

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

Vol. VII ► N<sup>o</sup> 2 ► 2022

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 2022

 CC BY-NC-ND 4.0.



## EQUIPO EDITORIAL

### DIRECTORA

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

### SUBDIRECTORA

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

### SECRETARIA 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<sup>o</sup> 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<sup>a</sup>. María Dolores Ramírez Bendala, Universidad de Sevilla, España

Dra. Esperanza Roales Paniagua, Universidad de Sevilla, España  
Dra. Maria 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 Iniesta, 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. María Salas Porras, Universidad de Málaga, España  
Dra. Fuencisla Rubio Velasco, Universidad de Huelva, España  
Dr. Francisco Trujillo Pons, Universidad Jaime I de Castellón, España  
Dra. Alicia Villalba Sánchez, Universidad de Santiago de Compostela, España  
D. Fabiano Zabanella, Director del Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas (IPOJUR), Brasil



# e-Revista Internacional de la Protección Social

(e-RIPS) ▶ 2022 ▶ Vol. VII ▶ N° 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 2022



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](mailto: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](mailto: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. VII ▶ N° 2 ▶ 2022

Al Dr. D. Félix Salvador Pérez, *In Memoriam*

## TRIBUNA

Prestaciones por desempleo y personas trabajadoras del hogar familiar transfronterizas / *Unemployment benefits and cross-border domestic employees*  
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.01>

Cristina Sánchez-Rodas Navarro ..... 8-11

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

Sobre la compatibilidad del incremento del 20% en la pensión de incapacidad permanente total con el percibo de una pensión extranjera / *The compatibility of the 20% increase in the total permanent disability pension with the receipt of a foreign pension*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.02>

María Alexandra Díaz Mordillo ..... 13-30

Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar / *A new direction in the labor relations of domestic service workers*  
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.03>

Josefa Romeral Hernández ..... 31-57

History and scope of social human rights for irregular migrants / *Historia y alcance de los derechos humanos sociales de los migrantes irregulares*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.04>

Gabriela Mendizábal Bermúdez ..... 58-85

La situación de las trabajadoras transfronterizas durante más de dos años de cierre fronterizo en Ceuta / *The singular situation of cross-border workers during more than two years of border closure in Ceuta*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.05>

Alejandro Arnet Rodríguez ..... 86-107

Problemática de las pensiones de los emigrantes retornados en el contexto de la Unión Europea / *Problems of the pensions of returned emigrants in the context of the European Union*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.06>

María Luisa Díaz Quintero ..... 108-121

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo como motor de las reformas legislativas: prestación por desempleo y servicio doméstico / *The jurisprudence of the Court of Luxembourg as the engine of legislative reforms: unemployment benefit and domestic service*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.07>

María Salas Porras ..... 122-145

El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social española para los marroquíes en situación legal e ilegal en territorio nacional / *The scope of the protective action of the Spanish Social Security for Moroccans in a legal and illegal situation in national territory*  
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.08>  
 Carlos García-Giralda Casas..... 146-158

La inmigración desde una perspectiva garantista / *Immigration from a guarantee perspective*  
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.09>  
 Farah Amaadachou Kaddur ..... 159-179

## ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Igualdad de trato y compatibilidad de pensiones de incapacidad conforme a la doctrina del TJUE / *Equal treatment and compatibility of invalidity pensions under the CJEU doctrine*  
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.10>  
 Virgilio Téllez Valle..... 181-192

Controversia en torno a la indexación de las prestaciones familiares según el país de residencia del causante. Sobre su compatibilidad con el Derecho de la UE / *Controversy about the indexation of family benefits according to the country of residence of the deceased. About its compatibility with EU law*  
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.11>  
 Francisco Vigo Serralvo ..... 193-210

## RECENSIONES

Recensión de la obra de Fernando H. Llano Alonso (dir.) y Joaquín Garrido Martín y Ramón Valdivia Jiménez (coords.): *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, Laborum, Murcia, 2022  
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.12>  
 José Manuel Sánchez Torrado..... 212-220

Resenha de Cléber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães Rabello de Almeida: *Diálogos em Sociologia do trabalho: a precariedade laboral no Brasil*, Conhecimento, Belo Horizonte, 2021  
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.13>  
 Luiz Antônio da Silva Bittencourt ..... 221-223

## VARIA

Employment opportunities for personal and professional development for women in Science and University Education - some Bulgarian experience / *Oportunidades de empleo para el desarrollo personal y profesional de las mujeres en la Enseñanza Científica y Universitaria - algunas experiencias búlgaras*  
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.14>  
 Lilyana Nacheva-Skopalik ..... 225-242

Disability and inclusion of persons with autism spectrum disability –example of Tetouan– / <i>Discapacidad e inclusión de las personas con trastorno del espectro autista –ejemplo de Tetuán–</i> <a href="http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.15">http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.15</a> Mekki Klaina.....	243-259
Un análisis antropológico de la solidaridad social en Ceuta como recurso de emergencia ante momentos de crisis migratorias / <i>An anthropological analysis of social solidarity in Ceuta as an emergency resource in moments of migratory crisis</i> <a href="http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.16">http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i02.16</a> María Remedios Guerrero Trujillo.....	260-276



# Tribuna



# Prestaciones por desempleo y personas trabajadoras del hogar familiar transfronterizas

## UNEMPLOYMENT BENEFITS AND CROSS-BORDER DOMESTIC EMPLOYEES

**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: 16.11.2022 | Aceptado: 12.12.2022

### SUMARIO

- I. EL NUEVO MARCO LEGAL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR
  - II. CONCEPTO DE TRABAJADOR TRANSFRONTERIZO
  - III. COTIZACIÓN POR DESEMPLEO Y TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS: DEL REAL DECRETO 2393/2004 AL REAL DECRETO 557/2011
  - IV. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y POR CESE DE ACTIVIDAD: EL REQUISITO DE LA RESIDENCIA
  - V. ¿COTIZACIÓN POR DESEMPLEO SIN DERECHO A PRESTACIÓN?
  - VI. CONCLUSIONES
- Bibliografía

### I. EL NUEVO MARCO LEGAL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (ECLI:EU:C:2022:120) dictaminó que constituía una discriminación por razón de sexo que la legislación de Seguridad Social española impidiera a los empleados de hogar cotizar y, subsiguientemente, cobrar prestaciones por desempleo.

Como reacción a dicha sentencia se promulgó el Real Decreto-ley 16/2022 que regula en su artículo tercero la protección por desempleo para este colectivo. A partir del 1 de octubre de 2022 es obligatoria la cotización por la contingencia de desempleo y al Fondo de Garantía Salarial respecto a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para

Empleados de Hogar. El citado Real Decreto-ley no contiene previsiones específicas para los transfronterizos.

Respecto a la prestación por desempleo de los empleados de hogar se abre un nuevo debate, del que se han hecho eco los medios de comunicación, por la peculiar situación jurídica de los empleados de hogar transfronterizos que residan en Marruecos (o en Andorra) ya que no podrán cobrar la prestación en su país de residencia.

## II. CONCEPTO DE TRABAJADOR TRANSFRONTERIZO

Trabajador transfronterizo es el que ha sido autorizado “para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente” –artículo 182 del Real Decreto 557/2011–. El concepto nacional de trabajador transfronterizo es, dicho sea de paso, mucho más restringido que el concepto comunitario de trabajador fronterizo.

La validez de la autorización de trabajo estará limitada al ámbito territorial de la Comunidad o Ciudad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador, así como a una ocupación en el caso de trabajo por cuenta ajena o a un sector de actividad en el de trabajo por cuenta propia” –artículo 184.1 del Real Decreto 557/2011–.

## III. COTIZACIÓN POR DESEMPLEO Y TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS: DEL REAL DECRETO 2393/2004 AL REAL DECRETO 557/2011

Durante la vigencia del anterior Reglamento de Extranjería –el derogado Real Decreto 2393/2004–, su disposición adicional 13ª expresamente excluía a los trabajadores transfronterizos de la cotización por desempleo.

Para comprender esta exclusión hay que tener en cuenta que en España antes de la Orden de 4 de octubre de 1979 los trabajadores transfronterizos sólo gozaban de protección frente a los riesgos profesionales. A partir de esa fecha fueron incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General con los mismos derechos que el resto de los trabajadores protegidos, excepción hecha de la prestación por desempleo. Esta diferencia se justificaba por la propia normativa española que contempla como causa de extinción del derecho el traslado de la residencia al extranjero.

El vigente Reglamento de Extranjería –Real Decreto 557/2011– puso fin a la exclusión de los trabajadores transfronterizos de la obligación de cotizar por desempleo.

## IV. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y POR CESE DE ACTIVIDAD: EL REQUISITO DE LA RESIDENCIA

Tanto en el nivel contributivo como asistencial por desempleo la residencia en España es un requisito necesario para el mantenimiento del derecho a la percepción de la

prestación económica. En efecto, el artículo 272.1.f.g) del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social prevé como causa de extinción el traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 271.1 del mismo cuerpo legal<sup>1</sup>.

Al margen de las disposiciones nacionales sobre cuándo se extingan o suspendan las prestaciones por desempleo por trasladarse el beneficiario de las mismas al extranjero, hay que tener presente siempre la primacía del Derecho de la Unión Europea. Y hacer hincapié en que todas las prestaciones españolas de desempleo –contributivas y asistenciales– son prestaciones exportables conforme al Reglamento 883/2004. Consecuentemente, los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo podrán exportar la prestación reconocida cuando se trasladen a otro Estado donde se aplique el citado Reglamento en busca de trabajo y durante un plazo máximo de seis meses [art. 64.1.c) del Reglamento 883/2004] siempre y cuando estén incluidos en el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

La misma conclusión se predica respecto a la prestación por cese de actividad, introducida en el sistema español de Seguridad Social por obra de la Ley 32/2010 y actualmente regulada en el TRLGSS. Y, conforme al artículo 341.1 TRLGSS, es causa de extinción del derecho de esta prestación “el traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen”.

