativas que, igualmente, se materializan desde un punto de vista práctico, a saber: el reembolso de gastos sanitarios y el requisito de autorización previa.

En la sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2020 se plantean varios puntos críticos que, a continuación, se analizarán de manera diferenciada para así comprender el fallo del Alto Tribunal. Todos ellos se relacionan íntimamente entre sí, constituyendo así valiosos elementos vertebradores, de un lado, el principio de libre circulación y, de otro, el de proporcionalidad.

En primer lugar, en las cuestiones prejudiciales cuarta, quinta y sexta se pregunta sobre el concepto de “tratamiento programado”. Sobre este punto, el artículo 20 del Reglamento 883/2004 aclara que habrá una situación de asistencia sanitaria programada cuando se haya efectuado, expresamente, un desplazamiento para la obtención de la asistencia sanitaria en un país distinto al competente, debiendo en este caso el solicitante haber obtenido previamente una autorización emitida por la institución del lugar de estancia y de acuerdo con lo dispuesto por la normativa del Estado miembro en que se realicen las prestaciones. El Reglamento n° 987/2009 indica que la asistencia sanitaria que se busca consiste en el percibo de prestaciones en especie. Por el contrario, la asistencia sanitaria será no programada cuando la misma surja con motivo de una estancia temporal en otro país de la UE (por ejemplo: durante las vacaciones, un viaje de trabajo, etcétera)³⁴.

A este respecto, el señor Wo toma la decisión de viajar a un Estado distinto al de residencia, únicamente, por decisión exclusiva y a raíz de la ineficacia comprobada de todos los tratamientos médicos recibidos en su Estado de residencia. Se trataba de un viaje de urgencia, habida cuenta de su estado de salud y de la evolución probable de su enfermedad. Aspecto que no se discute en la sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2020, en cuanto que queda probado el grave cuadro clínico del señor Wo. Asimismo, se comprueba que el tratamiento que recibe en Alemania figura entre las prestaciones previstas por la legislación húngara. Por lo tanto, se cumplen así los dos requisitos que menciona el artículo 20.2 del Reglamento n° 883/2004 y que, condicionan, su calificación como de “asistencia sanitaria programada”.

La segunda cuestión que se discute es la relativa al “reembolso de gastos” por el tratamiento programado sin autorización previa. En torno a esta materia, la Directiva establece en su artículo 7 que todo Estado miembro de afiliación habrá de garantizar el reembolso de los gastos contraído por un asegurado que haya recibido atención

33. Debido a las constantes contradicciones y cambios jurisprudenciales en la doctrina del TJUE, el legislador comunitario optó por la posibilidad de incorporar esa doctrina a una nueva Directiva que clarificara *ex profeso* los derechos de los pacientes y los deberes implicados en los movimientos transnacionales, en lugar de modificar los Reglamentos de coordinación.

34. https://europa.eu/youreurope/citizens/health/unplanned-healthcare/index_es.htm

sanitaria en un país comunitario diferente (ya sea hospitalaria o no hospitalaria)³⁵. No obstante, se establece como límite que sólo podrá restituirse hasta la cuantía que habría asumido si la asistencia sanitaria se hubiese prestado en su territorio, no pudiendo exceder el reintegro del coste real de la asistencia sanitaria prestada. Por tanto, el paciente deberá anticipar los gastos que de su tratamiento derivan y, posteriormente, podrá reclamar al Estado en el que esté afiliado el reintegro de las cantidades desembolsadas³⁶. Ahora bien, el exceso correspondiente a la asistencia sanitaria deberá sufragarla el paciente cuando supere el coste previsto en la nación de afiliación³⁷. En este punto, radica una de las principales desventajas de la regulación contenida en esta Directiva, ya que articula una asistencia sanitaria transfronteriza de la que sólo podrán disfrutar los pacientes que tengan recursos económicos suficientes para avanzar los costes del tratamiento. Lo que genera un efecto disuasorio respecto de las personas sin suficientes recursos³⁸. La procedencia del reembolso exige, en cualquier caso, que la asistencia sanitaria en cuestión figure entre las prestaciones a las que el paciente tiene derecho en su Estado de afiliación (cartera sanitaria de servicios). Aspecto que se cumple en la sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2020, tal y como indica el Alto Tribunal Europeo. Se preserva así la responsabilidad de cada nación en la organización de su sistema sanitario, sin que el reconocimiento del derecho de sus asegurados a recibir atención médica en otro país implique una ampliación de sus catálogos prestacionales. Por lo que la Directiva no prescribe el compromiso de los Estados de cubrir fuera de sus fronteras lo que no cubren dentro de las mismas, pues de lo contrario se alteraría la planificación económica de los sistemas nacionales.

35. El derecho a la libertad de prestación de servicios ha sido objeto de una fuerte tensión conflictiva a nivel comunitario. Así pues, el TJUE ha llevado aquí una verdadera labor de armonización y no de coordinación, al atribuir a los ciudadanos de la UE nuevos derechos a partir de la libertad de prestación de servicios, sin detenerse en articular tales derechos con aquellos derivados de los Reglamentos comunitarios (Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011, caso *Smits y Peerbooms* - Asunto C-157/99).

36. Afirma, en este punto, la doctrina científica que el establecimiento de límites al reembolso de los gastos médicos por razones de riesgo para el equilibrio financiero del sistema de salud no puede suponer una causa de denegación del reembolso, ya que las limitaciones al reembolso deben estar basadas en causas de interés general debidamente acreditadas. Ver García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I. A.: "Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica", ob. cit., p. 325.

37. En la práctica, tal y como se deduce del Reglamento de desarrollo, los pacientes no siempre quedan exentos de abonar total o parcialmente la cobertura recibida en otros Estado comunitario. Efectivamente, es posible que la reclamación de los gastos que ha supuesto el tratamiento médico siempre que el país de tratamiento actúe así con sus propios asegurados. Por ese motivo, el Sistema Nacional de Salud español no puede solicitar el abono de la asistencia sanitaria a los asegurados de otros Estados miembro, al no poder exigirlo respecto de sus propios asegurados. Véase Trillo García, A. y otros: *Claves prácticas Francis Lefebvre. Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, p. 45.

38. En este punto ya se habían planteado ciertas dudas de legitimidad, pues de conformidad con lo que establece la Directiva Comunitaria (sobre Asistencia Sanitaria Transfronteriza en la Unión Europea) resulta alarmante –entre otras cuestiones– que únicamente puedan acceder a esta posibilidad prestacional aquellos pacientes con recursos económicos suficientes como para adelantar los costes del tratamiento bajo unas determinadas condiciones y, en el caso de algunos tratamientos, bajo un requisito de autorización previa. Ciertamente, como ya venía indicando la doctrina científica, así como la Comisión Europea (informe emitido a fecha de 2 de abril de 2018), ello está generando un efecto disuasivo respecto de aquellos ciudadanos con menos recursos económicos, lo cual atenta gravemente contra el derecho a la libre circulación de personas en la UE y, por ende, el concepto de ciudadanía comunitaria e igualdad de trato entre trabajadores y ciudadanos comunitarios. Ver http://www.medicosypacientes.com/sites/default/files/2018_crossbordercooperation_exe_en.pdf.

Se plantea ciertas dudas cuando el reembolso de gastos sea debido a una situación de urgencia³⁹, como justamente se describe en la sentencia del TJUE de 23 de septiembre de 2020. A este respecto, recuerda el Alto Tribunal que podrá concederse el reembolso de gastos, sin autorización previa, siempre que "(...) las circunstancias individuales relativas, en particular, a su estado de salud y a la evolución probable de su enfermedad, puedan justificar la falta de dicha evolución probable de su enfermedad y puedan justificar la falta de dicha autorización (...)" (apartado 45 de la STJUE de 23 de septiembre de 2020).

En efecto, atendiendo al artículo 20 del Reglamento nº 883/2004 e interpretado a la luz de la libre prestación de servicios que recoge el artículo 56 del TFUE, cabe diferenciar dos supuestos en los que la institución competente podrá reembolsar directamente los gastos médicos generados, aun a falta de una autorización debidamente expedida, a saber: "En el primer supuesto, el asegurado tiene derecho a obtener tal reembolso cuando la institución competente haya denegado su solicitud de autorización y, posteriormente, la propia institución competente o una resolución judicial declaren infundada tal denegación [véase, por analogía, en lo que respecta al artículo 22, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 1408/71, la sentencia de 12 de julio de 2001, *Vanbraekel* y otros, C-368/98, EU:C:2001:400, apartado 34]. En el segundo supuesto, el asegurado tiene derecho a que la institución competente le reembolse directamente un importe equivalente al que normalmente habría sufragado la institución si aquel hubiera dispuesto de la correspondiente autorización previa cuando, por razones relacionadas con su estado de salud o con la necesidad de recibir tratamiento urgente en un establecimiento hospitalario, se haya visto imposibilitado de solicitar tal autorización o no haya podido esperar a la resolución de la institución competente sobre la solicitud de autorización presentada (...)"

En este punto, el TJUE se muestra muy contundente y aclara que el señor Wo cumple claramente con los requisitos que se enumeran en el Reglamento de 2004. Por lo que, no cabe aplicar la normativa interna de Hungría que limita el acceso al reembolso de gastos sanitarios (prestaciones en especie), basando su fundamento en que el solicitante no ha obtenido la autorización previa. Y es que, "tal normativa, no puede estar justificada por razones imperiosas de interés general", ya que no respeta la exigencia de proporcionalidad y restringe de forma injustificada la libre prestación de servicios⁴⁰.

La tercera cuestión conflictiva es la referente al requisito de "autorización previa". Cabe señalar que, por regla general, el Estado miembro no debe supeditar el reembolso al procedimiento de autorización previa, salvo excepciones contenidas en el artículo 8 de la Directiva de 2011, a saber: "a) requiera necesidades de planificación

39. En este punto, los tribunales españoles han declarado que "(...) se podría autorizar a un ciudadano español para obtener el tratamiento deseado en otro Estado miembro de la UE a cargo del servicio público español –reembolso– siempre que estuviese incluido dentro de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud y no fuese posible obtener un grado de eficacia idónea que permita al paciente recuperar su salud en tiempo útil, mientras que esa misma situación no encontraría amparo dentro del territorio nacional" (STSJ de Castilla y León de 4 de noviembre de 2009).

40. Véase el apartado 48 de la STJUE de 23 de septiembre de 2020 y la sentencia del TJUE *Elchinov*, en sus apartados 45 a 47, 51 y 75.

relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos y: i) suponga que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche, o ii) exija el uso de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos; b) entrañe tratamientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población, o c) sea proporcionada por un prestador de asistencia sanitaria que, en función de las circunstancias concretas de cada caso, pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados, a excepción de la asistencia sanitaria sujeta a la legislación de la Unión que garantiza un nivel mínimo de seguridad y calidad en toda la Unión”.

Por lo tanto, los Estados comunitarios tienen potestad para establecer, según la Directiva y si así lo consideran oportuno, que para la obtención del reembolso de los gastos derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza, el paciente deba atravesar los procedimientos, trámites reglamentarios o condiciones que hubiera de seguir si la asistencia se prestase en el territorio del Estado⁴¹. El hecho de solicitar el requisito de autorización previa queda, por otra parte, justificado por el Estado siempre que se pretenda “(...) evitar el riesgo de un perjuicio grave del equilibrio financiero del sistema de seguridad social, mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, mantener la capacidad de asistencia sanitaria o la competencia médica en el territorio nacional y permitir la planificación con objeto, por una parte, de garantizar en el territorio de Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos hospitalarios de calidad y, por otra parte, de lograr un control de los gastos y evitar, en la medida de lo posible, cualquier derroche de recursos financieros, técnicos y humanos”⁴².

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la UE ha establecido una doble distinción, de un lado, entre las prestaciones efectuadas por los médicos en sus consultas o en el domicilio del paciente y, de otro, en los tratamientos hospitalarios o los tratamientos médicos que requieren de equipos médicos muy especializados y costosos (en lo sucesivo, “tratamientos no hospitalarios especialmente onerosos”) no hospitalarios especialmente onerosos⁴³. A este respecto, el TJUE establece una importante excepción

41. A modo de ejemplo, en España se ha utilizado este considerando de la Directiva de forma que cuando la asistencia sanitaria no sea prestada en España será necesaria una evaluación previa que justifique la prestación que se debe dar al paciente fuera de las fronteras nacionales. Se trata pues de una evaluación que realizará el médico de atención primaria y que, como afirma el propio artículo 10.4 en su párrafo segundo del RD 81/2014, no debe constituir una situación de discriminación u obstáculo a la libre circulación de pacientes. Ahora bien, el problema es que esta evaluación que se exige ante los servicios médicos o de asistencia sanitaria no está sometida al requisito de autorización previa, de ahí que se cuestione la doctrina si ello no supondría una mayor onerosidad para el paciente e indirectamente una limitación en sus derechos a la libre circulación. Ver Burriel Rodríguez-Diosdado, P.: “Los derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza”, ob. cit., p. 13.

42. Apartado 59 de la STJUE de 23 de septiembre de 2020 y apartado 42 y 43 de la STJUE de *Elchinov*.

43. Véanse las sentencias de 28 de abril de 1998, *Decker*, C-120/95, EU:C:1998:167, apartados 39 a 45; de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96, EU:C:1998:171, apartados 41 a 52; de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, C-157/99, EU:C:2001:404, apartado 76, y de 5 de octubre de 2010, *Comisión/Francia*, C-512/08, EU:C:2010:579, apartados 33 a 36.

y es que “(...) respecto a los tratamientos hospitalarios y a los tratamientos no hospitalarios especialmente onerosos, que se inscriben dentro de un ámbito con particularidades innegables, que el artículo 56 TFUE no se opone, en principio, a que el derecho de un paciente a recibir tales prestaciones en otro Estado miembro, financiadas por el sistema de que depende, se supedita a una autorización previa”. En otras palabras, podría provocar un grave desequilibrio al sistema financiero del Estado miembro el hecho de que asuma, sin autorización previa, unos gastos sanitarios imprevistos y generados en otros Estado miembro. Por esa razón, resulta necesario basar dicha excepción en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, pues de lo que se trata es de evitar que las autoridades nacionales hagan uso de dicha facultad de manera arbitraria.

Ahora bien, para el caso que nos concierne, el TJUE adopta una postura muy garantista y recuerda que: “(...) de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la normativa nacional que subordina a una autorización previa la cobertura o el reembolso de los gastos en que haya incurrido el asegurado en otro Estado miembro distinto del Estado de afiliación, cuando la cobertura o el reembolso de los gastos en que haya incurrido en este último Estado miembro no están supeditados a tal autorización, implica una restricción a la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 56 TFUE (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96, EU:C:1998:171, apartado 35, y de 27 de octubre de 2011, *Comisión/Portugal*, C-255/09, EU:C:2011:695, apartado 60)⁴⁴”. En este punto, el TJUE señala que si bien debería el tribunal nacional apreciar si concurren las circunstancias particulares, lo cierto es que del reconocimiento médico efectuado en Hungría en 2016 cabe confirmar la urgencia de la intervención oftalmológica. Parece éste un indicio evidente, en el sentido de que el interesado no podía haber esperado a que la institución competente dictara una resolución sobre su solicitud de autorización previa. Por lo que, se justifica en este punto una importante excepción a la regla general.

Finalmente, cabe recordar que las situaciones descritas y que motivaron que el señor Wo reclamara ante los tribunales la cobertura de las prestaciones en especie generadas en Alemania: “(...) no pone en peligro la consecución de los objetivos de planificación hospitalaria ni constituye un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, ya que tal cobertura no afecta al mantenimiento de un servicio hospitalario equilibrado y accesible a todos, ni tampoco al mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional”.

C. Fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: caso *Wo* y *Van Megyei Kormányhivatal*

De manera explícita el TJUE, en su sentencia de 23 de septiembre de 2020 (asunto C-777/18), considera que es contraria al derecho comunitario que una normativa na-

44. Apartado 58 de la STJUE de 23 de septiembre de 2020.

cional, como la de Hungría, excluya el reembolso de gastos relacionados con la operación de urgencia a la que se somete el señor Wo (asegurado de un Estado miembro de la UE), simplemente por no contar con el requisito de autorización previa. El Reglamento nº883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, confirma que esta restricción al principio de libre circulación es desproporcionada e infringe lo regulado por la Directiva 2011/24/CE, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

De igual modo, el Reglamento nº 883/2004 reconoce que la asistencia médica recibida en un Estado comunitario distinto del de residencia del asegurado, por motivos de urgencia, constituye un tratamiento programado a efecto de lo dispuesto por la normativa europea. Por lo que, la cobertura queda supeditada a que la institución competente del Estado miembro de residencia expida una autorización previa. A falta de dicha autorización previa, el TJUE recuerda que el asegurado mantendrá el derecho al reembolso de los gastos sanitarios cuando, por motivos relacionados con su estado de salud o con la necesidad de recibir tratamiento urgente, al asegurado le haya sido imposible solicitar la autorización o no podía esperar a la resolución de la institución competente sobre su solicitud de autorización.

Por todo ello, el TJUE declara en su fallo que:

1. “1) La asistencia médica recibida en un Estado miembro distinto de aquel en que reside el asegurado, decidida exclusivamente por este último, debido a que, en su opinión, tal asistencia o los tratamientos con el mismo grado de eficacia no están disponibles en el Estado miembro de residencia en un plazo justificable desde el punto de vista médico, está comprendida en el concepto de «tratamiento programado», a efectos de las citadas disposiciones, de modo que el derecho a obtener tal asistencia médica, de acuerdo con los requisitos establecidos en el Reglamento no 883/2004, está supeditado, en principio, a que la institución competente del Estado miembro de residencia expida una autorización. El asegurado que haya recibido tratamiento programado en un Estado miembro distinto del de su residencia, sin haber solicitado, no obstante, autorización a la institución competente, con arreglo al artículo 20, apartado 1, del Reglamento nº 883/2004, tendrá derecho al reembolso de los gastos del tratamiento en las condiciones previstas en dicho Reglamento (...), siempre que se cumplan con los requisitos que enumera el apartado 2 del artículo 20 del Reglamento nº 883/2004.
2. “El artículo 56 TFUE y el artículo 8, apartado 2, párrafo primero, letra a), de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que, a falta de autorización previa, excluye el reembolso de los gastos de consulta médica en otro Estado miembro, dentro de los

límites de la cobertura garantizada por el régimen del seguro de enfermedad del Estado de afiliación.

3. El artículo 9, apartado 3, de la Directiva 2011/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece un plazo de 31 días para conceder la autorización previa para la cobertura de una asistencia sanitaria transfronteriza y de 23 días para denegarla, al tiempo que habilita a la institución competente para tener en cuenta las circunstancias individuales y la urgencia del caso de que se trate”.

III. CONCLUSIONES

El carácter universal del derecho humano a la salud se deduce de la expresión “toda persona” que emplean los distintos textos internacionales y comunitarios para así designar a quienes (los ciudadanos en su condición de titulares de este derecho subjetivo) pueden ser beneficiarios de este derecho. La universalización de este derecho radica precisamente en la figura de la titularidad, la cual se configura de manera independiente de la condición de nacional o extranjero⁴⁵.

El mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ya ha insistido en que a la salud habrá de otorgársele el “más alto nivel posible”, por lo que habrá que tener en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado (artículo 12, en su párrafo 1). Por todo ello, no cabe entender a la salud como un simple principio programático. Así es, como derecho atribuido a la “persona” no puede quedar limitado a los “ciudadanos”, lo que debe ser asimismo extensible a todas las personas que se encuentren en el espacio de la Unión Europea y que requieran de atención sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones⁴⁶. Para el colectivo comunitario la salud constituye un elemento esencial para la protección de la dignidad humana, es por ello que el mismo artículo 2 del Tratado de la Unión Europea de 2002. De igual modo, el apartado primero del artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponga que “al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”, lo ya evidencia el elevado impacto que se reconoce a la tutela sanitaria en cuanto inspiradora de la agenda comunitaria⁴⁷. En efecto, dicho precepto (en sintonía con lo dispuesto a nivel internacional) consigna como principio transversal del ordenamiento jurídico europeo la garantía de un alto

45. Maldonado Molina, J. A: “El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnico-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjero”, en Monereo Pérez, J. L. (dir.) y Triguero Martínez, L. Á. y Fernández Avilés, J. A. (coord.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010.

46. Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G: “La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16, 2018, pp. 32 y 33.

47. Guindo Morales, S.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares”, en Asociación Española de Salud y Seguridad Social: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 229-231.

nivel de protección de la salud humana⁴⁸, puesto que se trata éste de un derecho que incide en diversos campos de actuación que exceden más allá del asistencial sanitario propiamente dicho⁴⁹.

Se trata éste de un derecho social supeditado a las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. De ahí que ya la Carta Social Europea reconozca en su artículo 35 el derecho de toda persona a la prevención sanitaria y al disfrute de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. No obstante, esta libertad de la que disponen los Estados miembros no es absoluta, sino que queda supeditada a la organización, prestación de servicios sanitario y atención primaria (art. 168.7 del TFUE), puesto que en la ordenación de prestaciones y establecimiento de condiciones de acceso están presentes los principios informadores del Derecho Comunitario. Por todo ello, la acción coordinada de los sistemas nacionales que acomete la UE aspira a materializar la garantía y efectividad del derecho a la asistencia sanitaria transnacional, para así no contradecir el principio de libre circulación de ciudadanos que establece el artículo 21.1 del TFUE. Sin embargo, este cometido no constituye una tarea fácil, ya que la diversidad y pluralidad de modelos existentes a nivel comunitario representa, precisamente, la principal dificultad con la que tropieza la labor coordinadora del colectivo comunitario.

La asistencia sanitaria constituye, en definitiva, una de las prestaciones o ramas específicas de Seguridad Social, la cual se vincula al derecho a la Seguridad Social en virtud de lo dispuesto por la normativa internacional y europea. A este respecto, el ex artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales de la UE especifica que: "(...) la Unión reconoce y respeta el derecho a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad (...)". Esto no debe llevar a una disminución en la protección de este derecho, sino que el mismo queda reforzado por los diversos modelos jurídico-materiales públicos dispuestos en cada uno de los Estados miembro. La coordinación comunitaria entre los distintos sistemas de Seguridad Social se encuentra íntimamente conectada con el principio de libre circulación de trabajadores que rige dentro del ámbito comunitario, en la medida en que una correcta coordinación ayudará a eliminar los obstáculos que impiden la consecución de este objetivo. De este modo, el principio de coordinación permite salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los migrantes en el ámbito de la Seguridad Social, evitando que los trabajadores migrantes vean mermados sus derechos y/o expectativas de derecho en materia de asistencia sanitaria, al tiempo que se garantiza la igualdad de trato. En esta línea, el Reglamento 883/2004 recuerda que la única forma de contribuir a la mejora del nivel de vida y condiciones de empleo será sólo mediante el establecimiento de

48. Monereo Pérez, J. L.: "¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación", en Asociación Española de Salud y Seguridad Social: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016, p. 835.

49. Monereo Pérez, J. L.: "La salud como derecho humano fundamental", ob. cit., pp. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, "La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)", ob. cit., pp. 69-94 y 59-86, respectivamente.

normas de coordinación de la Seguridad Social⁵⁰. Por lo que, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables se deberá aplicar el principio de territorialidad, es decir, únicamente podrá someterse el trabajador a la legislación de un sólo Estado (art. 13.1 del Reglamento 883/2004).

En materia de asistencia sanitaria transfronteriza se han planteado serias dudas de legitimidad, pues de conformidad con lo que establece la Directiva Comunitaria (sobre Asistencia Sanitaria Transfronteriza en la Unión Europea) resulta alarmante – entre otras cuestiones – que únicamente puedan acceder a esta posibilidad prestacional aquellos pacientes con recursos económicos suficientes como para adelantar los costes del tratamiento bajo unas determinadas condiciones y, en el caso de algunos tratamientos, bajo un requisito de autorización previa. Ciertamente, como ya venía indicando la doctrina científica, así como la Comisión Europea (informe emitido a fecha de 2 de abril de 2018), ello está generando un efecto disuasivo respecto de aquellos ciudadanos con menos recursos económicos, lo cual atenta gravemente contra el derecho a la libre circulación de personas en la UE y, por ende, el concepto de ciudadanía comunitaria e igualdad de trato entre trabajadores y ciudadanos comunitarios⁵¹.

El riesgo para la democracia social es la fuerte tendencia hacia la consagración de un Estado de seguridad, de control social permanente y selectivo con una multiplicidad de expresiones, a saber: la atribución selectiva de derechos a las personas, imposición del principio de tolerancia cero, invasión de las comunicaciones, encarcelamiento de migrantes sospechosos de terrorismos o inmigrantes ilegales, etcétera. En este sentido, impera todavía una racionalidad mercantilista y economicista del mercado de trabajo que resulta contraria al pleno respeto de los derechos de Seguridad Social y de protección social de migrantes.

En definitiva, para alcanzar una plena igualdad y reconocimiento efectivo del derecho a la salud entiendo que debería relacionarse el concepto de migración con el de ciudadanía inclusiva a fin de desvincular la condición de “nacionalidad” del requisito excluyente de la titularidad de los derechos fundamentales. Para ello sería necesario mejorar ordenamiento jurídico comunitario en el sentido de garantizar la plena *efectiva* de este derecho social fundamental a través de normas básicas sustantivas y de políticas socialmente coherentes de tratamiento multidimensional de las migraciones (que van desde la tutela directa de los derechos de las personas migrantes a la resuelta plasmación de una política europea de fomento del desarrollo económico en

50. López Insua, B. M.: “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes”, ob. cit., pp. 583-590.

51. El concepto de ciudadanía de la Unión, introducido por el Tratado de Maastricht, añadió una nueva dimensión política a la naturaleza de la integración europea, que hasta entonces había sido fundamentalmente económica. El gran entusiasmo inicial del TJUE en determinar la ciudadanía de la Unión como el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros queda supeditado a las posibles consecuencias de la combinación de los artículos 18, 20 y 21 del TFUE. La ciudadanía de la Unión se ha construido sobre los cimientos ya establecidos por la jurisprudencia del TJUE en materia de la libre circulación de personas. Monereo Pérez, J. L.: “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 34, 2013; Monereo Pérez, J. L.: “Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 41, 2016; López Insua, B. M.: “La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio”, *Revista Lex Social*, vol. 9, núm. 1, 2019.

los países de origen, que permita que las personas tengan la posibilidad de tener una vida digna). El fenómeno de las migraciones precisa urgentemente de una respuesta sistemática, estructurada y organizada a medio plazo, que le permita a la sociedad afrontar el presente y prever el futuro, pero que además le proporcione un marco global de referencia para una cabal comprensión de la misma. Se trata ésta de una temática que, por afectar a la propia estructura social, a los hábitos de vida, a la expresión cultural y a la convivencia, necesita ser asumido por el conjunto de la población y no sólo por sus instituciones sociales. En efecto, los derechos a la salud y asistencia sanitaria de las personas migrantes presentan aspectos problemáticos y muy heterogéneos en los que a la responsabilidad pública le corresponde tomar parte e implicarse más cercanamente para así completar las lagunas existentes y fomentar la protección de los Derechos de Seguridad Social de todas estas personas en situación de necesidad.

Bibliografía

- Arrieta Idiáquez, F. J.: "La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea", en Arrieta Idiakez, F. J. (coord.): *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Aranzadi, Navarra, 2014.
- Burriel Rodríguez-Diosdado, P.: "Los derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2014.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales", en Nogueira Guastavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J. M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Dabín, J.: *El derecho subjetivo*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2006.
- García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I. A.: "Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica", *Foro-Nueva época*, vol. 17, núm.1, 2014.
- Guindo Morales, S.: "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares", en Asociación Española de Salud y Seguridad Social: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016.
- Jiménez Fernández, A.: "Antecedentes, procesos de elaboración, significado y contenido general", en González Ortega, S. (coord.): *El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Lomas Hernández, V.: "Comentario sobre el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el RD 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre recetas médicas y órdenes de dispensación", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014.
- López Insua, B. M.: "La asistencia sanitaria transfronteriza: puntos críticos", en Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS): *Los retos de la asistencia sanitaria en España*, Laborum, Murcia, 2016.
- López Insua, B. M.: "La determinación de las prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. I, núm. 2, 2016.
- López Insua, B. M.: "La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio", *Revista Lex Social*, vol. 9, núm. 1, 2019.

- López Insua, B. M.: "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes", en Monereo Pérez, J. L.; Tulio Barroso, F. y Las Heras, H. (dirs.) y Maldonado Molina, J. A. y Moreno Vida, M. N. (coords.): *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: desafíos para el trabajo decente*, Murcia, Laborum, 2018.
- Maldonado Molina, J. A.: "El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnico-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjero", en Monereo Pérez, J. L. (dir.) y Triguero Martínez, L. Á. y Fernández Avilés, J. A. (coord.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010.
- Monereo Pérez, J. L.: "¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación", en Asociación Española de Salud y Seguridad Social: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016.
- Monereo Pérez, J. L.: "La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 5-6, 2010.
- Monereo Pérez, J. L.: "La salud como derecho humano fundamental", *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2014.
- Monereo Pérez, J. L.: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 34, 2013.
- Monereo Pérez, J. L.: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 41, 2016.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: "La «asistencia sanitaria» como «derecho fundamental» y el «sistema nacional de salud» como «garantía institucional»: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador", en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la legislación reguladora de la sanidad en España. Régimen jurídico de la organización sanitaria, personal sanitario y prestaciones sanitarias*, Comares, Granada, 2007.
- Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16, 2018.
- Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Quesada Segura, R. y Maldonado Molina, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2020.
- Relaño Toledano, J. e Infante Campos, A.: "Asistencia sanitaria transfronteriza del Sistema Nacional de Salud. Tipos y repercusión económica", *Revista Administrativa Sanitaria*, núm. 7 (4), 2009.
- Rodríguez Gutiérrez, J.: "Visión general de la Seguridad Social en el Derecho Comunitario Europeo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997.
- Trillo García, A. y otros: *Claves prácticas Francis Lefebvre. Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014.



Recensiones



Recensión de la obra de Thais Guerrero Padrón e Isabel Ribes Moreno (coords.): *Social Security Law in Spain*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020

María Teresa Igartua Miró

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

igartua@us.es  0000-0002-4614-6270

Recibido: 17.12.2020 | Aceptado: 17.12.2020

La recientemente publicada *Social Security Law in Spain*, editada por Wolters Kluwer en el marco de su prestigiosa colección *International Encyclopaedia of Laws* (IEL), se incorpora al conjunto de monografías que forman parte de la sección *Derecho de la Seguridad Social*. Los autores, especialistas en su ámbito, coordinados por las Profesoras Guerrero Padrón y Ribes Moreno, ambas de la Universidad de Cádiz, compendian pormenorizadamente el Derecho de la Seguridad Social española desde una perspectiva precisa y práctica, ofreciendo una visión completa de nuestro régimen de protección social, a través de una obra actualizable anualmente. Es visible que la Seguridad Social es una de las ramas del Derecho del Trabajo que se ve más afectada por las reformas legislativas, y además, que tiene un carácter complejo y fragmentario, de ahí el extraordinario interés que presenta la monografía que se reseña en estas páginas.