Aunque en puridad la prestación por cese de actividad no puede ser calificada a nivel de Derecho interno como prestación de desempleo, el hecho de que el artículo 15.1.b) del Real Decreto 1541/2011 –que desarrolla reglamentariamente la prestación por cese de actividad– prevea para la misma la aplicación de “las normas de exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea” supone que a la prestación por cese de actividad habrán de serle aplicadas las previsiones del Reglamento 883/2004 sobre coordinación y exportación de prestaciones por desempleo. Consecuentemente, serán exportables durante un plazo máximo de seis meses [art. 64.1.c) del Reglamento 883/2004].

## V. ¿COTIZACIÓN POR DESEMPLEO SIN DERECHO A PRESTACIÓN?

Como cuestión previa hay que señalar que la eventualidad de que se cotice sin derecho a prestación por desempleo no es ni mucho menos exclusiva de los empleados de hogar con residencia en Marruecos, sino que la imposibilidad de exportar la prestación por desempleo (y por cese de actividad) afecta a todos los trabajadores transfronterizos sea cual sea el sector de producción en el que trabajen por el hecho de que conforme al TRLGSS estas prestaciones no son exportables. Y lo mismo se predica de los transfronterizos con residencia en Andorra.

1. Artículo 279 TRLGSS: “Suspensión y extinción del derecho al subsidio. 1. Serán de aplicación al subsidio por desempleo las normas sobre suspensión y extinción previstas en los artículos 271 y 272”.

En ningún caso estamos ante un debate novedoso, sino que hace años ya se advirtió que podría existir obligación de cotizar por desempleo en España sin que ello generase un ulterior derecho a cobrar prestaciones por dicha contingencia en su país de residencia cuando este fuera un Estado en el que no se aplicara el Derecho de la Unión Europea<sup>2</sup>. Es decir, los transfronterizos con residencia en Portugal y Francia sí podrían cobrar prestación por desempleo española, pero al amparo del Reglamento 883/2004 o del Reglamento 1231/2010 –reglamentos cuyo ámbito de aplicación se circunscribe al territorio en el que el Derecho de la Unión Europea es aplicable–.

A mayor abundamiento, respecto de Andorra, el vigente Convenio de Seguridad Social que entró en vigor el 1 de enero de 2003 no incluye en su ámbito de aplicación material las prestaciones por desempleo. Tampoco el Convenio bilateral Hispano-Marroquí de 8 de noviembre de 1979 incorpora las prestaciones por desempleo en su ámbito de aplicación.

El derecho a exportar prestaciones por desempleo no está amparado por el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y el reino de Marruecos (2000), que ni permite la totalización respecto a las prestaciones por desempleo ni tampoco su exportación.

## VI. CONCLUSIONES

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo nunca ha declarado que vulnere el Derecho de la UE el no exportar la prestación por desempleo fuera del territorio de la Unión Europea.

No existe normativa nacional, internacional ni de la Unión Europea que obligue a España a exportar las prestaciones por desempleo para quienes residan en Marruecos (o en Andorra).

El sistema público de Seguridad Social no es equiparable a un seguro privado, por lo que la obligación legal de cotizar no conlleva necesariamente un correlativo derecho a cobrar prestación económica.

No debe excluirse a los trabajadores transfronterizos con residencia en Andorra o en Marruecos de la obligación de cotizar por desempleo ya que, si en el futuro estas personas residieran y trabajaran legalmente en Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea, podrían ver mermados sus derechos de Seguridad Social por esa falta de cotización.

## Bibliografía

Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: Un ejemplo de praxis legislativa mejorable”, en Roales Paniagua, E. (coord.): *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (II)*. Laborum. Murcia. 2014.

2. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: Un ejemplo de praxis legislativa mejorable”, en Roales Paniagua, E. (coord.): *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (II)*. Laborum. Murcia. 2014, pp. 89-94.



# Artículos doctrinales



# Sobre la compatibilidad del incremento del 20% en la pensión de incapacidad permanente total con el percibo de una pensión extranjera

## THE COMPATIBILITY OF THE 20% INCREASE IN THE TOTAL PERMANENT DISABILITY PENSION WITH THE RECEIPT OF A FOREIGN PENSION

**María Alexandra Díaz Mordillo**

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social

Directora Provincial del INSS y de la TGSS de Cáceres

[maria-alexandra.diaz@seg-social.es](mailto:maria-alexandra.diaz@seg-social.es) 0000-0001-8619-3592

Recibido: 24.10.2022 | Aceptado: 21.11.2022

### RESUMEN

La falta de regulación específica en materia de incapacidad permanente total cualificada ha ocasionado que el complemento se articule en torno a la doctrina judicial tanto de tribunales españoles como de la Unión Europea. Uno de los principales puntos de fricción es el de la compatibilidad con otras rentas del interesado, dificultad que crece cuando se trata de pensiones causadas al amparo de los instrumentos internacionales de coordinación de sistemas de Seguridad Social de los que España participa. La STJUE de 15 de marzo de 2018 (asunto C-431/16) ha unificado criterio en cuanto a las pensiones causadas en el ámbito de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo y Suiza, pero su aplicación no es exportable a Convenios Bilaterales o al Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. A pesar de la importancia del cambio producido, no se ha incorporado todavía el ansiado cambio normativo que clarifique las innumerables situaciones objeto de litigio.

### ABSTRACT

The lack of specific regulation regarding qualified total permanent disability has caused the complement to be articulated around the judicial doctrine, both of Spanish courts and of the European Union. One of the main points of friction is that of compatibility with other incomes of the interested party, a difficulty that grows when it comes to pensions caused under the international instruments for the coordination of Social Security systems in which Spain participates. The STJUE of March 15, 2018 (case C-431/16) has unified criteria regarding pensions caused in the European Union, European Economic Area and Switzerland, but its application is not exportable to Bilateral Agreements or the Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security. Despite the importance of the change that has occurred, the long-awaited regulatory change that clarifies the innumerable situations that are the subject of litigation has not yet occurred.

### PALABRAS CLAVE

Incapacidad permanente total cualificada  
Compatibilidad  
Incompatibilidad  
Coordinación de sistemas  
Jubilación

### KEYWORDS

Qualified total permanent disability  
Compatibility  
Incompatibility  
Systems coordination  
Retirement

## SUMARIO

- I. LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA
- II. INCOMPATIBILIDAD DEL INCREMENTO DEL 20%
  - A. Con el trabajo remunerado y las prestaciones a corto plazo sustitutorias de rentas salariales
  - B. Con las pensiones nacionales
- III. SITUACIONES DE INCOMPATIBILIDAD CON LA PENSIÓN EXTRANJERA
  - A. La incompatibilidad con la pensión de vejez al amparo de los reglamentos comunitarios antes de la STJUE de 15 de marzo de 2018 (aplicable en países de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo y Suiza)
  - B. La STJUE de 15 de marzo de 2018: posibilidad de compatibilizar la pensión de vejez causada al amparo de los Reglamentos Comunitarios con la pensión de incapacidad permanente total cualificada española
    1. Existencia de discrepancias entre los órganos judiciales españoles
    2. La STJUE de 15 de marzo de 2018, asunto c-431/16
      - a) Primera: ¿el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 es una regla de incompatibilidad (fuera del alcance de los RRCC) o una cláusula de reducción?
      - b) Segunda: ¿se considera la interpretación del tribunal supremo del artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 "legislación del primer Estado" a efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 46 bis, apartado 3, letra a), del Reglamento 1408/1971?
      - c) Tercera: naturaleza de las prestaciones
      - d) Cuarta: ¿qué disposiciones concretas del Reglamento 1408/1971 hay que aplicar en materia de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza?
    3. Conclusión primera
  - C. Pensiones de vejez causadas al amparo de los convenios bilaterales y el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, suscritos por España
    4. Conclusión segunda
- IV. A MODO DE REFLEXIÓN  
Bibliografía

### I. LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA

En el momento en que el órgano competente resuelve que existen limitaciones laborales susceptibles de determinación de un grado de incapacidad permanente total<sup>1</sup>, en realidad está reconociendo que el beneficiario se encuentra inhabilitado para realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual, pudiéndose dedicar a otra diferente<sup>2</sup>. En ocasiones, existen circunstancias que obligan al trabajador, a pesar de estar capacitado para ello, a permanecer fuera del mercado laboral en los casos en los

1. Para ampliar información sobre el régimen jurídico de la incapacidad permanente total, Rodríguez Iniesta, G.: "Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, 2016. También De Val Tena, Á. L.: "Incapacidad Permanente. Concepto, grados y requisitos", en Monereo Pérez J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum. Murcia, 2017 o Trillo García, A.: "Algunos problemas en relación con la pensión de incapacidad permanente total", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación. I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 1059-1076.

2. Artículo 194.4 y disposición transitoria 26ª TRLGSS.

que la oferta de empleo es limitada<sup>3</sup>. En estos supuestos, cuando por causa de edad, falta de preparación general o especializada u otras circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia se presume la dificultad de obtener un empleo compatible, el porcentaje ordinario a aplicar sobre la base reguladora (55%) podrá incrementarse en un 20% adicional. Hablamos entonces de Incapacidad Permanente Total Cualificada<sup>4</sup>.