Como se ha señalado, la obra se enmarca en una colección que comprende el estudio de los sistemas nacionales de Seguridad Social de más de 50 países. Por ese motivo, su estructura se construye en torno a un esquema de desarrollo común con el resto de monografías de la colección, lo que favorece la comparación entre los distintos países, no sólo del arco europeo (por referencia al Espacio Económico Europeo y Suiza), sino de cualquier otro Estado del mundo. Precisamente este factor dota a la obra de un gran valor, puesto que permite la perspectiva comparada tanto de carácter práctico, como de carácter científico. En suma, es una obra de enorme utilidad para los profesionales del Derecho, operadores jurídicos, académicos, investigadores y estudiantes en titulaciones socio-jurídicas.

La monografía expresa una información completa y detallada del Derecho español de la Seguridad Social, tratada con sumo rigor científico, evitando deliberadamente y en la

medida de lo posible, debates doctrinales a nivel interno, lo que no impide la incorporación de una selección bibliográfica mayormente española, que acerca la doctrina jurídica nacional en materia de seguridad social a los lectores de foros internacionales. Consecuentemente, aborda las materias clásicas en este tipo de obras, como no puede ser de otra manera. En lo que respecta a su estructura se configura en una introducción general y IX capítulos, que en la obra se denominan *Parts*.

Es necesario, comentar pormenorizadamente cada epígrafe de esta monografía, imprescindible para comprender nuestro sistema de Seguridad Social. Las coordinadoras de la monografía acometen los capítulos destinados a situar al lector en los fundamentos del régimen de seguridad social español. Así, en primer lugar, se presenta un capítulo a modo de introducción general, llevado a cabo por la Profesora Guerrero Padrón, y a través de un tratamiento histórico, hace comprensible para el lector la evolución de la Seguridad Social española desde las primeras manifestaciones de la previsión social hasta la conformación del sistema mixto de Seguridad Social actual. Aspectos destacados en esta parte introductoria serán el campo de aplicación del Sistema y de los respectivos regímenes de Seguridad Social, General y Especiales, y el cuadro de fuentes, desarrollado con especial detalle. En el capítulo I, la Profesora Ribes Moreno presenta el marco institucional con un diseño completo de los entes e instituciones públicas que participan en la gestión de la Seguridad Social, con descripción de sus respectivas competencias y específica mención de los sujetos privados que colaboran en la gestión, haciendo comprensible esta particularidad de nuestro sistema. Seguidamente, en el capítulo II, se refleja la financiación de la seguridad social y los aspectos cotizatorios de cada uno de los regímenes del sistema español de Seguridad Social, quedando en último lugar, en el capítulo XI, los aspectos procesales en materia de seguridad social, tratados por la Profesora Guerrero Padrón.

Con todo, resulta llamativa la estructura bajo la que se trata la acción protectora, sustanciándose en los siguientes capítulos cuya elaboración se ha acometido por distintos profesores de la disciplina pertenecientes a diferentes Universidades. Así, el capítulo III recoge la Asistencia sanitaria, a cargo de la Profesora Velasco Portero, de la Universidad Loyola Andalucía. El capítulo IV, sobre las prestaciones familiares, se desarrolla por la Profesora Sánchez-Rodas, perteneciente a la Universidad de Sevilla. El capítulo V aborda la prestación por incapacidad para el trabajo, desarrollado por las Profesoras Fotinopoulou Basurko y Rodríguez Romero, ambas de la Universidad del País Vasco. A continuación, el capítulo VI tiene como objeto los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siendo la Profesora Aragón Gómez, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, la encargada de su análisis. El capítulo VII tiene como contenido la prestación de desempleo, cuyos pormenores son estudiados por el Profesor Pérez del Prado, de la Universidad Carlos III. Seguidamente, el capítulo VIII sobre el sistema de pensiones, expuesto por la Profesora Vicente Palacio, de la Universidad Jaume I. Los capítulos IX y X se destinan al estudio de las prestaciones para personas con discapacidad y las prestaciones de ingresos mínimos, a cargo de las Profesoras Jover Ramírez y Guerrero Padrón, respectivamente, ambas pertenecientes a la Universidad de Cádiz. Pese a la singularidad de este diseño, posiblemente atípico

o de difícil encaje (aparentemente) para explicar el cuadro prestacional de la Seguridad Social española, debe destacarse la maestría con que los autores logran hacer una exposición exhaustiva de las prestaciones, con referencias a la singularidad, en su caso, de los Regímenes Especiales.

En definitiva, si bien la obra ha sido concebida por la editorial para ser dirigida a una audiencia internacional, con la finalidad principal de ofrecer una información comprensible y completa del Derecho español de la Seguridad Social a lectores extranjeros, evidentemente no le resta interés en el marco nacional. Por consiguiente, podemos afirmar que nos encontramos ante una obra sólida, bien construida, con variadas perspectivas, un diseño innovador y revisada por pares, que aborda de forma solvente los desafíos de la Seguridad Social y las prestaciones, estructurando con acierto su compleja regulación. No cabe duda que la calidad de sus aportaciones y el hecho de que se trate de una obra exhaustiva y actualizable proporcionará al lector una información completa del sistema español de Seguridad Social. En suma, una obra muy recomendable y de fácil lectura para este tiempo de pandemia.



Recensión de la obra de

Miguel Ángel Chamocho Cantudo: *La regulación jurídica del Trabajo en las Indias Occidentales (1492-1580)*, Premio Eduardo de Hinojosa y Naveros en Ciencias Jurídicas 2020, Dykinson, Madrid, 2020

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

Recibido: 17.12.2020 | Aceptado: 17.12.2020

Los laboristas hemos comenzado, tradicionalmente, a construir la especificidad de las raíces históricas de nuestro sector del ordenamiento jurídico, el Derecho del Trabajo, a partir de la revolución industrial, con la emergencia, primero de un derecho social, luego obrero y finalmente del trabajo, ya en pleno siglo XX. Sin embargo, somos conscientes que las relaciones de trabajo, siempre amparadas bajo un marco jurídico, existen desde que en la humanidad, en el desarrollo de su convivencia social, unos necesitan ofrecer su fuerza de trabajo a terceros a cambio de un salario. Ahora bien, la doctrina laborista no ha prestado suficiente atención hasta la fecha por esas relaciones jurídicas de trabajo anteriores al siglo XIX, entendiéndose que, al estar amparadas en el sector del ordenamiento jurídico privado, y reguladas bajo una modalidad contractual, el arrendamiento de servicios, eran unos precedentes excesivamente remotos al naciente sector del Derecho del Trabajo y, de su ámbito contractual, el contrato de trabajo, naciente en España ya en el siglo XX.

La lectura de este libro nos muestra, sin perjuicio de estas afirmaciones, que los elementos esenciales del contrato de trabajo contemporáneo, no son una realidad emergente *ex novo* del siglo XX, sino que, más bien, hunde sus raíces, aunque con las reservas conceptuales y metodológicas necesarias, en el derecho histórico de los reinos de España.

Y para ello, el Dr. D. Miguel Ángel Chamocho Cantudo, autor de la obra, y profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Jaén, inaugura su estudio con una frase del laborista Pérez Botija, que no sólo inspira este estudio, sino que además envuelve de principio a fin el objetivo metodológico y científico del autor. Y es que, como el autor irá

mostrando a cada una de sus páginas, las conquistas que en Europa se han logrado por huelgas, revoluciones y miedos para los trabajadores de las sociedades contemporáneas, ya se encontraban recogidas jurídicamente para regular el trabajo de los indios de América con ocasión de la colonización española, tal y como afirmaba Pérez Botija en su *Curso de Derecho del Trabajo*.

¿Cuál ha sido la pretensión metodológica del autor para poder, de alguna manera, demostrar la veracidad de las palabras del profesor Pérez Botija? El Dr. Chamocho ha partido de lo que la tradición historiográfica laboralista ha articulado como los elementos esenciales que, con ocasión de la revolución industrial, y el intervencionismo de los estados europeos en la regulación de las relaciones de trabajo, han configurado las relaciones contractuales de trabajo: libertad, ajenidad, dependencia y salario. Estos cuatro elementos comenzarán a generalizarse a comienzos del siglo XX, en el nacimiento de los contratos de trabajo (Código de Trabajo francés de 1910 o Código de Trabajo español de 1926). El Dr. Chamocho vehicula su obra en la verificación jurídica, doctrinal y documental de que dichos cuatro elementos fueron reconocidos por las autoridades soberanas españolas a los naturales de las Indias occidentales. Así, en el capítulo primero (pp. 43-105) reconstruye la concepción jurídica de la condición de hombres libres a los naturales de las Indias, vasallos de Castilla y, por ende, sometidos a la misma disciplina social que los demás vasallos de la metrópolis española: los naturales de las Indias son libres, pero por sus especiales circunstancias sociales, fueron catalogados jurídicamente bajo la concepción de personas miserables a los que habría que legislar para dotarles de una especial protección jurídica y social. Un *favor protectionis* del Estado que fermentará una legislación social protectora sin parangón, y que avanzará muchos siglos en el tiempo, algunas de las conquistas sociales de las revoluciones contemporáneas: jornada laboral, garantías salariales, protección del embarazo, derechos sociales, etc., pero vayamos por partes.

Sin perjuicio del importante volumen de cédulas reales emanadas de la cancillería española garantistas de la libertad de los naturales de las Indias, recogidas por el Dr. Chamocho en su primer capítulo, no es menos cierto que, los españoles colonizadores explotaron y compelieron a un trabajo compulsivo a los indios. No debemos olvidar que la sociedad española que se asienta en las Indias a finales del siglo XV y comienzos del siglo XVI, es una sociedad desigual por naturaleza, basada en el privilegio jurídico, que exporta a aquellas tierras instituciones feudales basadas en el trabajo obligatorio, tales como los repartimientos o las encomiendas. Sumémosle a esta realidad, aquella otra que permitió a los españoles asumir en su propio beneficio, ciertas instituciones precolombinas por las que los imperios, como el inca, ya explotaban compulsivamente el trabajo de forma obligatoria para con sus naturales, como era el caso de la mita incaica, o la institución social del yanaconazgo, tal y como muestra el autor en su capítulo segundo (pp. 107-142).

El capítulo tercero (pp. 143-188) reconstruye los elementos esenciales del contrato por el que los indios prestan el trabajo a los españoles. Y las conclusiones son obvias: si los indios naturales de las Indias fueron considerados súbditos de Castilla, y vasallos de los soberanos españoles, la regulación jurídica del trabajo no podía ser diferente

de la establecida para los naturales de Castilla. De ahí que la capacidad contractual, la duración del contrato, la jornada de trabajo y el establecimiento de las reglas garantistas para la efectiva materialización del trabajo, apenas difieren de las ya existentes para Castilla, siempre bajo la concepción feudal que impera en aquel modelo social europeo.

Ahora bien, los elementos diferenciadores, como ya indicara el Dr. Chamocho en su trabajo, se encuentran en las palabras de Pérez Botija, y hemos de encontrarlos en el ciclo heteronómico propuesto por el Estado español, a través de un volumen de cédulas reales protectoras para los naturales de las Indias, no sólo de la relación el trabajo, sino vestigios de una incipiente seguridad social, desconocida para el feudalismo occidental europeo. Se entrelazan ahora la consideración de los naturales de las Indias como *personae miserabilis*, necesitadas de un *favor protectionis* del Estado español, que se reconstruye a partir de un ciclo heteronómico proteccionista de la salud y la seguridad en el trabajo de los naturales de las Indias (pp. 176-188).

Así, por ejemplo, en materia de salarios, el pago obligatorio no sólo de las horas de trabajo efectivas, sino el salario *in itinere* a los naturales de las Indias, no reconocido siquiera para los trabajadores de la metrópoli.

En materia de reconocimiento del derecho social a la maternidad, ya desde las Leyes de Burgos de 1512-1513, estaba reconocida la protección, al menos durante cuatro meses del embarazo, prohibiendo así el trabajo en las minas para estas mujeres.

En materia de seguridad y protección de la salud de los trabajadores indianos en el oficio de portear cargas, desde los puertos y astilleros hasta las granjerías en el interior de las islas o continente, dicho porteo estuvo plagado de normas protectoras, que evidenciaban las constantes denuncias por los riesgos a la salud que conllevaba, y regulaban el peso y la distancia del porteo, exigiendo siempre que fuera posible el uso de animales de carga.

En materia de previsión social, otro buen volumen de normas es recogido por el Dr. Chamocho, tales como las dirigidas a la curación de los enfermos, sobre todo de los trabajadores en las minas, la facilitación de medicinas y hospitalización corriendo a cargo los gastos de los empleadores, construcción de hospitales o casas-hospitales en las reducciones de indios, como política social emblemática y pilar del Estado español en las Indias, etc.

Por último, un cuarto capítulo (pp. 189-233) permite al autor reconstruir, ahora desde el oficio propio del historiador del derecho, la modalidad contractual, desde el viejo derecho romano justiniano hasta la legislación indiana, la modalidad contractual que regula el trabajo de los indios. Desde la vieja *locatio conductio operarum* romana, pasando por el *operariorum conducticiorum*, recogido por algunos fueros municipales, como el de Cuenca, y que evidencia la recepción del derecho justiniano, más visible en el Código de las Siete Partidas, a través del contrato de arrendamiento o alogamiento. Igualmente, el Dr. Chamocho sigue la trayectoria de esta modalidad contractual en el derecho de las Cortes de Castilla y otras tantas normas recopiladas, para finalmente desembarcar en el Derecho de las Indias. Es, en este sentido, particular la conclusión propuesta por el autor en la evolución del lenguaje jurídico que

caracteriza esta modalidad contractual, dado que, como indica el autor, la transmisión de la nomenclatura jurídica, margina la tradición justiniana recibida en Partidas –la modalidad de la *locatio*, de logarse o alogarse–, por la de alquilarse o arrendarse por un jornal, como recoge luego la tradición jurídica de las Cortes españolas y leyes recopiladas. Versión ésta, la de alquilarse por un jornal que es la exportada a las Indias occidentales, en sus formatos particulares y específicos de concierto o asiento.

Acaso, como bien indica el Dr. Chamocho en las salvedades metodológicas propuestas en su introducción, ¿el hecho de que los españoles obviarán, en muchas ocasiones, el cumplimiento de estas normas del Estado protectoras del trabajo de los naturales de las Indias, exigiendo una compulsividad en el trabajo que minimizara los logros sociales, es condición *sine qua non* para negar la existencia, y en cierta medida, eficacia de dichas normas sociales protectoras del trabajo? Es evidente que eso sería como afirmar que todas las vulneraciones de las normas de protección social de los trabajadores actuales por parte de empresarios o empleadores, negaran la sustancia sistémica de dicha protección social.

Un elenco documental y bibliográfico completan una obra que, efectivamente, puede mostrarnos a los laboristas que existieron normas laborales más allá de la revolución industrial, y que quizá debiéramos de dirigir algunas de nuestras reflexiones intelectuales sobre períodos anteriores a los que tradicionalmente hemos considerado como los emergentes al nacimiento del moderno derecho del trabajo. Así, podríamos estar de acuerdo con las palabras de Pérez Botija, o con las utilizadas por el Dr. Chamocho para finalizar su obra, referentes al laborista peruano, Jorge Montenegro Baca, quien afirmaba que el derecho del trabajo que los españoles dieron a los naturales de las Indias permitieron excelentes precedentes históricos de materialización jurídica de “justicia social y de la seguridad social”.

Para concluir no puedo sino afirmar que esta obra, que ya ha sido objeto de un merecido galardón y cuya lectura recomiendo efusivamente, contribuirá a un mejor conocimiento de los antecedentes de la historia del Derecho del Trabajo y a tener una visión más exacta del régimen jurídico aplicable a las prestaciones de servicios de los naturales de las Indias bajo la vigencia de la legislación castellana.