Este complemento se regula actualmente en el artículo 196.2 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 (TRLGSS) y tiene su origen en la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

En su artículo 11.4 y con la intención de mejorar la protección del sistema para aquellas personas afectadas por una incapacidad permanente, se introduce este incremento, quedando supeditada su cuantía al posterior desarrollo reglamentario. Poco después, el artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, delimita el alcance: se reconocerá para aquellas pensiones declaradas a partir del 1 de julio de 1972, siendo competente para ello el mismo órgano que reconozca o hubiera reconocido la pensión (art. 6.1), se fija la edad en 55 años (art. 6.2), el porcentaje, en el 20% de la base reguladora que se tome para determinar la cuantía de la pensión (art. 6.3) y se establece la suspensión durante el periodo en que el trabajador obtenga un empleo (art. 6.4).

En puridad, la incapacidad permanente total cualificada no constituye un grado superior o diferente de incapacidad<sup>5</sup>, ni una prestación independiente porque no existe un nuevo hecho causante, aunque sí que goza de cierta autonomía en su tratamiento legal, tanto en los requisitos de acceso como en la propia dinámica<sup>6</sup>. Todas estas características lo configuran como un complemento de naturaleza prestacional y contributiva, aunque no se trate de una prestación propiamente dicha<sup>7</sup>.

Simplemente es un incremento económico destinado a cubrir el vacío de rentas que ocasiona una situación de desamparo ajena a la lesión incapacitante<sup>8</sup> que no

3. Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (a casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 8, 2016.

4. Arufe Varela, A.: "Cuestiones jurisprudenciales recientes acerca de la Incapacidad Permanente Total Cualificada", *Tribuna Social*, núm. 121, 2001, pp. 23-36. También en García Ninet, J. I. y Barceló Fernández, J.: "Las prestaciones de Seguridad Social: Concepto y Tipología", en Monereo Pérez J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017. Además, Romero Ródenas, M. J. y Tarancón Pérez, E.: *Manual de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, 6ª ed. revisada*, Bomarzo, Albacete, 2019, pp. 152-153.

5. Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M.: "La Incapacidad Permanente: régimen de compatibilidades e incompatibilidades", en Barrios Baudor, G. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Derecho vivo de la Seguridad Social. V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2020*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 93-120 (cit. p. 99).

6. Numerosas referencias al respecto, STS, Sala de lo Social, núm. 4527/1992, de 5 de junio de 1992; 2559/1994, de 22 de mayo de 1995, o 1074/1999, de 22 de noviembre de 1999, aunque la STS, Sala de lo Social, núm. 2651/1992, de 7 de febrero de 1994 resume la doctrina consolidada sobre el particular.

7. Numerosas referencias al respecto, STS, Sala de lo Social, núm. 783/1992, de 30 de noviembre de 1992; 804/1994, de 7 de febrero, o 2651/1992, de 7 de febrero de 1994 (que resume la doctrina consolidada sobre este asunto), o la más reciente 1607/2009, de 9 de febrero de 2010. También diferentes análisis académicos desde su inicio, como Martínez Girón, J.: "Incapacidad permanente total cualificada", *Revista de Política Social*, núm. 132. 1981.

8. Romero Ródenas, M. J. y López Gandía, J.: *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, Bomarzo, Albacete, 2011.

se concederá con carácter vitalicio, sino limitado al periodo en que el beneficiario, a pesar de querer trabajar, no encuentra trabajo compatible con su capacidad disminuida<sup>9</sup>. A diferencia de la prestación de desempleo, que tiene por objeto facilitar la permanencia en el mercado laboral durante el tiempo en que el beneficiario no está trabajando. El 20% tiene por objetivo concederle medios económicos que permitan satisfacer sus necesidades durante el periodo comprendido entre la declaración de incapacidad y la edad de jubilación<sup>10</sup>.

Este carácter prestacional queda reforzado en los supuestos en los que hay que determinar el recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo del artículo 164 TRLGSS. El porcentaje se calculará sobre la totalidad de la pensión derivada del accidente de trabajo o enfermedad profesional computando, en su caso, el incremento del 20% y ello con independencia de que se hubiera reconocido en el momento inicial de la declaración de incapacidad permanente o en un momento posterior, cuando ya se hubiera impuesto el recargo<sup>11</sup>.

Sobre los requisitos, es fácil asimilar el límite de edad de 55 años con una especial dificultad para la búsqueda efectiva de empleo y, mucho más, si este ha de ser compatible con el estado del incapacitado<sup>12</sup>. La tasa de desempleo de las personas con más de 55 años ha sido una rémora para el mercado laboral que se ha multiplicado desde 2007 (5,7%) hasta alcanzar el 12,3% en marzo de 2022<sup>13</sup>, siendo uno de los colectivos más dañados durante la crisis económica de 2008, copando, junto con los trabajadores más jóvenes, los primeros puestos en empleo temporal, contratos parciales y precarios o paro de larga duración. Además, este requisito ya ha sido revisado por el Tribunal Constitucional por su posible vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, concluyendo que, prescribir estas circunstancias no es, en modo alguno, discriminar a quienes no las tengan, sino compensar a quienes las padecen para que su situación de capacidad laboral se aproxime a la de aquellos. No hay infracción del principio de igualdad por lo establecido en el citado precepto, sino que la finalidad del mismo responde y respeta dicho principio<sup>14</sup>. Por tanto, se podrá percibir el complemento al cumplimiento de los 55 años, y ello con independencia de la edad del interesado en la fecha del hecho causante de la pensión.

Sin embargo, el resto de las circunstancias personales y ambientales enumeradas por el legislador que han de presumirse como dificultad para encontrar un empleo compatible carecen de trascendencia a la hora de ser tenidas en cuenta para la concesión. La indeterminación de los conceptos ha ocasionado que, en la práctica, baste una

9. STS, Sala de lo Social, núm. 1523/1998, de 6 de marzo de 1998.

10. STJUE de 15 de marzo de 2018, asunto C-416/36.

11. Por ejemplo, la STS, Sala de lo Social, núm. 7506/2010, de 23 de noviembre de 2010, entiende que el recargo sí que hay que aplicarlo también sobre el 20%.

12. Arufe Varela, A.: "Cuestiones jurisprudenciales recientes acerca de la Incapacidad Permanente Total Cualificada", ob. cit.

13. Datos de paro en España hoy, según la EPA del INE, disponibles en <https://www.epdata.es/datos/paro-espana-hoy-epa-ine/10/espana/106#:~:text=Formaci%C3%B3n%2C%20condiciones%20laborales%20y%20otros%20datos%20de%20la,partir%20de%20la%20Encuesta%20de%20Poblaci%C3%B3n%20Activa%20%28EPA%29>.

14. STC 137/1987, de 22 de julio.

declaración responsable del trabajador sobre su existencia, sin necesidad de otorgar medio probatorio alguno<sup>15</sup> salvo lo referido al cumplimiento de la edad, prevaleciendo así el derecho legal a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución).

Y aunque con el cumplimiento de la edad ya se considere suficientemente probada la existencia del resto de requisitos<sup>16</sup>, no está previsto en la ley que el reconocimiento sea automático<sup>17</sup>, sino que debe mediar la correspondiente solicitud. Puede realizarse con la calificación inicial si en ese momento reúne los requisitos necesarios. También con el reconocimiento judicial de la incapacidad<sup>18</sup>, salvo que quien reclama lo haya descartado expresamente<sup>19</sup>. De no ser así, cuando el beneficiario los reúna podrá solicitar su concesión, pudiendo retrotraer los efectos económicos hasta un máximo de tres meses desde la presentación de la solicitud<sup>20</sup>. Si se trata de un trabajador autónomo, el incremento tendrá efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que cumpla los 55 años<sup>21</sup>, siempre que se respeten los plazos descritos con anterioridad.

Además, es posible reconocer el incremento cuando lo solicite un trabajador que ya haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación<sup>22</sup>, salvo que se trate de trabajadores a los que se les haya reconocido la pensión de incapacidad permanente por contingencias comunes después del cumplimiento de la edad ordinaria por no reunir los requisitos necesarios para acceder a la pensión de jubilación (supuestos del artículo 196.5 TRLGSS tras la modificación operada por el artículo 2.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social).

15. Como ejemplo, se cita la STS, Sala de lo Social, núm. 13358/1986, de 30 de octubre: "Que viene siendo doctrina reiterada en los últimos tiempos por esta Sala –Sentencias 25 de febrero, 10 y 29 de abril, 20 de mayo, 29 de septiembre y 13 de octubre de 1986– y la doctrina del Tribunal Constitucional –sentencia de 26 de julio de 1983, entre otras [podrían identificarse también las STS, Sala de lo Social, núm. 10-3-87 (RJ 1378) o 4-3-1992 (rec. 1020/91)] es bastante que en la declaración fáctica consten dicha edad y profesión del trabajador, pues las circunstancias de orden socioeconómico y laborales ajenas a las efectivas secuelas que impidan obtener empleo, han de ser reconocidas como hecho notorio, dado el nivel de paro que sufre el país, ante la insuficiencia de la acción de la sociedad en la oferta de trabajos y oportunidades de reconversión profesional, máxime cuando dicho incremento se aplica en tanto no se desarrolla actividad laboral alguna".

16. Trillo García, A.: "La doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre prestaciones de incapacidad permanente dictada en el tercer milenio", en Barrios Baudor, G. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Derecho vivo de la Seguridad Social. V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AEISS 2020*, Laborum, Murcia. 2021, pp. 219-435 (cit. p. 417).

17. STS, Sala de lo Social, núm. 6322/2008, de 9 de octubre de 2008.

18. Vila Tierno, F.: "Incapacidad permanente total cualificada, percepción automática del complemento", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm.27, 2021, pp. 99-107. También en López Insua, B. M.: "Modificación y revisión judicial del grado de Incapacidad Permanente: singularidades en torno a su nueva calificación en Sentencia de suplicación", *Temas Laborales*, núm. 143, 2018.

19. La STS, Sala de lo Social, núm. 132/2020, de 12 de febrero, señala: "Incapacidad permanente total cualificada: cuando se reconoce judicialmente la IPT de mayores de 55 años, salvo que quien reclama lo haya descartado expresamente, lo congruente es reconocer el derecho a percibir el complemento". Comentario en: Sanz Sáez, C.: "La difusa frontera entre la pretensión de las partes y la adaptación del juez de las consecuencias legales en la incapacidad permanente total cualificada (Con ocasión de la STS, Sala de lo Social, de fecha 12 de febrero de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 27, 2021, pp. 121-135.

20. SSTS, Sala de lo Social, núm. 4885/2005, de 12 de marzo de 2007; 1176/2010, de 9 de febrero de 2010, entre otras. El INSS adapta esta doctrina en su Criterio de Gestión número 7/2017, disponible en [https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm?id=NORMAT\\_14561&lang=es&fcAct=Tue%20Aug%2003%2012:41:21%20CEST%202021](https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm?id=NORMAT_14561&lang=es&fcAct=Tue%20Aug%2003%2012:41:21%20CEST%202021) (acceso: 6 de agosto de 2022).

21. Artículo 38.1 a) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

22. STS, Sala de lo Social, núm. 9201/2002, de 13 de mayo de 2002.

Podrá lucrar pensiones causadas en el Régimen General<sup>23</sup>, incluido el Sistema Especial de trabajadores agrarios por cuenta ajena<sup>24</sup> y empleados del hogar, Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, incluidos los trabajadores del Sistema Especial Agrario<sup>25</sup>, Régimen Especial del Mar<sup>26</sup> y Minería del Carbón<sup>27</sup>.

## II. INCOMPATIBILIDAD DEL INCREMENTO DEL 20%

### A. Con el trabajo remunerado y las prestaciones a corto plazo sustitutorias de rentas salariales

La propia naturaleza del incremento del 20%, concebida como una forma de protección social para determinadas situaciones de necesidad, la hacen incompatible con el trabajo retribuido y con los ingresos sustitutivos de esas rentas de trabajo, con carácter general. Establece expresamente el artículo 198.1 TRLGSS que podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento del 20% y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

En la práctica, el abono de la mejora quedará en suspenso cuando el beneficiario obtenga un empleo<sup>28</sup> (art. 6.4 del Decreto 1646/1972, de 23 junio), incluso cuando se trate de relaciones laborales de carácter especial, como pueden ser los Centros Especiales de Empleo (ya que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del régimen general). Tampoco podrá percibirse mientras exista un periodo de vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas a la finalización de la relación laboral (arts. 147 y 166.2 TRLGSS).

23. Incapacidades declaradas a partir de 1 de julio de 1972 (art. 11 de la Ley 24/1972, de 21 de junio, y art. 6.1 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio).

24. El antiguo Régimen Especial agrario incluía esta protección para incapacidades declaradas a partir de 1 de julio de 1972, ya que estos trabajadores tenían la misma cobertura que los del Régimen General (art. 19 del Decreto 2123/1971, de 23 julio), permaneciendo en idénticas condiciones tras su integración en el Régimen General a partir del 1 de enero de 2012.

25. Para incapacidades reconocidas a partir de 1 de enero de 2003. La STS, Sala de lo Social, núm. 746/2009 de 21 de diciembre de 2009, unifica doctrina indicando que la disposición adicional única del Real Decreto 463/2003 no ha sido derogada y, no existiendo efecto retroactivo alguno, sólo podrán reconocerse los beneficios contenidos en ella a aquellos hechos causantes producidos después de su vigencia. También de interés la STS, Sala de lo Social, núm. 7620/2003, de 1 de diciembre de 2003. Interesante análisis anterior a 2003 en López Aniorte, M. C.: "Reseña jurisprudencial Invalidez Permanente total cualificada y RETA", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm.11. 1991, pp. 319-333. Las limitaciones para el SETA se desarrollan en el artículo 58 Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, modificado por el artículo 1 del Real Decreto 463/2003, de 25 abril. La protección se mantiene idéntica tras su integración en el RETA con efectos del 1 de enero de 2008.

26. Cuenta ajena, para incapacidades declaradas a partir de 1 de julio de 1972 (art. 6.1 y disposición adicional única del Decreto 1646/1972, de 23 de junio). Cuenta propia, a partir del 1 de enero de 2003 (art. 75.4, párrafo 3º, del Decreto 1867/1970, de 9 de julio, añadido por artículo 2 del Real Decreto 463/2003, de 25 abril).

27. Incapacidades reconocidas a partir de 1 de julio de 1972, ya que estos trabajadores tienen la misma cobertura que los del Régimen General (art. 5.2 del Decreto 298/1973, de 8 febrero).

28. Gala Durán, C.: "La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011", *Temas Laborales*, núm. 122, 2013, pp. 79-123 (cit. p. 90).

En el supuesto de trabajadores por cuenta propia de los regímenes Autónomo (incluido el Agrario) y trabajadores por cuenta propia del Mar, el percibo del incremento del 20% también es incompatible con la titularidad de una explotación agraria o marítimo-pesquera o de un establecimiento mercantil o industrial como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo<sup>29</sup>, no bastando la mera baja formal (y pacífica<sup>30</sup>) en el Impuesto de Actividades Económicas o en el RETA pues la titularidad del establecimiento es una cuestión de naturaleza diversa y no asimilable a la baja repetida, cuya realidad no ha sido objeto de acreditación ni puede deducirse de la circunstancia fáctica planteada. Es palmario que, con esta regulación, el legislador quiere garantizar plenamente que el pensionista no ejerce actividad mercantil o comercial alguna, así como impedir que tenga acceso al incremento del 20% de la pensión quien continúa percibiendo ingresos económicos derivados de la explotación de un establecimiento mercantil, estableciendo una cautela similar a la del Régimen General en cuanto a garantizar la existencia de una situación de necesidad protegible<sup>31</sup>.

Incluso cuando se trate de pensionistas que conservan la titularidad de los establecimientos en los que venían desarrollando su actividad y que los arriendan para su explotación a terceros percibiendo a cambio una determinada renta, también será incompatible por hacer suyos unos aprovechamientos económicos derivados de un trabajo. De hecho, lo que realmente ocurre en estos casos, es que simplemente se modifica la naturaleza y modalidad de los ingresos que venía reportándole el desempeño de la actividad, novándose, por rentas de alquiler o cesión, lo que anteriormente era fruto del personal y directo ejercicio de la explotación económica cedida<sup>32</sup>. Debe, igualmente, cumplirse el requisito cuando, en aplicación de las normas reguladoras del cómputo recíproco de cotizaciones<sup>33</sup>, resuelva un régimen por cuenta propia, aunque se hayan tomado cotizaciones de otros regímenes para resolver.

La práctica judicial ha extendido, por analogía, la incompatibilidad también a los supuestos en los que se perciben prestaciones temporales sustitutorias de las rentas salariales, como la prestación o subsidio de desempleo, la incapacidad temporal, la

29. Artículo 58 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, modificado por el artículo 1 del Real Decreto 463/2003, de 25 abril. Artículo 75.4, párrafo 3º, del Decreto 1867/1970, de 9 de julio, añadido por el artículo 2 del Real Decreto 463/2003, de 25 abril; artículo 38.1, párrafo 3º, del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, añadido por artículo 3 del Real Decreto 463/2003, de 25 abril, introduciendo por vez primera el complemento del 20% a las pensiones del RETA.

30. STS, Sala de lo Social, núm. 3962/2015 de 15 de julio de 2015.

31. Fernández Urrutia, A.: "La prestación de incapacidad permanente total "cualificada" en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: ámbito de aplicación temporal.: Comentario a la SJS núm. 2 de Mataró, de 28 de junio de 2004 (AS 2004,2054)", *Aranzadi Social*, núm. 3, 2004, pp. 2787-2805.

32. STS, Sala de lo Social, núm. 4395/2016 de 5 de julio de 2016. Merece la pena la crítica realizada por Pérez Alonso, M. A.: "RETA y SETA. El incremento del 20 % en la Incapacidad permanente total cualificada y su posible inconstitucionalidad en los requisitos de acceso", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 11, 2017, pp. 49-60: "De esta manera no puede servir el mantenimiento de la titularidad de los derechos reales como justificativo de la denegación del incremento del 20%, al menos, en el plano de las prestaciones contributivas, sí que pue/de ser el ejercicio de la actividad productiva, como en el RGSS, pero no la mera titularidad de los bienes porque vulnera el derecho de propiedad privada" (cit. p. 60).

33. Fernández Domínguez, J. J.: "Dies a quo de la pensión de incapacidad revisada, incapacidad permanente total cualificada en situaciones de cómputo recíproco de cotizaciones y coeficiente reductor en jubilación anticipada de prejubilado a través de expediente de regulación de empleo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. extraordinario, 2021, pp. 101-107 (cit. p. 103).

Renta Activa de Inserción (por proteger la misma situación de necesidad), prestaciones de nacimiento o similar<sup>34</sup>.