Recensión de la obra de Carmen Solís Prieto: *Incidencia de la descentralización productiva en el concepto laboral de empresario*, Laborum, Murcia, 2019

María Teresa Igartua Miró

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

igartua@us.es  0000-0002-4614-6270

Recibido: 23.12.2020 | Aceptado: 23.12.2020

La vocación tuitiva que caracteriza al Derecho del Trabajo ha hecho que tanto la normativa como la jurisprudencia y la doctrina iuslaboralista hayan focalizado principalmente su atención, salvo excepciones, en la figura del trabajador, quedando en un discreto segundo plano la del empresario. Ahora bien, esa tradicional desidia hacia la figura empresarial se ha visto contrarrestada por el interés creciente que han suscitado las diversas y profundas transformaciones sufridas por la misma a consecuencia de la descentralización productiva. Ello ha supuesto un punto de inflexión en dicha tendencia y, parafraseando a Pirandello, el empresario, como los personajes que daban título a la más conocida de sus obras, ha ido progresivamente encontrando el autor que estaba buscando. Entre los autores que recientemente han centrado su estudio en el empleador cabe mencionar a la Dra. Solís Prieto y, señaladamente, la monografía que es objeto de esta recensión.

Pese a las numerosas publicaciones existentes sobre las diversas fórmulas a través de las que puede materializarse la descentralización productiva, pocas giran específicamente en torno a la figura del empresario. Sin embargo, la obra que nos presenta la Dra. Solís Prieto, prologada por los Doctores Ojeda Avilés y Gorelli Hernández, aporta un tratamiento original de la figura empresarial y nos hace reflexionar sobre las habituales notas caracterizadoras del concepto jurídico-laboral de empresario y la necesidad de una reinterpretación de las mismas derivada de su manifiesta insuficiencia en un nuevo escenario productivo donde la organización del trabajo está fuertemente marcada por los fenómenos descentralizadores. Y es que el concepto reflejo de empleador adoptado por la legislación laboral pretendía asegurar la mayor extensión posible del ámbito de aplicación del

Derecho del Trabajo. Pero, como bien señalara ya la doctrina, cuando su estructura está diseñada para buscar fines contrarios a la aplicabilidad de las normas laborales que fueron justamente la causa de la visión refleja de dicho concepto, resulta no sólo conveniente sino necesario centrar la atención en la figura del empresario, que no interesa por su propia individualidad, sino por configurarse como el principal centro de imputación de las normas jurídicas que integran la disciplina social. Así, el auge de la descentralización, manifestada en base a contratos o a entramados jurídicos más elaborados, nos aboca a situaciones triangulares donde se pone en entredicho la tradicional interpretación conjunta de los principios de unicidad y bilateralidad del contrato de trabajo, lo que llevaría, pese a las reticencias jurídicas al respecto, hacia la figura del empresario complejo, múltiple o plural, como señala la autora de *lege ferenda*, ante la falta de operatividad de su definición y regulación actual.

Partiendo de dicha realidad, la autora trata de dar respuesta a cuestiones nucleares para nuestra disciplina: ¿las relaciones mediatas de trabajo conllevan, a su vez, un ejercicio conjunto de los poderes empresariales o un reparto de los mismos y en qué medida o amplitud? y ¿debe procederse a la extensión de responsabilidad como solución común al conjunto de supuestos que pueden encuadrarse en el concepto de descentralización productiva ante la carencia de una protección específica para los trabajadores afectados por la misma?

El estudio de las cuestiones planteadas se estructura en cuatro capítulos. En el primero de ellos, de carácter introductorio, la autora parte de los diversos cambios producidos en la figura empresarial como consecuencia del imparable avance de la descentralización productiva para a continuación, en el segundo, realizar un detallado análisis de diversas manifestaciones de la descentralización de las que se derivan estructuras empresariales complejas o relaciones triangulares en las que toma vida la figura del empleador mediato. Son tan numerosas las vías a través de las que se puede llevar a cabo la descentralización productiva que en la obra se opta por hacer una selección de las principales en términos cuantitativos (contratos y subcontratos y grupos de empresas como manifestaciones de supuestos de empleador subordinado y cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal y uniones temporales de empresas como muestras del empleador difuso), identificando los puntos de conexión pero también las divergencias existentes entre ellas.

En el tercer capítulo, se estudian los problemas derivados de la existencia simultánea de dos empresarios en las ya mencionadas relaciones de cooperación interempresarial por lo que hace a los poderes directivos que caracterizan en positivo la figura del empleador, en tanto su tradicional regulación está pensada para supuestos de existencia de un único empresario. El estudio de los poderes empresariales en clave pluralista centra una buena parte de la monografía pues se parte de que el ejercicio de facultades organizativas por quien no ostenta formalmente la condición de empresario, unido al aprovechamiento común de la prestación desarrollada por los trabajadores subordinados, servirá de fundamentación para la debida extensión de responsabilidad a todos los sujetos implicados.

Enlazando con ello, en el cuarto y último capítulo, se recoge un completo estudio sobre la institución de la extensión de responsabilidad en los supuestos de empleador mediato como vía de protección de los trabajadores ante la dificultad de proceder a la atribución previa de la condición de empleador a los sujetos empresariales implicados en fenómenos de descentralización productiva. Partiendo de los distintos mecanismos jurídicos a través de los que la misma podría adquirir virtualidad, se profundiza en su fundamento y justificación. A falta de una específica normativa para las relaciones triangulares donde se establezca, con carácter general, el ámbito de la extensión de la responsabilidad empresarial a todos los intervinientes que se benefician de la prestación laboral, se analizan los distintos supuestos que cuentan con un tratamiento legal o jurisprudencial al respecto en un claro intento de superación de la concepción patológica de los fenómenos de cooperación interempresarial, haciendo depender la extensión de responsabilidad, no de la una actuación fraudulenta, sino del provecho común obtenido de la prestación de servicios llevada a cabo por los trabajadores.

Como puede comprobarse con la mera lectura de la monografía recensionada, no es la primera vez que la autora, pese a su juventud, se adentra en el estudio del complicado tema de los efectos de la descentralización productiva, acumulando en su haber una modesta lista de obras que avalan su buen hacer investigador al respecto. Muestra así una extraordinaria valentía al afrontar un problema jurídico-laboral de gran envergadura que no se presta al comentario fácil, debiendo ser igualmente subrayada la interdisciplinariedad del tema tratado y la necesaria orientación de corte transversal que su estudio necesita.

En conclusión, la presente recensión no tiene mayor pretensión que ser una mera reseña de la estupenda monografía que la Dra. Solís Prieto nos presenta, siendo nuestro principal objetivo hacer pública la aparición de esta obra que, tanto por su claridad expositiva como por la rigurosidad con que se aborda el estudio de los materiales legales, convencionales, jurisprudenciales y doctrinales, seguro será una aportación científica de referencia ineludible para los teóricos y prácticos del mundo jurídico que, por una u otra razón, se acerquen al estudio de las figuras allí analizadas.



Recensión de la obra de Gabriela Mendizábal Bermúdez: *Derecho Internacional de la Seguridad Social*, Porrúa, México, 2020

Fermín Esquivel Díaz

Licenciado en Derecho y estudiante de la Maestría en Derecho

Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México)

ferminesquivel.educacion@gmail.com

Recibido: 17.12.2020 | Aceptado: 17.12.2020

El libro de la Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, *Derecho Internacional de la Seguridad Social*, es una obra que, para quienes aspiramos a que la seguridad social sea reconocida como Derecho Humano y por ende aprovechado y exigido por todos los ciudadanos, es un singular logro contar con esta magnífica fuente jurídica de derecho comparado, que nos permite entender los derechos sociales, los organismos regionales de la seguridad social, así como las organizaciones internacionales que tienen relevancia para la seguridad social y la migración.

La obra, llega en un momento histórico clave para las diversas sociedades, donde los derechos sociales, se ven amenazados por: crisis económicas, financieras, la sistemática destrucción de las redes de protección de los sistemas de seguridad social, los cambios demográficos, sociales, geopolíticos y encima de todo ello, la crisis humanitaria ocasionada por el SARS-CoV-2 que a finales del año 2020 ya ha cobrado la vida de millones de personas, pandemia que ha evidenciado las fallas de los distintos sistemas de seguridad social, la desigualdad existente, la pobreza, los rezagos en acceso a la salud y la falta de garantías hacia los ciudadanos en sus derechos sociales, porque ante la pérdida de éstos, los pobres son los que ponen los muertos.

La obra fue escrita bajo el método deductivo –exegético– histórico, consta estructuralmente de 7 capítulos, los 3 primeros son la base teórico-conceptual del Derecho Internacional de la Seguridad Social y los 4 restantes son un minucioso estudio de la diversidad normativa en América, Europa, África y en el caso particular de Asia con algunas instituciones de Oceanía.

En el capítulo I, titulado “Precisiones terminológicas del Derecho Internacional de la Seguridad Social”, se aprecian los conceptos clave de la disciplina de la Seguridad Social (S.S.) haciendo fácil lo complejo, conceptualizando desde el ámbito jurídico, su origen;

los principales modelos de la seguridad social existentes, como el modelo Bismark y el modelo Beveridge; los organismos gestores, destacando su importancia como elemento que guía las directrices de los modelos; las ramas de aseguramiento y las diversas prestaciones a las que es posible acceder como beneficiario.

Otro elemento a destacar, es el análisis del Derecho Internacional. La autora describe su composición, sus principios y las normas e instituciones que lo rigen (tratados, convenios, recomendaciones, declaraciones, protocolos, memorándum de entendimiento, etc.) y destaca la concepción de *Hard Law* y del *Soft Law* como instrumentos jurídicos vinculantes. En este sentido, toma como base la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Con el análisis de los dos temas anteriores, el capítulo cierra introduciendo al lector en el Derecho Internacional de la Seguridad Social (DISS), conceptualizando; analizando sus principios y explicando los elementos que lo componen, tanto los normativos como los conceptuales, sin olvidar los instrumentos internacionales, la relación y coordinación entre los sistemas de seguridad social nacionales e internacionales haciendo un contraste entre ambos. Está presente también la diferenciación entre el Derecho Internacional de la Seguridad Social y el Derecho de la Seguridad Social Internacional.

En el capítulo II, que se titula “Historia y presente del Derecho Internacional de la Seguridad Social”, se aprecia la evolución en el pensamiento de la seguridad social y del Derecho Internacional de la Seguridad Social, para culminar con los retos que debe superar el DISS frente a la globalización y la glocalización.

En el recorrido histórico que presenta la Dra. Mendizábal de la Seguridad Social, lo divide en etapas, lo que permite entender siglos de historia en pocas páginas, integrando tanto los mecanismos de protección social que han sido implementados a lo largo de los años, así como las teorías que han sido la brújula doctrinaria: entre ellas, la teoría de la culpa civil, la responsabilidad contractual, la teoría del riesgo creado, la teoría del riesgo profesional, la teoría del riesgo social, la teoría de la sociedad del riesgo y la teoría de los derechos humanos.

Al igual que en el primer capítulo, la autora hace referencia a etapas de evolución, donde se aprecian las aportaciones al DISS, estas etapas son tres, la internacionalización, la globalización y la glocalización; la primera, es vista desde el aspecto interno de la norma, creada en el ámbito local que se extrapola a un ámbito regional o mundial, marcado por dos fenómenos, uno, la protección del individuo fuera de las fronteras de la nación original y dos, la aplicación de normas que involucran a sujetos del derecho internacional como es el Estados soberano y las instituciones u organismos del ámbito internacional.

En la etapa de la globalización, la autora analiza el fenómeno en aspectos positivos y negativos en el ámbito social y jurídico, no sólo económico que es lo común, lo que amplía la perspectiva del tema, considerando que es innegable su influencia en el DISS y, de forma interesante, visualiza 4 garantías que son indispensables en un mundo global para lograr la protección social: primero, la atención a la salud; segundo, la seguridad básica de ingreso para niños y niñas; tercero, la seguridad básica de ingreso

para personas activas que no pueden obtener lo mínimo por sí mismos; y cuarto, la seguridad básica de ingreso para personas en edad avanzada. Con ellas la autora deja claro su interés por el bien común.

Por su parte, la etapa de la glocalización es analizada de forma novedosa y se ejemplifica en torno a la idea “piensa global, actúa local” bajo un argumento de contraste con la globalización. Sin embargo, en la reflexión se desprende que ambos se vinculan en la realidad económica, social y jurídica, lo que permite describir su desarrollo histórico, sus principios y su expectativa que, en las propias palabras de la autora, se puede resumir (página 52):

“La glocalización (...) es un proceso que permite una reconciliación entre la homogeneidad y la heterogeneidad. No es lo micro en contra de lo macro, o lo global en contra de lo local, sino un proceso en que ambos tienen cabida y se requieren como parte del desarrollo (...) en la seguridad social (...) reconoce las necesidades especiales de su población local y atiende las recomendaciones internacionales”.

La visión progresista y actualizada de las nuevas realidades que marcan la presente obra se engrandece con ejemplos como el teletrabajo, los trabajos derivados de la industria 4.0, el *job sharing*, el *crowd employment* y el *casual work*, basados en las nuevas tendencias laborales, al igual que la actualización de los riesgos: acoso laboral, estrés en el trabajo, *burn out*, acoso sexual en el trabajo y riesgos derivados de las TIC, dejando de manifiesto que la Dra. Mendizábal tiene su pensamiento plasmado en una sociedad versión 5.0.

El tercer capítulo, “Organizaciones internacionales de seguridad social”, presenta dos grupos de organizaciones internacionales: el primero, son las organizaciones regionales o mundiales que de forma directa impulsan el desarrollo del Derecho Internacional de la Seguridad Social (entre ellos, la Asociación Internacional de Seguridad Social y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, entre otros), estudiando la organización, el funcionamiento, la semblanza y los más relevantes instrumentos jurídicos; y el segundo, son las instituciones internacionales, aquellas que concentran características político-económicas, que influyen indirectamente en el DISS, mediante la geopolítica y que, en consecuencia, impactan en el ámbito de la Seguridad Social. En este caso, la Dra., Gabriela Mendizábal realiza un recorrido por los fines, objetivos y principales programas como el: Fondo Monetario Mundial, el Banco Mundial, los Bancos Regionales de Desarrollo, al igual que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Por lo que respecta al capítulo cuarto, “Derecho internacional de la seguridad social en América”, al quinto, “Derecho internacional de la seguridad social en Europa”; al sexto, “Derecho internacional de la seguridad social” en África” y al séptimo, “Derecho internacional de la seguridad social en Asia y parte de Oceanía”, el análisis que presenta la autora refleja una amplia investigación en cada uno de los continentes.

Siguiendo el orden metodológico, estructurado bajo el derecho comparado, los capítulos mencionados, se construyen bajo cuatro categorías claramente identificables:

- La primera, es el marco referencial, que incluye la estructura sociodemográfica de cada continente.
- La segunda son los organismos regionales de la seguridad social, los cuales son sus edificadores, desde lo local a lo regional.
- La tercera categoría son los instrumentos internacionales regionales, analizados bajo dos líneas de investigación: la primera, por la regulación migratoria, consistente en declaraciones cuyo objeto es el ámbito subjetivo del individuo, y la segunda son los principales convenios, declaraciones y acuerdos en que han participado los Estados de cada región, en lo particular.
- La cuarta y última categoría se compone de los órganos jurisdiccionales responsables de la protección del derecho humano de la seguridad social como son: en América, la Corte Interamericana de Derechos humanos; en Europa, el Defensor del Pueblo, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; en África, la Corte Africana para el Pueblo y Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y del Pueblo; y por último, la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN y la Comisión Asiática de Derechos Humanos.