No obsta aplicar estas reglas de incompatibilidad en aquellos casos en los que el trabajo remunerado se desarrolle bajo la legislación de otro Estado, ya que casi todos los instrumentos internacionales suscritos por España introducen cláusulas que permiten aplicar las reglas nacionales sobre reducción, retención o suspensión de las pensiones propias cuando dicha actividad se ejerza en el territorio del otro país. Véase lo dispuesto en los artículos 5 del Reglamento 883/04, 12.3 del Reglamento 1408/71, 13.5 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, y disposiciones similares de los Convenios bilaterales de Seguridad Social, salvo los suscritos con Canadá, Estados Unidos, Japón, Rusia y Ucrania.

## B. Con las pensiones nacionales

Si se trata de percibir otra pensión compatible con la incapacidad permanente, debemos diferenciar entre pensiones nacionales y pensiones extranjeras.

Las pensiones nacionales compatibles con la incapacidad permanente total (pluripensionistas) son incompatibles con el incremento del 20% puesto que evitan la situación de necesidad protegible. Así, será incompatible el percibo de una pensión de jubilación en otro régimen<sup>35</sup>, haberes militares en reserva activa (se consideran rentas de trabajo) o pensión de incapacidad permanente absoluta/gran invalidez en régimen distinto (ya que este grado de pensión cubre el salario en su totalidad<sup>36</sup>).

Sin embargo, si se trata de una pensión de incapacidad permanente total en régimen distinto, compatible con la primera (pluriactividad), podrá percibirse el incremento del 20% en ambas pensiones porque es preciso computar la especial dificultad para la búsqueda de un empleo compatible de manera independiente en ambos regímenes.

Por su parte, las prestaciones de supervivencia protegen la situación de necesidad que se origina tras el fallecimiento, tanto por el aumento de gastos que produce el sepelio como por la falta de los ingresos que aportaba el fallecido al núcleo familiar. En estos casos, no existe incompatibilidad por dos motivos: no se trata de rentas sustitutivas del salario del pensionista de incapacidad, sino del causante fallecido; por otro lado, la situación de vulnerabilidad laboral que pretende proteger el complemento es independiente de la situación económica del núcleo familiar que es lo que en realidad protegen las prestaciones de supervivencia.

En el caso del ingreso mínimo vital, los límites del artículo 13.6 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital permiten su compatibilidad con el reconocimiento previo o posterior de una pensión, independientemente

34. Como ejemplo, SSTSJ, Sala de lo Social, Cataluña núm.1365/1998 de 16 de febrero de 1998, Castilla y León 345321/2013, de 23 de octubre de 2013 o Galicia 396/2016, de 29 de julio de 2016.

35. STS, Sala de lo Social, núm. 4433/2002, de 26 de enero de 2004 o STS, Sala de lo Social, núm. 1785/2004, de 13 de abril de 2005, que abordan el tema de la incompatibilidad del 20% con la jubilación española.

36. STS, Sala de lo Social, núm. 1523/1998, de 6 de marzo de 1998.

de su naturaleza, ya que operará únicamente la cuantía de la renta garantizada para fijar su incompatibilidad. Nada se dice específicamente sobre el complemento del 20%, pero si nos atenemos a la situación de desamparo ajena a la lesión incapacitante que pretende cubrir, pudiera entenderse cierto solapamiento con la intencionalidad del ingreso mínimo.

No obstante, el percibo de una pensión extranjera compatible con la incapacidad permanente total española requiere de un examen pormenorizado, en atención al derecho a la libre circulación de trabajadores.

### III. SITUACIONES DE INCOMPATIBILIDAD CON LA PENSIÓN EXTRANJERA

#### A. La incompatibilidad con la pensión de vejez al amparo de los reglamentos comunitarios antes de la STJUE de 15 de marzo de 2018 (aplicable en países de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo y Suiza)<sup>37</sup>

No existe en nuestro ordenamiento interno español ninguna previsión que permita utilizar las prestaciones o pensiones nacionales para suspender el derecho al complemento económico de la incapacidad permanente total cualificada. Tanto el artículo 198.1 TRLGSS como el originario artículo 6.4 del Decreto 1646/1972, de 23 junio, hacen mención a la suspensión únicamente cuando el beneficiario inicie una relación laboral. La asimilación que se realiza de las rentas sustitutivas de trabajo (pensión o prestación) como causa de suspensión del 20% se ha construido por la vía jurisprudencial<sup>38</sup>.

Esta doctrina se enmaraña cuando se aplican instrumentos internacionales y las rentas sustitutivas de salario (pensión o prestación) se causan en un país extranjero. Para salvar el obstáculo, al igual que ha ocurrido en la legislación interna, se ha hecho uso, por asimilación, de las cláusulas de salvaguarda incluidas en los Reglamentos y Convenios para los supuestos de realización de una actividad laboral en el otro Estado. Es decir, toda vez que la pensión de vejez del otro Estado tiene naturaleza de renta sustitutiva del trabajo, será incompatible con el incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total.

El artículo 12.3 del Reglamento 1408/1971 indica que las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión previstas por la legislación de un Estado miembro en el caso en que el beneficiario de prestaciones de invalidez o de prestaciones anticipadas de vejez ejerza una actividad profesional le afectarán, aunque ejerza su actividad

37. De obligada lectura el magnífico trabajo publicado por: Hierro Hierro, F. J. y Solís Prieto, C.: "La compatibilidad del incremento de la pensión de incapacidad permanente total española con una pensión de jubilación originada en otro estado de la unión europea: La consolidación de un cambio de criterio jurisprudencial con posible repercusión a nivel normativo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 19, 2019, pp. 157-169.

38. STS, Sala de lo Social, núm. 4433/2002, de 26 de enero de 2004 o STS, Sala de lo Social, núm. 1785/2004, de 13 de abril de 2005 que contemplan la incompatibilidad entre dos pensiones españolas.

profesional en el territorio de otro Estado miembro. Por analogía, le afectarán igualmente las rentas sustitutivas de estos salarios (vejez).

El Criterio de Gestión del INSS número 1/2015, se adapta a la doctrina unificada del Tribunal Supremo<sup>39</sup> que, si bien nunca se había pronunciado expresamente, en una sentencia, sobre los efectos del artículo 12.3 del Reglamento 1408/1971 en la incapacidad permanente total cualificada, sí que lo había hecho en diferentes autos de inadmisión de recurso<sup>40</sup>. Se justificaba, por un lado, en que el vacío de medios económicos que intenta cubrir el complemento de incapacidad ya no existe porque la pensión de jubilación extranjera suple la falta de rentas salariales. Por otro lado, en que no resulta procedente establecer distinciones entre pensiones de jubilación nacional (incompatibles) y pensiones de vejez causadas en otro Estado, para no hacer de mejor derecho al pensionista extranjero que al nacional. Para el Tribunal Supremo, el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 es una regla de incompatibilidad de la normativa interna española a la que no afectan los instrumentos internacionales.

Por tanto, si en el momento de reconocer la incapacidad permanente se detectaba que existía vejez de otro país, no procedía reconocer el incremento del 20% puesto que resultan incompatibles. Si se detectara el percibo de pensión extranjera incompatible en un momento posterior, se procedería a declarar la incompatibilidad (bien desde la fecha en que se reconoce el derecho al complemento, bien desde la fecha de efectos económicos de la pensión extranjera) y reclamar al interesado las cantidades indebidas con una retroactividad máxima de 4 años<sup>41</sup>.

Conviene indicar también que, en aquellos supuestos en los que el pensionista de incapacidad permanente total cualificada por España renunciara a la pensión de vejez extranjera con el propósito de seguir percibiendo el complemento, aunque la renuncia fuera aceptada por el otro Estado según su legislación interna, no sería posible conservar el 20% por suponer un perjuicio al sistema de Seguridad Social español contrario a los límites establecidos en el artículo 1902 del Código Civil. Tampoco sería de aplicación el derecho de opción, dado que este únicamente está previsto para los supuestos en los que incompatibilidad surge entre pensiones españolas<sup>42</sup>.

39. Doctrina unificada por las SSTS, Sala de lo Social, núm. de 26 de enero de 2004 y 13 de abril de 2005 (4433/2002 y 1785/2004)

40. Así ha sucedido, por ejemplo, en los Autos de 11 de septiembre de 2014 (426/2014), 24 de febrero de 2015 (2456/2014), 18 de noviembre de 2015 (184/2015) y 11 de mayo de 2017 (2998/2016). Todos ellos abordan la compatibilidad de la pensión de IPTC con una pensión abonada por sistema de Seguridad Social de otro Estado e inadmiten el recurso de casación unificador interpuesto por entender que versa sobre cuestión ya clarificada, manifestando que: "Es irrelevante la contradicción alegada en el recurso, pues la doctrina aplicada por la sentencia recurrida es coincidente con la doctrina unificada por las SSTS, Sala de lo Social, de 26 de enero de 2004 y 13 de abril de 2005 (r. 4433/2002 y 1785/2004)".

41. Artículo 55 TRLGSS.

42. Criterio de Gestión del INSS número 17/2017, disponible en [https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm?id=NORMAT\\_14511&lang=es&fcAct=Tue%20Aug%2003%2012:44:37%20CEST%202021](https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm?id=NORMAT_14511&lang=es&fcAct=Tue%20Aug%2003%2012:44:37%20CEST%202021) (acceso: 9 de agosto de 2022).

## B. La STJUE de 15 de marzo de 2018: posibilidad de compatibilizar la pensión de vejez causada al amparo de los Reglamentos Comunitarios con la pensión de incapacidad permanente total cualificada española

### 1. Existencia de discrepancias entre los órganos judiciales españoles

Hasta el año 2018, España consideraba incompatible el incremento con el percibo de una pensión de vejez extranjera causada al amparo de los reglamentos comunitarios. Es decir, el reconocimiento la pensión extranjera de vejez constituía razón suficiente para suspender el percibo del complemento del 20%<sup>43</sup>. Se aplicaba así porque, como ya se ha indicado, el beneficiario de vejez extranjera no podía ser considerado de mejor condición que quien percibía la pensión de jubilación de la Seguridad Social española y porque la pensión de vejez se asimilaba a renta sustitutiva de trabajo.

Aunque durante este tiempo también se publican otras sentencias en nuestro país que vienen a contradecir este criterio. Por ejemplo, la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, núm. 6640/2017, de 24 de septiembre de 2017<sup>44</sup>, concluye que no puede resolver sobre la existencia de incompatibilidad porque desconoce el régimen jurídico y cuantía de la pensión extranjera, no pudiendo asimilarla por este motivo a una vejez española. La normativa sólo establece la incompatibilidad entre el incremento y el trabajo remunerado, no existiendo disposición expresa que lo asimile a las rentas sustitutivas como puede ser la pensión de vejez<sup>45</sup>.

### 2. La STJUE de 15 de marzo de 2018, asunto c-431/16

Todo cambia tras la STJUE de 15 de marzo de 2018 asunto C-431/16 (Caso *Blanco Marqués*). En ella, un trabajador de nacionalidad española reclamaba su derecho a compatibilizar el incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total española (causada únicamente con cotizaciones españolas) con el percibo de una pensión de jubilación suiza (causada únicamente con cotizaciones abonadas al régimen de seguridad social obligatorio suizo). El interesado considera que la suspensión del complemento del 20% no es una mera regla de incompatibilidad sino una auténtica cláusula de reducción según los artículos 12.2 y 46 del Reglamento 1408/1971 y

43. STSJ Castilla y León, Sala de lo Social, núm. 345321/2013, de 23 de octubre de 2013 o STSJ Castilla y León, Sala de lo Social, núm. 185711/2014, de 11 de junio de 2014.

44. Este proceso finaliza con la STS, Sala de lo Social, núm. 225/2019, de 18 de marzo, en la que el Tribunal Supremo adopta la nueva doctrina europea, reconociendo la compatibilidad.

45. Ya existía un antecedente europeo previo: caso CONTI. STJUE de 22 de octubre de 1998, c-143/1997, al amparo de lo dispuesto en el artículo 46 bis, apartado 3, letra a), del Reglamento 1408/1971 o del artículo 53, apartado 3, letra a), del Reglamento 883/2001, que reconocía la compatibilidad de suplemento de pensión belga con las pensiones del titular en Italia y Alemania. Los tribunales españoles comienzan a hacer suya esta doctrina: STSJ Galicia, Sala de lo Social, núm. 4084/2017, de 26 de febrero de 2018 o STSJ Galicia, Sala de lo Social, núm. 3903/2016, de 16 de marzo de 2017.

del artículo 53, apartado 3, letra a), del Reglamento 883/2001<sup>46</sup>. El solicitante entiende que la institución competente (España) tendrá en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en otro Estado Miembro (Suiza) con el fin de evitar la acumulación de prestaciones, sólo cuando la legislación que aplique (española) establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero. Como ya se ha detallado, no existe tal norma en el derecho español.

Por su parte, la Seguridad Social española alegaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo que da lugar el Criterio de Gestión 1/2015, por el que la pensión de jubilación causada en otro Estado miembro o Suiza constituye un ingreso de sustitución de los rendimientos de trabajo que hace desaparecer la situación de necesidad protegible.

En estas circunstancias y ante la existencia de discrepancias entre el Tribunal Supremo y algunos Tribunales inferiores a la hora de resolver litigios similares<sup>47</sup>, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León al que llega el recurso de suplicación, decide plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial para que interprete los preceptos mencionados del Reglamento 1408/1971 y 883/2004. Esta cuestión se resuelve en la Sentencia del 15 de marzo de 2018 y de la que se extraen cuatro conclusiones principales<sup>48</sup> que ayudarán al tribunal nacional a resolver e interpretar claramente los artículos 4, 12, 46 bis a quarter del Reglamento 1408/1971 y los artículos 3, 10, 53 a 55 del Reglamento 883/2004<sup>49</sup>:

*a. Primera: ¿el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 es una regla de incompatibilidad (fuera del alcance de los RRCC) o una cláusula de reducción?*

Este artículo no se limita a enunciar una mera regla de incompatibilidad, sino que constituye una cláusula de reducción en el sentido del artículo 12.2 del Reglamento 1408/1971. Esto supone que podrá aplicarse la reducción o suspensión en caso de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza, incluso cuando se trate de prestaciones o ingresos adquiridos en virtud de la legislación de otro Estado Miembro, aunque con limitaciones.

46. Otras sentencias españolas que adaptan la STSJUE Caso CONTI: STSJ Asturias, Sala de lo Social, núm. 2613/2012 de 22 de febrero de 2013 o la STSJ País Vasco, Sala de lo Social, núm. 395/2014, de 18 de marzo de 2014. Interesante comentario en: Vicente Palacio, M. A.: "Compatibilidad de incremento de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total y pensión a cargo de Seguridad Social suiza STS-SOC núm. 225/2019, de 18 de marzo", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3/2019, pp. 2-3.

47. Quintanilla Navarro, R. Y.: "Compatibilidad entre el complemento español de pensión por incapacidad permanente total y la pensión de jubilación de otro estado miembro o de Suiza", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 16, 2018, pp. 185-198: "Los complejos problemas de coexistencia entre los Reglamentos de coordinación y el derecho interno de seguridad social exigen a los tribunales internos resolver conflictos jurídicos, que, en ocasiones, llegan al TJUE, sobre todo, en relación con la determinación de los efectos de las cotizaciones efectuadas en el extranjero, y con la forma de cálculo de la base reguladora" (cit. p. 187).

48. El TSJ Castilla y León plantea seis cuestiones interpretativas de las que únicamente se presenta un extracto. La sexta cuestión se plantea únicamente para el supuesto de que el TSJUE no considerara las prestaciones de la misma naturaleza.

49. La STJUE está fundamentada a partir del Reglamento 1408/1971 porque los hechos causantes de las pensiones del Sr. Blanco Marqués son de 1998 (española) y 2008 (suiza), aunque resulta igualmente aplicable cuando se trate del Reglamento 883/2004, dada la continuidad de ambas disposiciones

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>50</sup>, con la finalidad de proteger a los trabajadores de las normas nacionales de reducción, supresión o suspensión, entiende que una norma nacional debe calificarse como tal cuando el cálculo que impone tiene por efecto reducir el importe de la pensión a la que puede tener derecho el interesado debido a que percibe una prestación en otro Estado Miembro. El hecho de calificar las cláusulas de reducción nacionales como cláusulas para el cálculo o como reglas de prueba no supone que puedan eludir las condiciones y los límites de aplicación impuestos por el Reglamento 1408/1971<sup>51</sup>.

*b. Segunda: ¿se considera la interpretación del tribunal supremo del artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 “legislación del primer estado” a efectos de aplicar lo dispuesto en el artículo 46 bis, apartado 3, letra a), del Reglamento 1408/1971?*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español que, ante la falta de regulación nacional expresa, prevé la suspensión del complemento del 20% cuando se percibe una pensión de vejez extranjera por asimilarla a renta derivada o sustitutiva de actividad laboral, debe considerarse legislación del primer Estado Miembro a los efectos de lo previsto en el artículo 46 bis, apartado 3, letra a) del Reglamento 1408/1971<sup>52</sup>. Es decir, el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 y la extensión que del mismo hace el Tribunal Supremo español sí que pueden ser aplicados como cláusulas de reducción que son, a un ingreso extranjero (en este caso la pensión de Suiza).

*c. Tercera: naturaleza de las prestaciones*

Un complemento de pensión de incapacidad permanente total concedido a un trabajador en virtud de la legislación de un Estado Miembro y una jubilación adquirida por el mismo trabajador en otro país, se consideran prestaciones de la misma naturaleza a los efectos del Reglamento 1408/1971<sup>53</sup>, por lo que podría entrañar su incompatibilidad.

Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las prestaciones de Seguridad Social son de la misma naturaleza cuando su objeto y su finalidad, así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean idénticos. Por el contrario, no deben considerarse elementos constitutivos para la clasificación de las prestaciones las características meramente formales<sup>54</sup>.

50. Véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de marzo de 2002, *Insalaca*, C 107/00, EU:C:2002:147, apartado 16 y jurisprudencia citada, y de 7 de marzo de 2013, *van den Booren*, C 127/11, EU:C:2013:140, apartado 28 (cit. de la STSJUE de 15 de marzo de 2018).

51. Las sentencias de 22 de octubre de 1998, *Conti*, C 143/97, EU:C:1998:501, apartado 24, y de 18 de noviembre de 1999, *Van Coile*, C 442/97, EU:C:1999:560, apartado 27 (cit. de la STSJUE de 15 de marzo de 2018).

52. En su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008.

53. En su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008.

54. Véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de julio de 1983, *Valentini*, 171/82, EU:C:1983:189, apartado 13; de 11 de agosto de 1995, *Schmidt*, C 98/94, EU:C:1995:273, apartados 24 y 31, y de 18 de julio de 2006, *De Cuyper*, C 406/04, EU:C:2006:491, apartado 25 (cit. de la STSJUE de 15 de marzo de 2018).