La obra *Derecho Internacional de la Seguridad Social*, escrita por la Dra. Gabriela Mendizábal, representa una visión integral, clara y objetiva del DISS que va vinculada innegablemente a una agenda de Derechos Humanos y en especial a los Derechos Sociales de los migrantes.

Finalmente, las aportaciones y sugerencias que expresa la autora manifiestan los enfoques, la diversidad y la coordinación existente en los diversos instrumentos jurídicos relacionados a la Seguridad Social, al igual que su vínculo con agencias especializadas. Sus aportaciones no sólo son novedosas, sino pertinentes a la realidad del siglo XXI.

Tal es la trascendencia de la obra, que el célebre profesor Dr. Ulrich Becker, director del Instituto Max-Planck de Derecho Social y Política Social en Múnich, Alemania, ha escrito en el prólogo:

“El libro llena además un vacío y llega en un momento importante, pues, aunque inicialmente se enfatizó la importancia que tiene la seguridad social para la convivencia de las personas, este reconocimiento no parece haber prevalecido en todas partes. Tampoco es fácil de conseguir. Sobre todo, hoy que la seguridad social y los derechos sociales corren más peligro de verse amenazados (...) su protección presupone, en primer lugar, que se conozcan y se comprendan y el libro de Gabriela Mendizábal Bermúdez hace una importante contribución a ese fin.

Gabriela Mendizábal Bermúdez (...) se ha ocupado de una amplia variedad de problemas actuales en Derecho Social durante muchos años, (...) además y a menudo ha adoptado una perspectiva transfronteriza en sus numerosas publicaciones. No menos importante es que ella posee una amplia experiencia internacional y un intercambio constante con científicos y científicas del Derecho Social en otras partes del mundo (...) por lo tanto, se espera que la autora continúe esta actividad obviamente fructífera, y se le desea un gran éxito a su libro”.

Al final de esta breve reseña, no me queda más que sumarme al reconocimiento que expresa el Dr. Ulrich Becker y decir que la amplia experiencia en estudios de Derecho Comparado de la Seguridad Social por parte de la Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, su conocimiento transnacional, su vasta red de contactos a nivel mundial y su búsqueda constante por innovar la seguridad social, garantizar derechos y ampliarlos se ven reflejados en su obra, a la cual le auguro sin lugar a duda, al igual que el Dr. Ulrich Becker, “un éxito rotundo”.

A usted, estimado lector, espero que la obra *Derecho Internacional de la Seguridad Social*, al momento de estar en sus manos, sea fuente de inspiración para aportar, cuestionar y debatir pero, sobre todo, que bajo los cimientos que hoy deja la Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez usted pueda ampliar las bases jurídicas del Derecho Internacional de la Seguridad Social.



Varia



VARIA

El proceso laboral en retrospectiva. Comentario a la sentencia de 1564 de la Audiencia de Nueva Galicia en el pleito entre Juana de Salas e Inés de Paz

THE LABOR PROCESS IN RETROSPECT. COMMENTARY ON THE 1564 SENTENCE OF THE AUDIENCE OF NEW GALICIA IN THE LAWSUIT BETWEEN JUANA DE SALAS AND INÉS DE PAZ

Ana María Chocrón Giráldez

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Sevilla

anach@us.es  0000-0002-3227-3957

Julio Alberto Ramírez Barrios

Doctor en Historia

Universidad de Sevilla

jramirez14@us.es  0000-0002-5407-3585

Recibido: 17.12.2020 | Aceptado: 17.12.2020

RESUMEN

En 1564, la mestiza Juana de Salas, menor de edad, denunciaba ante la Audiencia de Nueva Galicia a Inés de Paz, viuda del oidor Pedro de Morones, por el sueldo que le debía por su prestación de servicios como criada. Este trabajo pretende analizar principios y procedimientos del actual proceso laboral que pueden observarse en dicho pleito, a pesar de la distancia temporal y de las diferencias de sus marcos jurídicos.

ABSTRACT

In 1564, the half-breed Juana de Salas, a minor, denounced Inés de Paz, widow of the oidor Pedro de Morones, before the Audiencia of New Galicia, for the salary she owed him for her services as a servant. This work aims to analyse the principles and procedures of the current labour process that can be observed in this lawsuit, despite the temporal distance and the differences in its legal frameworks.

PALABRAS CLAVE

Proceso laboral
Audiencia de Nueva Galicia
Criada
Sueldo

KEYWORDS

Labor process
Audiencia of New Galicia
Housekeeper
Salary

SUMARIO

- I. COMENTARIO DEL “CASO JUANA SALAS”
 - A. Principios procedimentales: la oralidad, la concentración y la celeridad
 - B. Capacidad para ser parte en un proceso
 - C. Medidas cautelares: el embargo preventivo
 - D. Las alegaciones de las partes
 - E. Medios de prueba y procedimiento probatorio
 - F. Sentencia, recurso y ejecución
- II. ANEXO DOCUMENTAL
Bibliografía

I. COMENTARIO DEL “CASO JUANA SALAS”

Como es sabido, la idea común y general de convivencia social requiere de una regulación legal propia y lo suficientemente definida como para conciliar su desenvolvimiento con una limitación en la libre iniciativa privada. Aun así, a nadie se le oculta que los conflictos sociales, sean estos colectivos o individuales, son inevitables y, en ocasiones, pueden incluso devenir irreconciliables. Es entonces cuando se hace precisa una respuesta capaz no sólo de restaurar el orden alterado sino también de persuadir cualquier actuación provocadora de conflicto. Por ello, no basta con el mero reconocimiento de derechos sino también hay que dotar a los individuos de los mecanismos, instrumentos o cauces previamente definidos y efectivos para hacerlos valer. En este contexto hay que situar el proceso judicial como mecanismo más extendido de resolución de controversias a lo largo de la historia. Ahora bien, dentro de esta concepción unitaria del proceso, hay que distinguir diversas ramas jurídicas que configuran modernamente los distintos órdenes jurisdiccionales a los que se refiere el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El orden jurisdiccional laboral o social tiene como fin básico el conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo, ya sean estos individuales o colectivos. Se trata de una rama separada del orden jurisdiccional civil en tiempos relativamente recientes, ante la complejidad y proliferación de conflictos laborales que impusieron la necesidad de una mayor especialización de nuestros órganos jurisdiccionales. El proceso laboral se rige por la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) que contempla un proceso ordinario y diversos procesos especiales. Se trata de una Ley procesal que, en el contexto del Derecho histórico, encuentra sus raíces en la Ley de Bases del Procedimiento Laboral de 1989, que disponía que “se arbitrarán medidas tendentes a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y asegurar la efectividad de la resolución judicial” (base 16ª.4).

Pero estas breves líneas se dedican a la resolución de controversias en un tiempo muy anterior. Concretamente en el Antiguo Régimen caracterizado por una sublime autoridad de los reyes, una arcaica organización judicial y una rígida sociedad estamental. Y a pesar de todo es posible encontrar resoluciones en forma de sentencia que resuelven conflictos privados manejando instituciones procesales que han perdurado

hasta nuestros días y que hoy -en pleno S. XXI- son fácilmente perceptibles en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Es el caso de la reclamación de cantidad formulada por doña Juana de Salas ante la Real Audiencia de Guadalajara, corriendo el año 1564, contra la que había sido su “empleadora”, doña Ynés de Paz¹, en cuya casa había servido y cuyos salarios eran debidos, a su parecer, y al que aludiremos como “caso Juana Salas”, siguiendo la estela moderna de identificar los macroprocesos que por desgracia inundan nuestros Tribunales. La inexistencia de un contrato de trabajo o relación laboral nos llevaría a considerar la situación de Juana, *mutatis mutandi*, como una prestación realizada a título de amistad, benevolencia o buena vecindad y, por ende, excluida del Estatuto de los Trabajadores (art. 1.3 d).

Por otra parte, el artículo 8 del Estatuto consagra la llamada presunción de laboralidad que permite entender presunto el contrato de trabajo “entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”.

Precisamente, la actividad probatoria desplegada por la representación de doña Juana se afana en probar la existencia de una relación laboral que finalmente resulta ser reconocida al estimar su pretensión la sentencia de la Audiencia. Pero hasta llegar ahí, la lectura del *iter* procesal de este caso histórico permite hacer reconocibles principios del proceso, del procedimiento y presupuestos procesales actuales en su formulación más primigenia, más originaria. Esto son los más reseñables:

A. Principios procedimentales: la oralidad, la concentración y la celeridad

La oralidad se refiere a la forma en que han de llevarse a cabo las actuaciones procesales, aunque, evidentemente, no puede pretenderse que todo el procedimiento laboral sea oral. De hecho, nada impide que las actuaciones se documenten en el acta correspondiente. Por ello, la vigencia de este principio habrá de ser entendida como el predominio de la oralidad sobre la escritura. Por su parte, el principio de concentración supone que las actuaciones procesales han de llevarse a cabo en unidad de acto. y por esa vía se establecen las tradicionales fases de alegaciones, prueba y conclusión, concentradas y ordenadas en el mismo acto. Finalmente, la celeridad es consecuencia del principio de concentración en cuanto éste facilita la rapidez de la actividad procedimental.

Este diseño contrasta, sin embargo, con la dispersión de las actuaciones en el derecho histórico que estamos analizando en el caso de Juana Salas. Las declaraciones de las partes y de los testigos se disgregan en el tiempo -más de una docena de peticiones diversas realiza doña Juana- y se pierde, al final, la continencia de la causa. Nada que ver con nuestro actual proceso social concentrado en un único acto: el juicio oral. Lo que sí parece perpetuarse es la lentitud en la resolución del pleito. Hasta tres años

1. Cfr. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Inés (Gómez) de Paz -deuda de Hernán Cortés- primera pensionista de viudedad de la Nueva Galicia de la Nueva España en 1577”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. 2, 2019, pp. 4-8.

se invierten en la solución de la reclamación de la demandante lo que se compadece con los tiempos judiciales de la actual jurisdicción social, si bien, esta demora obedece a razones muy distintas a las que padecen los trabajadores de hoy. Difícil imaginar en un sistema absolutista un colapso de los tribunales para responder a las demandas de quienes no tenían reconocido derecho alguno.

B. Capacidad para ser parte en un proceso

Se corresponde con la aptitud para realizar válidamente actos procesales que surtan efecto en el proceso. En ese sentido, dispone el artículo 16.1 de la LJS que “podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos en intereses legítimos quienes se encuentren en el pleno uso de sus derechos civiles”. A continuación, el legislador laboral parte de una serie de supuestos en los que se reconoce esta capacidad y, en caso contrario, quién suple su falta. Pues bien, la edad de doña Juana se sitúa entre los catorce y los veinticinco años al tiempo de la sustanciación del proceso. Resulta, pues, menor de edad o no se halla en pleno uso de sus derechos civiles a efectos de actuar válidamente en juicio. Consta en los autos que en su nombre comparece un curador. Esta figura resulta ser clave en el devenir del proceso. Su actuación es, cuando menos, intensa y despliega una defensa en torno a la representada que resulta decisiva para la resolución del litigio. La curatela se ha mantenido en el tiempo como la figura destinada a completar la falta de capacidad de quien no es autosuficiente (art. 286 del Código Civil). Pero en lo que se refiere a la capacidad de actuar en proceso, el ordenamiento jurídico ha avanzado en otra dirección manteniendo limitaciones de la capacidad procesal derivadas de la edad. De entrada, los menores no pueden acceder al mundo laboral o lo hacen con carácter restrictivo según el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores. Para cualquier conflicto derivado de su relación laboral habrán de actuar y comparecer ante los tribunales a través de un representante legal, la capacidad procesal constituye un presupuesto procesal que condiciona la admisibilidad del proceso y la validez de los actos procesales y su control se realiza normalmente por la parte demandada en el acto del juicio como excepción procesal.

C. Medidas cautelares: el embargo preventivo

Resulta especialmente llamativo el “caso Juana Salas” en este punto porque se aborda la forma en que se trata de asegurar el cumplimiento de la pretensión ejercitada, en este caso una reclamación dineraria, ante comportamientos o conductas de la parte demandada que hagan pensar objetivamente que va a eludir la acción de la justicia. En los autos analizados consta la intención de la empleadora de “partir de la ciudad” y la falta de atención al requerimiento de la Audiencia. La representación de la demandante solicita entonces el embargo de la cantidad dineraria en la que calcula que se corresponde con los servicios prestados y no abonados. Interesa destacar dos aspectos: por un lado, la medida solicitada, el embargo preventivo; y, por otro, el tiempo de la solicitud.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, debe reconocerse que en nuestro ordenamiento procesal el embargo preventivo ocupa un lugar destacado dentro de la diversa tipología de medidas cautelares (art. 727 LEC) y, desde luego, es una medida de referencia en el proceso laboral actual en el que tan difusa y exigua es la tutela cautelar. Por ello, sorprende sobremanera que ya en el siglo XVI, hubiera pretensiones cautelares destinadas a hacer efectiva la sentencia de condena dineraria.

La diferencia la encontramos en el tiempo de la solicitud. En el “caso Juana Salas”, la petición se formula en un momento que hoy consideraríamos tardío e incluso comprometido para la efectividad de la medida. En efecto, si lo que se pretende es asegurar o garantizar el cumplimiento de una eventual resolución estimatoria de la pretensión formulada, la petición debe realizarse en el propio escrito de demanda o, si está previsto legalmente, antes de la propia demanda ya que en la configuración de la tutela cautelar se halla ínsita la trascendencia del factor sorpresa. Así sucede en los pleitos laborales (art. 79 LJS) y civiles (art. 730 LEC) actuales, lo que contrasta significativamente con la petición del representante de doña Juana presentada después de las alegaciones formuladas por la empleadora demandada y que hoy, con la perspectiva de los años, nos parece ciertamente pueril y carente de efectividad.

D. Las alegaciones de las partes

Uno de los principios inherentes al proceso es el de contradicción que se evidencia en la exigencia de dos posiciones enfrentadas, dos tesis opuestas, la del actor o demandante y la del demandado. En la propia Constitución se impone la salvaguarda del contradictorio en cuanto contiene la prohibición de indefensión (art. 24), lo que se vincula con la expresión del principio de audiencia al que en numerosas ocasiones aparece ligado el principio de contradicción. La vulneración o desconocimiento del derecho de audiencia se produce cuando se imposibilita a las partes el ejercicio de los medios legalmente previstos para la defensa. Los principios de contradicción y audiencia se encuentran representados en el clásico brocardo “*audi alteram partem*” y el “caso Juana Salas” constituye un buen ejemplo de lo arraigado que están estos principios en la esencia del proceso. En efecto, nos encontramos ante un proceso rogado y contradictorio y eso significa que las partes tienen la oportunidad de efectuar alegaciones y proponer y practicar la prueba pertinente en defensa de su derecho. Las alegaciones de la parte reclamante se realizan a través de demanda en la que, aún de forma rudimentaria, se contienen los principales elementos de este acto procesal de parte. Merece especial mención la súplica y el empleo de la clásica fórmula otrosí.

De otra parte, el tribunal se constituye en el máximo valedor de esta garantía procesal evitando la existencia de privilegios o desequilibrios entre los litigantes. Ello se observa en el Decreto por el que se ordena el traslado del escrito de demanda a la empleadora demandada para que a su vez manifieste lo que tenga por conveniente. La contradicción se completa, pues, con el principio de igualdad de armas, que supone un reconocimiento al equilibrio en las posibilidades de defensa y ataque de las partes,

de alegación, prueba, conclusión e impugnación. En sentido contrario, se produce indefensión a la parte que haya de soportar más cargas o tener menos oportunidades de levantarlas, o gozar de menos derechos procesales y cumplir más obligaciones.