Tanto la pensión de incapacidad permanente cualificada como la pensión de vejez tienen por objeto garantizar medios de subsistencia a los trabajadores que, habiendo alcanzado una cierta edad, presentan dificultades para encontrar empleo (no actúa supliendo la merma de ingresos como lo haría el desempleo cuando el trabajador aún tiene capacidad para trabajar<sup>55</sup>). Además, confirma esta conclusión el hecho de que la normativa española asimila ficticiamente, al llegar a la edad de jubilación, la pensión de incapacidad permanente total a la pensión de vejez, existiendo jurisprudencia previa que indica que, en estos supuestos, las pensiones han de considerarse de idéntica naturaleza<sup>56</sup>.

#### *d. Cuarta: ¿qué disposiciones concretas del Reglamento 1408/1971 hay que aplicar en materia de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza?*

Una norma nacional que prohíbe la acumulación (como lo es el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972), no será de aplicación a una prestación calculada sin totalización de cuotas si esta prestación no está incluida en el anexo correspondiente del Reglamento aplicable.

Es decir, para poder hacer valer el principio de prohibición de acumulación de prestaciones del artículo 12.2 del Reglamento 1408/1971<sup>57</sup> sobre una prestación calculada según el artículo 46.1.a.i), estas prestaciones deben cumplir los dos requisitos acumulativos del artículo 46.3.2.a) y del artículo 54 del Reglamento 883/2004, esto es: que se trate de una prestación cuyo importe sea independiente de la duración de los periodos de seguro o de residencia cumplidos (ambas prestaciones han sido calculadas sin mecanismos de totalización o prorrateo) y si la prestación se menciona en el anexo correspondiente (anexo IX del Reglamento 883/04 y anexo IV.D del Reglamento 1408/71), cosa que no ha ocurrido.

### *3. Conclusión primera*

Era preciso corregir el criterio jurisprudencial por el que se asimilaba la vejez causada por normativa nacional a la vejez causada al amparo de los Reglamentos Comunitarios, pues es diferente que el mismo sistema abone dos prestaciones a que lo hagan dos sistemas diferentes de Seguridad Social cuando cada uno de ellos atiende únicamente a las cotizaciones propias<sup>58</sup>.

55. Véase, en este sentido, la sentencia de 18 de julio de 2006, *De Cuyper*, C 406/04, EU:C:2006:491, apartado 27 (cit. de la STSJUE de 15 de marzo de 2018).

56. Sentencias de 2 de julio de 1981, *Celestre y otros*, 116/80, 117/80 y 119/80 a 121/80, EU:C:1981:159, apartado 11 y jurisprudencia citada, y de 18 de abril de 1989, *Di Felice*, 128/88, EU:C:1989:153, apartado 13 (cit. de la STSJUE de 15 de marzo de 2018).

57. En su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008

58. Vicente Palacio, M. A.: "Compatibilidad de incremento de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total y pensión a cargo de Seguridad Social suiza STS-SOC núm. 225/2019, de 18 de marzo", ob. cit., p. 5.

Efectivamente resulta necesario aplicar la incompatibilidad, según las normas nacionales (jurisprudencia del Tribunal Supremo), del incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total con el percibo de una pensión de vejez extranjera. No obstante, al ser considerado una cláusula de reducción, suspensión o supresión de prestaciones (norma de no acumulación), en la práctica, no es aplicable por no estar incluida en el Anexo correspondiente, cuando esta última prestación se ha calculado sin aplicar las normas sobre totalización<sup>59</sup>.

### C. Pensiones de vejez causadas al amparo de los convenios bilaterales y el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, suscritos por España

La STJUE del 15 de marzo de 2018 no implica un cambio de jurisprudencia en relación con la incompatibilidad del complemento cuando se trata de pensiones nacionales. Tampoco ha variado la consideración hacia las pensiones causadas en torno al Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), ni al resto de pensiones resueltas por países con los que España tiene suscrito el correspondiente Convenio Bilateral. En estos casos sigue siendo de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo anterior a 2018<sup>60</sup> y recogida en el Criterio de Gestión del INSS 1/2015 que considera la suspensión del complemento del 20% como una regla de incompatibilidad.

El CMISS incluye en su artículo 13.5 la salvaguarda que permite reducir, retener o suspender las pensiones causadas a su amparo, aunque la actividad se ejerza en el territorio de otro Estado Parte, aplicándose del mismo modo a las rentas extranjeras que sustituyen esta actividad laboral.

En todos los convenios bilaterales suscritos por España se incluyen cláusulas similares de salvaguarda salvo Canadá, Estados Unidos, Japón, Rusia y Ucrania. Así se recoge en el artículo 22.3 del Instrumento de ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001 o el artículo 16.4 del reciente Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Senegal, hecho ad-referéndum en Dakar el 22 de noviembre de 2020.

#### 1. Conclusión segunda

De acuerdo con la regulación contenida en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y en los Convenios Bilaterales suscritos por España que introducen la

59. Criterio de gestión del INSS número 19/2018, disponible en [https://transparencia.gob.es/servicios-buscar/contenido/normativaconsulta.htm?id=NORMAT\\_14643&lang=es&fcAct=Tue%20Aug%2003%2012:45:16%20CEST%202021](https://transparencia.gob.es/servicios-buscar/contenido/normativaconsulta.htm?id=NORMAT_14643&lang=es&fcAct=Tue%20Aug%2003%2012:45:16%20CEST%202021) (acceso: 9 de agosto de 2022). Este criterio se aplicó a los expedientes pendientes de resolución en la fecha de publicación (3 de agosto de 2018) y a los iniciados con posterioridad.

60. Vicente Palacio, M. A.: "Compatibilidad de incremento de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total y pensión a cargo de Seguridad Social suiza STS-SOC núm. 225/2019, de 18 de marzo", ob. cit., p. 7. "Esta interpretación es a la que se refiere el TJUE (*Blanco Marqués*) cuando se refiere a que la interpretación que los Tribunales realizan de una disposición legislativa nacional integra el concepto de "legislación" al que se refiere la norma comunitaria".

cláusula de salvaguarda que permite la suspensión, reducción o retención de las pensiones propias cuando se realiza una actividad en el otro Estado Parte y, no existiendo doctrina jurisprudencial contraria aplicable al caso, el incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total es incompatible con la pensión de vejez reconocida por el otro Estado, dado que esta pensión participa de la naturaleza de renta sustitutiva de trabajo y debe darse el mismo tratamiento que la vejez causada en España<sup>61</sup>.

Los convenios bilaterales suscritos con Canadá, Estados Unidos, Japón, Rusia o Ucrania no contienen esta salvaguarda por lo que ni los ingresos procedentes de trabajo ni las rentas sustitutivas de estos ingresos que se causen en ellos, podrán ser tenidas en cuenta a efectos de suspender el incremento del 20%.

#### IV. A MODO DE REFLEXIÓN

La STJUE de 15 de marzo no hace sino poner de manifiesto, una vez más, la complejidad en la aplicación de los instrumentos internacionales de coordinación de sistemas de Seguridad Social que acarrea una enorme dificultad en su correcta aplicación e interpretación<sup>62</sup>.

En el ámbito de aplicación de los Reglamentos Comunitarios la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea modificó, como no podía ser de otro modo, la doctrina seguida por el Tribunal Supremo en cuanto a la compatibilidad. La STS, Sala de lo Social, núm. 4102/2016, de 29 de junio de 2018, fue la primera en introducir el cambio de criterio por una razón doble: Por un lado, debía considerarse lo diferente que resulta que el mismo sistema abone dos prestaciones a que lo hagan dos distintos sistemas de Seguridad Social y que cada uno de ellos atienda solo a las cotizaciones realizadas en el seno de este. Por otro lado, de modo decisivo, era preciso atenerse a la doctrina derivada de la STJUE de 15 marzo 2018.

A esta le siguen muchas más: STS, Sala de lo Social, núm. 225/2019, de 18 de marzo, STS, Sala de lo Social, núm. 5560/2018, de 19 de noviembre, STS, Sala de lo Social, núm. 2448/2018, de 14 de marzo de 2019, 225/2019, de 18 de marzo de 2019, STS, Sala de lo Social, núm. 2285/2018, de 19 de mayo de 2020 o la STS, Sala de lo Social, núm. 4102/2016, de 29 de junio de 2018, que tratan la compatibilidad con pensiones abonadas por países diferentes a Suiza (Francia o Alemania, entre otros), aunque este detalle no afecta al fondo de la cuestión. No obstante, la Entidad Gestora española ha asumido la doctrina interpretativa desde el 3 de agosto de 2018, fecha de publicación del Criterio de Gestión 19/2018 por el que se resolverán siguiendo estas directrices tanto los expedientes pendientes como los iniciados a partir de entonces.

61. Criterio de Gestión del INSS número 1/2015, disponible en [https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm?id=NORMAT\\_14459&lang=es&fcAct=Tue%20Aug%2003%2012:34:25%20CEST%202021](https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm?id=NORMAT_14459&lang=es&fcAct=Tue%20Aug%2003%2012:34:25%20CEST%202021) (acceso: 9 de agosto de 2022).

62. Quintanilla Navarro, R. Y.: "Compatibilidad entre el complemento español de pensión por incapacidad permanente total y la pensión de jubilación de otro Estado miembro o de Suiza", ob. cit., p. 198.

Esta nueva doctrina tiene un alcance material muy concreto y no es extrapolable cuando se trata de pensiones de vejez españolas. Es preciso diferenciar entre la normativa interna y la regulación comunitaria (de coordinación), cuya aplicación sólo entra en juego en supuestos de sujeción a la normativa de varios Estados miembros<sup>63</sup>.