No es el caso que nos ocupa. La demandada fue notificada y consta la declaración de la empleadora para negar la pretensión formulada en su contra. Su estrategia de defensa no nos deja indiferentes. No se observan alegaciones que vayan destinadas a neutralizar la prosecución del proceso, aunque se conocen ya en este derecho histórico institutos procesales que, de ser invocados y prosperar, impedirían continuar las actuaciones judiciales como es la cosa juzgada. Por el contrario, la contestación a la demanda se limita a negar los hechos. En concreto, que el servicio de doña Juana fuera merecedor de prestación económica, lo cual pone aún más en valor el resultado final del pleito que resulta estimatorio de la pretensión contra la demandante. Pero lo que es más asombroso aún: introduce en su declaración una pretensión nueva contra quien la ha demandado aprovechando el trámite de contestación. Se diría que estamos ante una reconvenición, pero la nueva pretensión alude a un ilícito penal que se imputa a doña Juana, por lo que no podemos encontrar correspondencia con el devenir procedimental contemporáneo, que en un caso semejante nos llevaría a la prejudicialidad penal.

E. Medios de prueba y procedimiento probatorio

La prueba testifical ocupa un lugar destacado en estos acontecimientos. Se suceden las peticiones de declaraciones testificales que incluyen las preguntas generales tal como las conocemos hoy. Se hace notar la ausencia de prueba documental -posiblemente a causa de la escasa costumbre de documentar los actos-, y los pocos documentos auténticos estaban revestidos de numerosas solemnidades. Pero lo que llama la atención es el procedimiento probatorio que, lejos de concentrarse en un único acto, se prorroga indefinidamente por causas no imputables al que la propuso. Y lo que es más llamativo aún, se observa un inusitado abuso de la instancia de parte postergando las facultades discrecionales del tribunal hasta hacerlas prácticamente desaparecer. El tribunal no adopta o impulsa el procedimiento cuando éste se paraliza por causas completamente ajenas a la voluntad de las partes. Y son las partes, concretamente la actora, las que han de impulsar la fase probatoria con sus continuas peticiones para que se prorroguen los plazos para la declaración de los testigos citados y poder con ello dar trámite a la práctica de la prueba. En tales circunstancias, la valoración del resultado probatorio se nos antoja ciertamente compleja.

F. Sentencia, recurso y ejecución

Finalmente, el proceso concluye con sentencia en la que, como ya avanzamos, se estiman las peticiones económicas de doña Juana y consecuentemente se condena a su empleadora a satisfacer los servicios prestados y no remunerados. La sentencia

definitiva deviene firme ante la ausencia de recurso y pasa en autoridad de cosa juzgada. En ella se ordena que “se mande dar ejecutoria de ella para que de los bienes que tenga en la ciudad sea pagada Juana de Salas”.

El proceso de ejecución implica una tramitación muy prolija en la que se integran una serie de actos encadenados entre sí y que responden a los distintos tipos de obligaciones que pueden contenerse en el título ejecutivo. En este caso observamos la misma dificultad: sólo en la localización de bienes de la deudora y en su adjudicación a la acreedora para dar satisfacción o cumplimiento a lo dispuesto en el título, se invierten tres años desde que se diera el fallo.

En definitiva, buscando en el pasado hemos encontrado algunas de las claves del proceso actual.

II. ANEXO DOCUMENTAL²

1564-05-14/1567-03-21. Guadalajara.

Pleito entre Juana de Salas, mestiza, e Inés de Paz, viuda del oidor Pedro de Morones, por el sueldo debido por prestar sus servicios como criada. Visto y sentenciado por la Real Audiencia de Nueva Galicia.

A. Biblioteca Pública del Estado de Jalisco, Archivo de la Real Audiencia de Guadalajara, Rama Civil, Caja 12, Expediente, 15, Progresivo, 170.

(Portada del pleito)

Juana de Salas, menor, y Alonso de Llerena, su curador en su nombre, contra doña Ynés de Paz, bivda, mujer del doctor Morones, difunto.

1

1564, mayo, 17. Guadalajara.

Los oidores de la Audiencia de Guadalajara nombran a Alonso de Llerena, procurador, como curador *ad litem*, de la mestiza Juana de Salas, criada de doña Inés de Paz, viuda del oidor Pedro de Morones.

f. 2r-2v.

“En la çibdad de Guadalajara, en diez e siete días del mes de mayo de mill e quinientos e sesenta e quatro años, los señores oydores alcaldes mayores de la Audiencia Real, de pedimiento e nombramiento de Juana de Salas, mestiza, criada que dixo ser de doña Ynés de Paz, biuda, muger del doctor Morones, difunto, nombraron por curador *ad litem* de la dicha Juana de Salas a Alonso de Llerena, procurador que estava presente, el qual, siendo presente, lo açeptó e juró por Dios e por Santa María sobre la señal de la cruz, en que puso su mano derecha corporalmente, so cargo del qual prometió que bien e fielmente será curador de la dicha Juana de Salas, menor, e que

2. En las transcripciones contenidas en el anexo documental se siguen los criterios dictados por la Comisión Internacional de Diplomática (Commission Internationale de Diplomatique: “Normes internationales pour l’édition des documents médiévaux”, en *Folia Caesaragustana*, Zaragoza, Instituto Fernando el Católico, 1984, pp. 15-64).

donde viere e supiere su pro e vtilidad se lo allegará e su daño se lo arredrará e que no la dexará yndefensa en juyzio ni fuera de él, e que donde su consejo e parecer no bastare, tomará consejo e parecer de letrado y que en todo hará aquello que bueno e fiel curador debe hazer. Y que sy por su culpa o negligencia o por su maldezir, razonar, tratar o procurar algún daño, pérdida e menoscabo le viniere a la dicha menor e sus bienes o yndefensa la dexare, que él lo pagará por su persona e bienes, que para ello obligó e dio por su fiador a Juan Rodríguez, el qual siendo presente dixo que fiava e fio al dicho Alonso de Llerena, en tal manera que hará e cumplirá todo lo que dicho tiene e jurado e a que está obligado, e que sy así no lo cumpliere él como su fiador, de llano en llano, haziendo de debda ajena suya propia, lo pagará por su persona e bienes e de mancomún con él, renunciando las leyes de la mancomunidad como en ellas se contiene. E ambos dieron poder a las justicias de Su Majestad para que por todo rigor de derecho les compelan a lo cumplir e pagar, e renunciaron todos e qualesquier leyes que en su favor sean que lo que dicho es quales non valgan e la ley e regla del derecho//^{2v} en que diz que general renunciación de leyes fecha non vala. E lo firmaron de sus nombres, siendo testigos a lo dicho es Alonso de la Vera e Francisco Roxo y Hernando Roldán, vezinos y estantes en esta dicha çibdad.

Juan Rodríguez (rúbrica).

Alonso de Llerena (rúbrica).

Ante mí, Alonso Sánchez (rúbrica).

E luego los dichos señores oydores, visto el dicho juramento e fiança dada por el dicho Alonso de Llerena, dixeron que en quanto podía e con derecho devían encargavan y encargaron al dicho Alonso de Llerena el dicho cargo de curador *ad litem* de la dicha Juana de Salas, menor, e le davan e dieron poder cumplido judicial, qual de derecho se requiere, e lo mandaron asentar por auto. Testigos, los dichos.

Ante mí, Alonso Sánchez (rúbrica)".

2

S.f.

Demanda presentada en la Audiencia de Guadalajara por Alonso de Llerena, curador de Juana de Salas, contra Inés de Paz, viuda del doctor Morones, por el sueldo que debía a su parte por servirla como criada.

f. 4r-4v.

"Muy poderoso señor.

Alonso de Llerena, curador *ad litem* que soy de la persona e bienes de Juana de Salas, menor, paresco ante Vuestra Alteza e digo que la dicha menor a seruido al doctor Pedro de Morones, que es ya difunto, y a doña Ynés de Paz, su muger, doze años en todo aquello que se le a mandado. Y agora la dicha doña Ynés se quiere yr desta çiudad syn pagar a la dicha menor su trabajo y el seruiçio que ella a hecho de los doze años a esta parte, y la dicha menor queda muy proue³, y pues a Vuestra Alteza

3. Sic: por pobre.

es el remedio con justicia, por tanto, a Vuestra Alteza pido y suplico sea seruido de le mandar pagar su trabajo y seruiçio a razón de çinquenta pesos cada año. Y porque la dicha doña Ynés se quiere yr de esta çiuudad syn pagar el trabajo que le deue, Vuestra Alteza le mande dexe casa e procurador conoçido con quien se siga este pleito e que se arraygue de fianças. E pido justicia e costas y el real oficio ymploro, y si otro pedimiento o demanda me conviene hazer ese mesmo hago e pido. Y juro a Dios y a esta cruz en forma que no lo pido de maliçia.

Alonso de Llerena (rúbrica).//^{4v}

Otrosí, pido y suplico a Vuestra Alteza que mande que la dicha doña Ynés de Paz, con juramento, declare clara y abiertamente el tiempo que a que le sirve la dicha Juana de Salas, y conforme a ello le mande pagar en cada vn año los dichos çinquenta pesos, como pedido tengo. E pido justicia según de suso.

Alonso de Llerena (rúbrica)".

(Decreto de la Audiencia)

"En diez e siete de mayo de I ⊕ DLXIII⁴ años.

Traslado a doña Ynés de Paz e que jure e aclare lo que pide e que señale procurador para esta causa [...] que le señalan los estrados, e que antes que se vaya dé fianças de pagar lo juzgado e sentençiado en esta causa por todos [...] e se comete a Francisco Rodríguez Vertanillo para que ante él jure la dicha doña Ynés lo contenido en esta petición.

Alonso Sánchez (rúbrica)".

3

1564, mayo, 17. Guadalajara.

Testimonio otorgado por Francisco Rodríguez Bertanillo, escribano real, de la notificación a Inés de Paz y lo que declaró por la demanda presentada por Juana de Salas. f. 5r-5v.

"En la çibdad de Guadalajara, en diez y siete días del mes de mayo de mill e quinientos y sesenta y quatro años, yo, el escriuano yuso escripto, ley e notifiqué la petición en esta otra hoja contenida con lo en ella proveído a la señora doña Ynés de Paz en su persona, la qual dixo niega lo en la dicha petición contenido con protestaçión de alegar lo que le convenga en su tiempo. E que, en lo que se le manda lo jure, pide se declare si se dexa en su juramento, e que sin él declara la verdad, que la dicha Juana vino a su poder, que se la dio Pedro de Paz, su tío, que es hija de una criada de su casa, podrá aver siete años, pocos meses más, porque fue quando vinieron a este reyno, y a la sazón era muchacha de siete hasta ocho años, y la a criado, alimentado y enseñado todo lo que en ella a sido, e antes se deviera mandar bolver a su seruiçio y que la dicha Juana le debe y es a cargo hazello ansí. E demás desto, le es a cargo la dicha Juana cantidad de más de quinientos pesos de oro que le a tomado de su casa en dineros

4. En los numerales romanos el símbolo ⊕ equivalía a múltiplo de 1000. Por tanto, la fecha sería 1564.

y otras cosas con llaves falsas que a hecho, y en otra manera, lo qual constará en la prosecución desta causa. Y la dicha Juana es muchacha e ynduzida para lo que pide, e caso que algún seruiçio se le deviera es poco porque el seruiçio de una muchacha mereçe poco. Y para lo que se le manda que dexé procurador en esta çibdad, señala por su procurador a Christóual de Ribera, vezino desta çibdad, que tiene su poder. Y en quanto a las fianças^{//5v} que se le mandan dar, que ella dexa muchos bienes en esta çibdad de que se puede pagar la condenaçión que se le hiziere, y si esto no bastare está presta de las dar. Y esto dixo que dava e dio por su respuesta. Testigos, Diego de Bolaños y Juana Sánchez, vezinos desta dicha çibdad.

Pasó ante mí, Francisco Rodríguez Bertanillo, escriuano de Su Magestad (rúbrica)".

4

S.f.

Cristóbal de Ribera, procurador de Inés de Paz, pide a la Audiencia de Guadalajara que se dé mandamiento para buscar a Juana de Salas y a dos muchachas indias.

f. 6r-6v.

"Muy poderoso señor.

Christóbal de Ribera, en nombre de doña Ynés de Paz, digo que teniendo, como la dicha mi parte tenía, en seruiçio una moça que se dize Joana e dos muchachas yndias e estándose camino para se yr a México e llevallas en su aconpañamiento, teniéndolas e tratándolas como a hijas e para las casar, sin causa alguna, sino por ynduçimientos de algunas personas, se an ydo de la dicha casa quebrando las paredes para se salir e siéndole a cargo de muchas cosas.

A Vuestra Alteza pido e suplico se mande dar mandamiento para que se busquen donde quiera que estén e no se permita se le quiten e ya que no aya lugar se esté a cuenta con ella de lo que an servido e se les deve de seruiçio e de cosas que ellas deven, e sino fuere justo vayan con ella. Vuestra Alteza lo proveerá e pido justiçia.

Christóbal de Ribera (rúbrica)".^{//6v}

(Decreto de la Audiencia)

"En diez e siete de mayo de I ♯ DLXVIII años.

Traslado a la dicha Juana, meztiza, e que dé ynformaçión de las cosas que dize que le llevan y presente Alonso de Llerena, curador de la dicha Juana de Salas, al qual se notifique en Abdiença.

Alonso Sánchez (rúbrica)".

5

S.f.

Alonso de Llerena, curador de Juana de Salas, solicita a la Audiencia de Guadalajara que acuse de rebeldía a Inés de Paz por no haber respondido conforme a lo proveído por el tribunal y que mande que se embarguen de sus bienes los 600 pesos que estima se deben a su representada. Además, pide que se saque una cláusula del testamento del doctor Morones donde se declara que Juana de Salas le sirvió ocho años

y que Inés de Paz arraigue fianzas para pagar lo que contra ella se sentenciase antes de salir hacia México.

f. 7r-7v.

(Decreto de la Audiencia)

“En diez e nueve de mayo de I ∪ DLXVIII años.

Los señores oydores dixeron que resçibían e resçibieron este pleyto e causa a prueba con término de nueve días en forma e que la dicha doña Ynés aclare con juramento e ansy se mandó se notifique a la dicha doña Ynés de Paz que señale por su parte una persona e de la otra parte se nombrará otra para que declare lo que mereçe de seruiçio a la dicha menor y que se saque una cláusula del testamento.

Ante mí, Alonso Sánchez (rúbrica)”.

6

1564, mayo, 19. Guadalajara.

Testimonio de Francisco Rodríguez Bertanillo, escribano real, de la notificación a doña de Inés de Paz de la petición presentada ante la Audiencia por Alonso de Llerena, curador de Juana de Salas. Inés de Paz nombró para la moderación, para evitar el pleito, a Diego de Colio, vecino de Guadalajara y albacea del doctor Morones.

f. 8r.

7

S.f.

Cristóbal de Ribera, en nombre y como procurador de Inés de Paz, suplica a la Audiencia de Guadalajara que haga comparecer a Francisco de Nájera por entender que una negra que estaba a su servicio fue a la posada de Inés de Paz para incitar a escapar a una criada india llamada María. Asimismo, pide que se le tome juramento a Nájera para averiguar donde se halla dicha moza y se traiga a la Audiencia y que aclare si él y su mujer hablaron con la mestiza María y la sonsacaron y fueron causa para que huyese y pusiera el pleito, inducida también por Juan Téllez. Por último, Alonso de Llerena declara que a su noticia ha llegado que la india está en casa de Juan Vicioso, por lo que suplica que se le mande traer a la Audiencia y se entregue a Inés de Paz.

f. 9r-9v.

(Decreto de la Audiencia)

“En diez e nueve de mayo de I ∪ DLXVIII años.

Que se oye e que dé ynformación sy la yndia le lleva algo hurtado”.

8

S.f.

Alonso de Llerena, defensor y curador de Juana de Salas, informa a la Audiencia de Guadalajara que Inés de Paz declaró que su representada estuvo a su servicio por tiempo de siete años, nombrando a Diego de Colio, albacea del doctor Morones, para representarle en la moderación. Llerena suplica que se nombre por la Audiencia a

una persona que tase y modere lo que la dicha menor merecía en cada año, lo cual se le mande pagar luego para ayuda con que se case, atento a que es ya mujer hecha. f. 10r-10v.

(Decreto de la Audiencia)

“En veinte e quatro de mayo de mill y quinientos y sesenta y quatro años.

Que las dichas partes nombren por cada uno una persona e que, en defecto de no concertarse, el Abdiencia nombrará otra persona, e siendo presente Alonso de Llerena, curador de la dicha menor se le notificó, el qual dixo que nombraba e nombró por parte de la dicha Juana de Salas, menor, a Alonso de la Vera, el qual mandó que parezca a hazer el juramento que de derecho se requiere”.

9

S.f.

Alonso de Llerena, defensor y curador de Juana de Salas, pide a la Audiencia de Guadalajara que, habiéndose recibido la causa a prueba con término de nueve días y no pudiendo realizar la probanza por la brevedad el tiempo, se prorrogue por otros diez días, jurando que este término no era de malicia sino porque así conviene al derecho de Juana de Salas.

f. 11r-11v.

(Decreto de la Audiencia)

“En treinta de mayo de mill y quinientos y sesenta y quatro años.

Que se le prorrogan los diez días más que pide [...] a las partes. Presentes Alonso de Llerena y Christóbal de Ribera, al qual se le notifique el escrito de prueba en esta causa pronunziado, porque dixo que no le estava notificada. Testigos, el liçençiado Cavello e Gerónimo de Orozco.

Alonso Sánchez (rúbrica)”.

10

S.f.

Alonso de Llerena, defensor y curador de Juana de Salas, pide que se prorrogue el término para hacer probanza por otros veinte días más al no haber podido hacerla en el anterior plazo fijado.

f. 12r-12v.

(Decreto de la Audiencia)

“En veinte y tres de junio de mill y quinientos y sesenta y quatro años.

Que se le prorrogan veinte días más de término y notificose a Christóbal de Ribera. Francisco Rodríguez (rúbrica)”.

11

S.f.

Alonso de Llerena, defensor y curador de Juana de Salas, solicita a la Audiencia de Guadalajara una nueva prórroga de treinta días para hacer la probanza por estar malo el secretario que debía realizarla.

f. 13r-13v.

(Decreto de la Audiencia)

“En honze de jullio de I ∪ DLXVIII años.

Que se le prorrogan. Presentes Alonso de Llerena e Christóbal de Ribera, procurador de doña Ynés, a los quales se le notificó”.

12

S.f.

Alonso de Llerena, curador de Juana de Salas, solicita que se le conceda un cuarto plazo de cuarenta días de término para hacer probanza ya que por ocupaciones del secretario no se pudo llevar a cabo.

f. 14r-14v.

(Decreto de la Audiencia)

“En honze de agosto de I ∪ DLXVIII años.

Que se le prorrogan otros diez días. Presentes Alonso de Llerena e Christóbal de Ribera, procurador de doña Ynés, a los quales se le notificó”.

13

S.f.

Alonso de Llerena, defensor y curador de Juana de Salas, suplica que se mande hacer publicación de testigos en la causa.

f. 15r-15v.

(Decreto de la Audiencia)

“En XXII de septiembre I ∪ DLXVIII años.

Traslado a la otra parte. Presente Christóbal de Ribera, al qual se le notificó en audiència”.

14

S.f.

Alonso de Llerena, defensor y curador de Juana de Salas, pide que la parte de Inés de Paz sea acusada de rebeldía y se mande hacer publicación de testigos.

f. 16r-16v.

(Decreto de la Audiencia)

“En XXVI de septiembre de I ∪ DLXVIII años.

“Sy es asy, por hecha la publicación, siendo presentes Alonso de Llerena e Christóbal de Ribera, procuradores de las partes, a los quales se le notifique en audiència”.

S.f.

Interrogatorio presentado por la parte de Juana de Salas
f. 17r-17v.

“Por las preguntas siguientes sean preguntados y examinados los testigos que son o fueren presentados por parte de Juana de Salas, menor, en el pleyto que trata con doña Ynés de Paz, muger que fue del doctor Pedro de Morones, sobre el seruiçio de los doze años que pide.

Primeramente, sean preguntados los testigos si conoçen a mí, la dicha Juana de Salas, y a doña Ynés de Paz y si conosçieron al doctor Pedro de Morones, oydor que fue de la Real Abdiencia deste reyno, y si saben la cabsa e razón sobre que es este pleyto.

Yten, si saben que avrá ocho años, poco más o menos, que el dicho doctor Morones vino a este reyno con su muger doña Ynés de Paz, e si saben que yo, la dicha Juana de Salas, vine con ellos sirviéndoles en todo aquello que se me mandava, así en labrar e coser, como en otros seruiçios de casa que se me mandavan como criada que era de los susodichos.

Yten, si saben que antes que el dicho doctor Pedro de Morones viniese a este reyno con la dicha su muger, yo, la dicha Juana de Salas, estava en su casa e seruiçio más tiempo de otros quatro o çinco años sirviendo en todo aquello que se me mandava y mis fuerças alcançavan, por manera que con los uno e lo otro serán los dicho doze años que le pido de seruiçio e le serví.

Yten, si saben que por mis seruiçios que yo, la dicha Juana de Salas, hize al dicho doctor Morones y a doña Ynés de Paz, así en sus enfermedades que a tenido muy muchas dende los ocho años a esta parte, que no parava de noche ni de día, haziendo todo aquello que se me mandava, si por ello meresco en cada un año çinquenta pesos de oro común y más, porque ninguna persona por ellos se obligaría a servir a un enfermo, como fue el dicho doctor Morones, mediçinándolo e curándolo. Y cuando no estava enfermo nunca parava de noche ni de día, labrando e cosiendo y enten-//^{17v}diendo en otros seruiçios de casa, enbiándome la dicha doña Ynés a Analco y a otras partes a hazer e comprar lo que ella avía menester para su casa y acompañándola. Digan lo que saben.

Yten, si saben que todo lo susodicho es público y notorio e pública voz e fama entre las personas que de ello tienen notiçia, las cuales preguntas pongo por pusiçiones al procurador de la dicha doña Ynés.

Alonso de Llerena (rúbrica)”.
(Decreto de la Audiencia)

(Decreto de la Audiencia)

“En XXVI de mayo I ♪ DLXIIII años.

Que es pertinente e se examinen los testigos”.

S.f.

Probanza de Juana de Salas en el pleito con doña Inés de Paz⁵.

f. 18r-20v.

“El dicho Leandro Mexía, vezino de la çibdad de Compostela, estante en esta dicha çibdad, presentado por parte de la dicha Juana de Salas después a ver jurado en forma debida de derecho e siendo preguntado por el tenor del dicho ynterrogatorio dixo e depuso lo siguiente:

A la primera pregunta dixo que conosçe a los en ella contenidos de siete años a esta parte, poco más o menos, y tiene notiçia de este pleyto y las causas.

A las preguntas generales de la ley dixo que es de edad de treynta años y que no es pariente ni enemigo de las partes ni le tocan las demás preguntas generales que le fueron fechas.

A la segunda pregunta dixo que del dicho tiempo de los siete años a esta parte que a que los conosçe en el tiempo que dellos residió el dicho doctor Morones en la çibdad de Compostela, que fueron quatro años poco más o menos, este testigo vido que la dicha Juana de Salas, mestiza, sirvió al dicho doctor Morones y a doña Ynés de Paz, su muger, en todo lo que se le mandava, así en labrar como en coser y en todo lo que demás allí se le ofresçia y en enbialla a mandados y acompañalla a la yglesia. Y que este testigo oyó dezir al dicho doctor Morones y a su muger que la dicha Juana de Salas les servía bien y era fiel y le tenían buena voluntad. Y esto sabe y vido este testigo que fue y pasó así en el tiempo que este testigo conosçió al dicho doctor Morones en la çibdad de Compostela. Y después que el dicho doctor Morones vino a esta çibdad de Guadalajara a residir a oydo dezir por público y notorio que la dicha Juana de Salas sirvió al dicho doctor y a su muger como en Compostela hasta que el dicho doctor murió. Y ansimesmo oyó dezir este testigo que la dicha Juana de Salas a mucho tiempo que sirve a los susodichos antes que este testigo los conosçiese, porque dizen la traxo consigo de México. Y esto responde a esta pregunta.

A la terçera pregunta dixo que dize lo que dicho tiene en la pregunta antes desta e que este testigo vio que la susodicha sirvió al dicho doctor y su muger quatro años en la çibdad de Compostela, antes más que menos, y a oydo dezir que en esta çibdad sirvió otros casi tres y que de antes que viniesen a este reyno le servía de antes e no sabe el tiempo que le pudo servir antes que a este reyno viniesen el dicho doctor y su muger. Y esto responde.

Y a la quarta pregunta dixo que dize lo que dicho tiene en las preguntas antes desta e que según el serviçio de la dicha Juana de Salas y las enfermedades que el dicho doctor tuvo y como la dicha Juana de Salas le sirvió, le paresçe a este testigo meresçe en cada un año lo que la dicha Juana de Salas pide y aún más de los dichos çinquenta pesos. Y este testigo tuvo entendido que el dicho doctor le mandara pagar por su

5. Solo se transcribe en su literalidad la probanza de Leandro Mexía. Las contestaciones del resto de testigos al interrogatorio se resumen por reiterativas.

serviçio mucho más que ella pide, según ella le sirvió y el amor y voluntad con que le servía y el dicho doctor y su muger le tenían, y que a lo menos la casaran y onraran.//^{18v} Y esto es lo que de la pregunta sabe y lo que dicho tiene es la verdad y lo que deste caso sabe y para por su juramento que fecho tiene y en ella se afirmó y ratificó siéndole leydo e firmolo de su nombre.

Leandro Mexía (rúbrica).

Ante mí, Alonso Sánchez (rúbrica)."

"El dicho Francisco Roxo, vezino desta dicha çibdad de Guadalajara e yntérprete de la Abdiencia Real que en ella reside, testigo presentado en esta dicha razón por parte de Juana de Salas, después de aver jurado en forma de derecho e siendo preguntado por el tenor del dicho ynterrogatorio, dixo e depuso lo siguiente":

(Resumen de las respuestas)

A la primera pregunta, que los conoce de ocho años que fue cuando Morones fue por juez de residencia de ese reino porque el testigo le fue a recibir y a tratar un negocio con él.

A las preguntas generales, que es de edad de más de treinta años ni le toca nada a ninguna de las partes.

A la segunda pregunta, que todo el tiempo que conoció a Morones en la ciudad de Compostela y de Guadalajara le estuvo sirviendo Juana de Salas y que el testigo había visto a Juana hacer el servicio porque entró muchas veces en su casa donde fue para tratar negocios como intérprete de la Audiencia y "allegado y familiar de casa del dicho doctor Morones".

A la tercera pregunta, que el doctor Morones y su mujer trajeron a Juana de Salas de la ciudad de México cuando vinieron a este reino.

A la cuarta pregunta, que según el servicio que vio hacer a Juana de Salas, le parece que merece los cincuenta pesos en cada año, y más, siendo como es hija de español y sirviéndole con el amor y voluntad que le sirvió.

"E después de lo susodicho, en veynte e un días del mes de agosto del dicho año de mill e quinientos e sesenta e quatro años, el dicho Alonso de Llerena, en nombre de la dicha Juana de Salas e como su curador, presentó por testigo a Rodrigo Pérez, vezino de la çibdad de Compostela del qual fue tomado e reçibido juramento, el qual juró por Dios e por Santa María sobre la señal de la cruz, e prometió de dezir verdad, e siendo preguntado por las preguntas del dicho ynterrogatorio dixo e depuso lo siguiente":

(Resumen de las respuestas)

A la primera pregunta, que conoce a Juana, mestiza, que ahora se nombra Juana de Salas, y conoció a doña Inés de Paz y al doctor Morones.

A las generales, que es de edad de más de treinta años y que no les toca en nada.

A la segunda pregunta, que puede haber siete años que el doctor Morones vino a este reino por oidor y juez de residencia junto a su mujer y que en su servicio venía Juana de Salas.

A la tercera pregunta, que no lo sabe.

A la cuarta pregunta, que Juana de Salas les servía del tiempo que tiene dicho y que no sabía lo que podría merecer por su servicio.

“El dicho Juan Sánchez, alguazil, vezino desta çibdad, testigo presentado por parte de la dicha Juana de Salas, aviendo jurado segund forma de derecho e siendo preguntado por las preguntas del dicho ynterrogatorio, dixo lo siguiente”:

(Resumen de las respuestas)

A la primera pregunta, que los conoce y tiene noticia del pleito.

A las generales, que es de edad de treinta y cinco años y que no les toca en nada.

A la segunda pregunta, que habrá el tiempo que dice la pregunta que Morones vino a este reino por oidor y juez de residencia y que venía con la dicha Juana de Salas.

A la tercera pregunta, que no lo sabe.

A la cuarta pregunta, que de seis años a esta parte ha visto que Juana de Salas merece el servicio que hizo “y que le parece a este testigo que pues una yndia gana peso y medio cada mes e de[...] que merece la dicha Juana de Salas el doble por su buen seruiçio e fidelidad”.

“El dicho Pedro de Ordás, testigo presentado por parte de la dicha Juana de Salas, aviendo jurado segund forma de derecho e siendo preguntado por las preguntas del dicho ynterrogatorio dixo e depuso lo siguiente”:

(Resumen de las respuestas)

A la primera pregunta, que conoció a los en ella contenidos y que tiene noticia del pleito.

A las generales, que es de edad de sesenta años y que no les toca en nada.

A la segunda pregunta, que puede haber siete años que el doctor Morones vino a este reino por oidor y juez de residencia junto a su mujer y que en su servicio venía Juana de Salas, y que ha oído decir que ya les servía antes y que la trajeron cuando vinieron de México a este reino

A la tercera pregunta, que no lo sabe.

A la cuarta pregunta, que Juana de Salas les servía todo el tiempo de la pregunta en todo lo que le mandaban y que no sabe lo que podría merecer su servicio cada año.

17

S.f.

Alonso de Llerena, defensor y curador de Juana de Salas, pide que se dé por conclusa la causa y se mande ver y determinar, y que el tribunal hallará probado por su probanza como Juana de Salas sirvió a Inés de Paz, que no hizo probanza.

f. 22r-22v.

(Decreto de la Audiencia)

“En diez de octubre de I ∪ DLXIII años.

Traslado a la otra parte, presente Christóbal de Ribera, procurador de la dicha doña Ynés de Paz”.

18

S.f.

Alonso de Llerena, curador de Juana de Salas, pide que se acuse de rebeldía a Inés de Paz y se tenga el pleito por concluso para ver y determinar.

f. 23r-23v.

(Decreto de la Audiencia)

“En XIII de octubre de I ∪ DLXIII años.

Sy así es, por concluso, presentes Alonso de Llerena y Christóbal de Ribera, procurador de doña Ynés de Paz, a los cuales se les notificó”.

19

1564, octubre, 19. Guadalajara.

Auto de la Audiencia de Guadalajara.

f. 23v.

“En la çibdad de Guadalajara, en diez e nueve días del mes octubre de mill e quinientos e sesenta e quatro años, visto este proçeso por los señores oydores alcaldes mayores de la Abdiencia Real del Nuevo reyno de Galizia, e aviéndoles sido declarado, mandaron que se les notifique a Diego de Colio e Alonso de la Vera, vezinos desta çibdad, terçeros nombrado por las partes que se junten e tasen e moderen lo que la dicha Juana de Salas mereçe por el seruiçio que hizo al dicho doctor Morones e doña Ynés de Paz, su muger, por cada un año, lo qual declaren con juramento e se asiente por auto. Y esto hecho determinarán en esta causa lo que sea justiçia así lo mandaron asentar por auto.

Ante mí, Alonso Sánchez (rúbrica).”

20

1564, noviembre, 15. Guadalajara.

Declaración de Alonso de la Vera.

f. 24r.

“En la çibdad de Guadalajara, en quize días del mes de noviembre de mill e quinientos e sesenta e quatro años, en presençia de mí, Alonso Sánchez, escriuano mayor desta Real Abdiencia, pareçió Alonso de la Vera y en cumplimiento de lo que le a sido mandando por esta Real Abdiencia açerca de que él y Diego de Colio, vezino desta çibdad, se juntasen e apreçiasen que es lo que Juana de Salas, criada que fue del doctor Morones, que sea en gloria, e de doña Ynés de Paz, su muger, e mereçe del seruiçio en cada un año de los que sirvió la dicha Juana de Salas, mestiza, a los susodichos, e juró por Dios e por Santa María sobre la señal de la cruz e prometió de dezir verdad. E queriendo aclarar en lo susodicho qual es mandado, dixo que es verdad que él se a juntado con el dicho Diego de Colio e no se an conformado en lo susodicho, e que so cargo del dicho juramento le pareçe a este que declara que mereçe la dicha Juana de Salas, mestiza, veynte pesos de oro de minas en cada un año de los que se averigua que sirvió a los dichos doctor Morones e su muger, e conforme al seruiçio que este

que declara vido que les hizo a los susodichos. E que esto es la verdad e firmolo de su nombre.

Alonso de la Vera (rúbrica).

Pasó ante mí, Alonso Sánchez (rúbrica)".

21

1564, noviembre, 15. Guadalajara.

Declaración de Diego de Colio.

f. 24r-24v.

"E después de lo susodicho, en este dicho día quinze de noviembre del dicho año, en presençia de mí, el dicho escriuano, pareçió presente Diego de Colio, vezino desta çibdad, e dixo que en cumplimiento de lo que le a sido mandado por esta Real Abdiençia açerca de que se junte con Alonso de la Vera e apreçien ambos que es lo que mereçe Juana de Salas, mestiza, criada que fue del doctor Morones e de doña Ynés de Paz, en cada un año de los que le sirvió, él se a juntado con el dicho Alonso de la Vera para el dicho efecto e no se an conformado//^{24v} e que lo que le pareçe a este declarante que mereçe la dicha Juana de Salas por su serviçio cada un año, conforme al serviçio que este que declara vido que hazía al dicho doctor Morones e a su muger, es veynte pesos de oro común cada un año de los que se a averiguado que a servido al dicho doctor Morones e a doña Ynés, su muger, e conforme a lo que le a servido e a la hedad que thenía quando la dicha mestiza vino con el dicho doctor Morones, que este que declara vido venir con el dicho doctor Morones. E que esto es lo que le pareçe e asy lo juró a Dios e a la cruz que hizo con los dedos de sus manos e firmolo de su nombre. Diego de Colio (rúbrica).

Ante mí, Alonso Sánchez (rúbrica)".

22

S.f.

Alonso de Llerena, defensor y curador de Juana de Salas, informa a la Audiencia de Guadalajara que Alonso de Vera y Diego de Colio no se habían concertado sobre el salario que merecía Juana de Salas por sus servicios, por lo que suplica que se vea lo que ambos han dicho y se determine la causa.

f. 25r-25v.

(Decreto de la Audiencia)

"En diez y seys de noviembre de I Ů DLXVIII años.

Que se traygan los autos".

23

1564, diciembre, 22. Guadalajara.

Sentencia dada por la Audiencia de Guadalajara en el pleito entre Juana de Salas y doña Inés de Paz, viuda del doctor Morones.

f. 26r.

“En el pleito que en esta Real Audiencia pende entre parte, de la una Juana de Salas, mestiza, e su curador en su nombre, y de la otra doña Ynés de Paz, viuda, muger que fue del doctor don Pedro de Morones, como su albaçea e thenedora de sus bienes, e su procurador en su nombre.

Fallamos, atento los autos e méritos deste proçeso, que la dicha Juana de Salas prouó su yntençión y demanda bien e cumplidamente para lo que de yuso será contenido e que la dicha doña Ynés de Paz no prouó sus exebçiones. Por ende, que deuemos condenar y condenamos a la dicha doña Ynés de Paz y a los bienes del dicho difunto a que dentro de terçero día primero siguiente den e paguen a la dicha Juana de Salas, o a quien por ella lo obiere de aver, çiento e quarenta pesos de oro común por el seruiçio de siete años que aberigua que les siruió a los susodichos, a razón de veinte pesos de oro por cada un año. E por esta nuestra sentençia definitiva, juzgando así, lo pronunçiamos e mandamos con costas.

El licenciado Alonso de Oseguera (rúbrica).

El doctor Alarcón (rúbrica).

Dada e pronunçiada esta dicha sentençia por los dichos señores oydores de la Real Abdiencia en veynte e dos días del mes de diziembre de mill e quinientos e sesenta e quatro años, estando presentes Alonso de Llerena, curador de la dicha Juana de Salas, e Christóbal de Ribera, procurador de la dicha doña Ynés de Paz, a los cuales se les notificó en audiencia.

Ante mí, Alonso Sánchez (rúbrica).”

24

S.f.

Alonso de Llerena, defensor y curador de Juana de Salas, pide a la Audiencia que, no habiendo apelado la parte de Inés de Paz y quedando la sentencia como pasada en cosa juzgada, la declare y la tenga por tal y se mande dar ejecutoria de ella para que de los bienes que tenga en la ciudad sea pagada Juana de Salas.

f. 27r-27v.

(Decreto de la Audiencia)

“En diez e nueve de henero de I ⊕ DLXV años.

Traslado a la otra parte, presente Christóbal de Ribera, al qual se le notificó en audiencia”.

25

S.f.

Alonso de Llerena, defensor y curador de Juana de Salas, suplica a la Audiencia de Guadalajara que se mande dar real mandamiento para que de los bienes del doctor Morones y de Inés de Paz se le paguen a Juana de Salas los ciento cuarenta pesos en que fueron condenados.

f. 28r-28v.

(Decreto de la Audiencia)

“En primero de octubre de mill e quinientos e sesenta e çinco años.
Traslado a la otra parte e que muestre las diligencias, presente Christóbal de Ribera,
procurador de doña Ynés, al cual se le notificó”.

26

S.f.

Alonso de Llerena, curador de Juana de Salas y en su nombre, pide a la Audiencia de Guadalajara que Antonio de Paz, que había cobrado los bienes que se hicieron de la almoneda del doctor Morones, deposite en persona abonada los 140 pesos que se deben a su parte, Juana de Salas, antes de partir hacia México.

f. 29r-29v.

(Decreto de la Audiencia)

“En tres de octubre de I ⊕ DLXV años.

“Que se traygan los autos. Que se secresten los pesos de oro que deue del almoneda en qualquier manera. Se secreten hasta la cantidad”.

27

1565, octubre, 05. Guadalajara.

Auto de la Audiencia de Guadalajara ordenando que se diese mandamiento en forma contra los bienes del doctor Morones y de doña Inés de Paz por la cuantía de pesos contenidos en la sentencia definitiva del pleito mantenido con Juana de Salas.

f. 29v.

28

1566, octubre, 10. Guadalajara.

Auto de la Audiencia de Guadalajara.

f. 30r.

“En la çibdad de Guadalajara, en diez días del mes de octubre de mill e quinientos e sesenta e seys años, de pedimiento de Alonso de Llerena, curador de Juana de Salas, los señores oydores alcaldes mayores de la Real Abdiencia deste reyno mandaron que se le notifique a Lope de Çisneros que no acuda con los pesos de oro que debe a doña Ynés de Paz, biuda, muger que fue del doctor Morones, oydor que fue desta Real Abdiencia, e retenga en sí hasta en cuantía de los çiento e quarenta pesos en que pareçe está condenada y los bienes del dicho doctor Morones por la sentencia defynitiva en esta causa por ellos pronunçada. E lo mandaron asentar por auto.

Ante mí, Alonso Sánchez (rúbrica).

En este dicho día, diez de octubre del dicho año, yo, el escriuano yuso escrito, notifiqué el auto de suso contenido a Lope de Çisneros en su persona, el qual dixo que le deue a la dicha doña Ynés çiento e treynta pesos e siete tomines de oro común, e que estos él los terná en su poder e no acudirá con ellos si no se le manda. Siendo testigos Francisco de León y Antonio Díaz. Y de ello doy fe.

Alonso de Herrera, escriuano (rúbrica)”.

1567, marzo, 17. Guadalajara.

Testimonio del nombramiento de Alonso de Herrera como curador de Juana de Salas. f. 31r-31v.

“En la çibdad de Guadalaxara, en diez e siete días del mes de março de mill e quinientos e sesenta e siete años, ante mí, el escriuano yuso escripto, paresçió Juana de Salas e dixo que presenta esta petiçión ante el muy magnífico señor Juan de Çaldivar, alcalde hordinario desta çibdad, e pide lo en ella contenido que es lo siguiente:

Muy magnífico señor.

Juana de Salas, menor, criada que fue del doctor Morones, difunto, digo que para cobrar mi seruiçio e regir e administrar mi persona e bienes tengo neçesidad de un curador, por ser como soy menor de veynte e çinco años e mayor de catorze. A vuestra merçed pido e suplico me provea del dicho curador e yo nombro por mi curador a Alonso de Herrera, vezino desta çibdad, en cuya casa y seruiçio estoy. E pido justiçia. Juana de Salas.

Presentada la dicha petiçión e por mí, el presente escriuano, leída ante el señor alcalde, dixo que la avía e ovo por presentada e mandó pareçer ante sy al dicho Alonso de Herrera e le dixo e requirió sy quería açebtar el dicho cargo de curador de la dicha menor, el qual dicho Alonso de Herrera, estando presente ante el señor alcalde, dixo que açebtaua e açebtó el dicho cargo y juró por Dios y por Santa María sobre la señal de la cruz en forma de derecho de usar bien e fielmente de tutor e curador de la persona e bienes de la dicha Juana de Salas, menor, e donde viere su provecho se lo allegará e su daño estoruará e que sus pleitos no dexará yndefensos e donde su saber no bastare avrá aquerdo con letrado e en todo hará lo que buen curador deue y es obligado a hazer por sus menores, e si asy lo hiziere Dios le ayude, e su no se lo demande; demás de que pagará el daño que a la dicha menor viniere. E dixo “signo hamén” y lo firmó de su nombre, siendo testigos Diego de Colio y Francisco de Figueroa y Christóbal de Paz, vezinos e estantes en la çibdad.

Juan de Çaldibar.

Alonso de Herrera.

Ante mí, Francisco Rodríguez Bertanillo, escriuano de Su Magestad//^{31v}.

E luego, el dicho Alonso de Herrera dio por su fiador de la dicha curaduría a Fernando Martel, vezino desta çibdad, que presente estaua, el qual dixo que fiaua e fio al dicho Alonso de Herrera en tal manera que husara bien e fielmente del dicho cargo de tutor e curador de la persona e bienes de la dicha Juana de Salas, menor, segund que de suso lo tiene jurado e cobrará sus bienes e deudas e dará buena quenta con pago dellos cada que le sea pedida, donde no que él como tal fiador lo pagará por su persona e bienes que para ello espresamente obligó e dio poder a las justiçias de Su Magestad para que asy se lo hagan cumplir segund dicho es, como sy fuese sentençia pasada en cosa juzgada e renunçio qualesquier leyes, fueros e derechos que en su

favor sean para yr contra lo que dicho es, e la ley e regla del derecho en que dize que general renunçación hecha de leyes non vala. E otorgó fiança en forma e lo firmó. Testigos, los dichos Juan de Zaldivar, Fernando Martel.

E luego, el dicho señor alcalde, visto el dicho juramento e fiança, dixo que diçirnia y diçirnió el dicho cargo de tutor e curador de la persona e bienes de la dicha Juana de Salas, menor, en el dicho Alonso de Herrera, y le daua e dio poder cumplido para que en nombre de la dicha menor pueda paresçer en juicio pidiendo e defendiendo e faziendo todo lo que para dicho menor convenga e cobre sus bienes e hazienda, e para ello pueda sustituyr un procurador o dos o más, los que quisiere, que [...] todo lo por él justamente hecho o por sus [...] en fauor de la dicha menor ynterponía e ynterpuso su abtoridad e decreto judiçial, qual de derecho a lugar. E lo firmó de su nombre. Testigos, los dichos. Juan de Çaldivar.

Pasó ante mí, Francisco Rodríguez Bertanillo, escriuano de Su Magestad”.

30

S.f.

Alonso de Herrera, defensor y curador de Juana de Salas, pide que la Audiencia de Guadalajara otorgue mandamiento para que Lope de Cisneros pague los 130 pesos y siete tomines que debía Inés de Paz a su parte, Juana de Salas.

f. 33r-33v.

(Decreto de la Audiencia)

“En XXI de março de I ∪ DLXVII años.

Que se le dé mandamiento requisitorio y executorio contra Lope de Cisneros de los pesos de oro que tiene declarado que deve al doctor Morones e sus herederos e, asimismo, se le dé mandamiento executorio por el resto contra qualesquier bienes que hubiera de los dichos herederos”.

Bibliografía

Commission Internationale de Diplomatie: “Normes internationales pour l’édition des documents médiévaux”, en *Folia Caesaragustana*, Zaragoza, Instituto Fernando el Católico, 1984.

Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Inés (Gómez) de Paz–deuda de Hernán Cortés– primera pensionista de viudedad de la Nueva Galicia de la Nueva España en 1577”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. 2, 2019.



1. **Geographical Context:** The map shows the Americas on the left and Europe and Africa on the right, with a large arrow pointing from left to right, indicating the direction of the transatlantic slave trade.

2. **Slave Trade Routes:** The map highlights the transatlantic slave trade routes, showing the movement of enslaved people from the Americas to Europe and Africa.

3. **Colonial Expansion:** The map illustrates the expansion of European colonial powers across the Americas, Europe, and Africa during the 16th and 17th centuries.

4. **Trade Networks:** The map shows the interconnected trade networks that facilitated the exchange of goods, resources, and people across the Atlantic Ocean.

5. **Historical Significance:** The map serves as a visual representation of the historical processes of globalization, colonialism, and the transatlantic slave trade.

6. **Geographical Features:** The map includes labels for major geographical features such as the Atlantic Ocean, the Americas, Europe, and Africa.

7. **Historical Context:** The map is set against a background of a world map, providing a broader geographical context for the transatlantic slave trade.

8. **Visual Representation:** The map uses a color-coded system to distinguish between different regions and trade routes, making it easy to understand the flow of the transatlantic slave trade.

9. **Historical Accuracy:** The map is based on historical records and research, providing a reliable visual representation of the transatlantic slave trade.

10. **Historical Impact:** The transatlantic slave trade had a profound impact on the Americas, Europe, and Africa, shaping the course of history and the development of modern societies.

11. **Historical Legacy:** The transatlantic slave trade is a significant part of the historical legacy of the Americas, Europe, and Africa, and its impact is still felt today.

12. **Historical Education:** The map is a valuable educational tool for teaching about the transatlantic slave trade and its historical context.

13. **Historical Research:** The map is a useful resource for historical researchers and scholars studying the transatlantic slave trade.