Tampoco es de aplicación para Convenios Bilaterales o pensiones causadas al amparo del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Para poder extender el ámbito material de aplicación, sería aconsejable el desarrollo de un reglamento específico para la incapacidad permanente total cualificada que desarrollara todos esos vacíos normativos que se han ido rellenando a golpe de sentencia o, como poco, corregir el criterio jurisprudencial para equiparar el tratamiento otorgado en todos los supuestos.

No tiene sentido rebajar al 55% la pensión de la persona mayor de 55 años que encuentra un empleo compatible o adquiere una renta sustitutiva de trabajo y permitir compatibilizar el trabajo a tiempo completo con la pensión de incapacidad permanente absoluta, la gran invalidez o la jubilación a tiempo completo (supuestos que debilitan la interpretación jurisprudencial que se realiza del concepto de reducción de empleabilidad efectiva)<sup>64</sup>. Por otro lado, la ausencia de regulación en torno a la compatibilidad con el ingreso mínimo vital ocasiona cierto solapamiento sobre el ámbito de protección de ambas prestaciones.

La dispersa y escueta regulación actual de la incapacidad permanente total, en general, y la cualificada en particular, ocasionan interpretaciones dispares de los órganos judiciales en supuestos similares<sup>65</sup>. Resulta totalmente aconsejable la elaboración de un reglamento específico que aclare y regule conceptos, terminando así con el problema de la creciente inseguridad jurídica.

## Bibliografía

- Arufe Varela, A.: "Cuestiones jurisprudenciales recientes acerca de la Incapacidad Permanente Total Cualificada", *Tribuna Social*, núm. 121, 2001.
- De Val Tena, Á. L.: "Incapacidad Permanente. Concepto, grados y requisitos", en Monereo Pérez J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum. Murcia. 2017.
- Fernández Domínguez, J. J.: "Dies a quo de la pensión de incapacidad revisada, incapacidad permanente total cualificada en situaciones de cómputo recíproco de cotizaciones y coeficiente reductor en jubilación anticipada de prejubilado a través de expediente de regulación de empleo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social- Laborum*, núm. extraordinario, 2021.
- Fernández Urrutia, A.: "La prestación de incapacidad permanente total "cualificada" en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: ámbito de aplicación temporal.: Comentario a la SJS núm. 2 de Mataró, de 28 de junio de 2004 (AS 2004,2054)", *Aranzadi Social*, núm. 3, 2004.

63. Vicente Palacio, M. A.: "Compatibilidad de incremento de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total y pensión a cargo de Seguridad Social suiza STS-SOC núm. 225/2019, de 18 de marzo", ob. cit., p. 1.

64. Vicente Palacio, M. A.: "Compatibilidad de incremento de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total y pensión a cargo de Seguridad Social suiza STS-SOC núm. 225/2019, de 18 de marzo", ob. cit., p. 9.

65. Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (a casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)", ob. cit.

- Gala Durán, C.: "La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011", *Temas Laborales*, núm.122. 2013.
- García Ninet, J. I. y Barceló Fernández, J.: "Las prestaciones de Seguridad Social: Concepto y Tipología", en Monereo Pérez J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum. Murcia. 2017.
- Hierro Hierro, F. J. y Solís Prieto, C.: "La compatibilidad del incremento de la pensión de incapacidad permanente total española con una pensión de jubilación originada en otro estado de la unión europea: La consolidación de un cambio de criterio jurisprudencial con posible repercusión a nivel normativo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm..19, 2019.
- López Aniorte, M. C.: "Reseña jurisprudencial Invalidez Permanente total cualificada y RETA", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 11. 1991.
- López Insua, B. M.: "Modificación y revisión judicial del grado de Incapacidad Permanente: singularidades en torno a su nueva calificación en Sentencia de suplicación", *Temas Laborales*, núm. 143, 2018.
- Martínez Girón, J.: "Incapacidad permanente total cualificada", *Revista de Política Social*, núm. 132. 1981.
- Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M.: "La Incapacidad Permanente: régimen de compatibilidades e incompatibilidades", en Barrios Baudor, G. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Derecho vivo de la Seguridad Social. V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2020*, Laborum, Murcia, 2021.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (a casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 8, 2016.
- Pérez Alonso, M. A.: "RETA y SETA. El incremento del 20 % en la Incapacidad permanente total cualificada y su posible inconstitucionalidad en los requisitos de acceso", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 11, 2017.
- Quintanilla Navarro, R. Y.: "Compatibilidad entre el complemento español de pensión por incapacidad permanente total y la pensión de jubilación de otro Estado miembro o de Suiza", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 16, 2018.
- Rodríguez Iniesta, G.: "Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, 2016.
- Romero Ródenas, M. J. y López Gandía, J.: *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- Romero Ródenas, M. J. y Tarancón Pérez, E.: *Manual de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, 6º ed. revisada*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- Sanz Sáez, C.: "La difusa frontera entre la pretensión de las partes y la adaptación del juez de las consecuencias legales en la incapacidad permanente total cualificada (Con ocasión de la STS, Sala de lo Social, de fecha 12 de febrero de 2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm.27, 2021.
- Trillo García, A.: "Algunos problemas en relación con la pensión de incapacidad permanente total", en VV. AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación. I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017.
- Trillo García, A.: "La doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre prestaciones de incapacidad permanente dictada en el tercer milenio", en Barrios Baudor, G. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Derecho vivo de la Seguridad Social. V Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2020*, Laborum, Murcia, 2021.
- Vicente Palacio, M. A.: "Compatibilidad de incremento de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total y pensión a cargo de Seguridad Social suiza STS-SOC núm. 225/2019, de 18 de marzo", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3/2019.
- Vila Tierno, F.: "Incapacidad permanente total cualificada, percepción automática del complemento", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 27, 2021.



## Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar

### A NEW DIRECTION IN THE LABOR RELATIONS OF DOMESTIC SERVICE WORKERS

**Josefa Romeral Hernández**

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

[josefa.romeral@urjc.es](mailto:josefa.romeral@urjc.es) 0000-0003-3260-8240

Recibido: 23.11.2022 | Aceptado: 15.12.2022

#### RESUMEN

El trabajo al servicio del hogar es una de las fuentes de empleo más importantes tanto por el número de trabajadores que ocupa como por su contribución al funcionamiento general de la economía y la vida social. Sin embargo, ha sido una de las formas de trabajo más precarias, peor remuneradas y desprotegidas a lo largo de la historia debido al desprestigio que envuelve el contenido de la actividad, desarrollado fundamentalmente por mujeres en el domicilio del empleador; lo que dificulta su organización como colectivo y el control de las condiciones de trabajo. El reciente Real Decreto-ley 16/2022 para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, viene a saldar la deuda histórica con este colectivo, removiendo los preceptos de la normativa laboral que suponen una diferencia de trato carente de justificación objetiva, como son: la protección por desempleo, la exclusión de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la protección por el Fondo de garantía salarial y la extinción del contrato sin causa, entre otras, para adecuarlas a las exigencias de normativa Europea y el Convenio 189 de la OIT recientemente ratificado por España. Todas ellas, cuestiones objeto de análisis en este estudio junto con las acciones pendientes a futuro.

#### ABSTRACT

Domestic work is one of the most important sources of employment because of the number of domestic workers there are, as well as for its contribution to the general functioning of the economy and social life. However, it has been one of the most precarious, worst paid, and unprotected forms of work throughout history due to the discredit that surrounds the content of the activity, carried out mainly by women in the employer's home; which makes it difficult to organize and control working conditions. The recent RD-law 16/2022 for the improvement of working conditions and Social Security of domestic workers, aims to end this historical disadvantage, removing the

#### PALABRAS CLAVE

Trabajadoras al servicio del hogar  
Seguridad y salud  
Desempleo  
Extinción de contrato  
Fondo de Garantía Salarial  
Ley de prevención de riesgos laborales

#### KEYWORDS

Domestic service workers  
Health and security  
Unemployment  
Termination of contract  
Guaranteed salary fund  
Law of prevention of labor risks

precepts of labor regulations that create treatment inequalities without objective justification, such as: unemployment protection, exclusion from the Occupational Risk Prevention Law, protection by the Wage Guarantee Fund and termination of the contract without cause, among others, to adapt them to the requirements of European regulations and ILO Convention 189 recently ratified by Spain. All of them are issues that are the object of analysis in this study together with the actions that need to be taken in the future.

## SUMARIO

- I. PARTICULARIDADES DEL TRABAJO DOMÉSTICO
  - II. MARCO NORMATIVO
  - III. HACIA UNAS CONDICIONES DE TRABAJO DIGNAS
    - A. Cobertura por desempleo
      1. *Reconocimiento del derecho*
      2. *Nuevas reglas de cotización*
        - a) *Bases de cotización*
        - b) *Tipos de cotización aplicables*
      3. *Otras cuestiones relacionadas con la cotización*
      4. *Requisitos de inscripción*
      5. *Beneficios en las cotizaciones*
    - B. Contrato de trabajo: forma y efectos
    - C. Extinción de la relación laboral
    - D. Protección del Fondo de Garantía Salarial
    - E. Seguridad y salud
    - F. Hacia un cuadro de enfermedades profesionales con perspectiva de género
    - G. Cualificación profesional
  - IV. PROPUESTA DE ACCIÓN A FUTURO
- Bibliografía

## I. PARTICULARIDADES DEL TRABAJO DOMÉSTICO

El trabajo doméstico es una de las fuentes de empleo más importantes tanto por el número de trabajadores que ocupa<sup>1</sup>, como por su contribución al funcionamiento general de la economía y la vida social<sup>2</sup>. 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 país<sup>3</sup>. Según un estudio de OIT, España es

1. La OIT en su informe sobre Trabajo doméstico, 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](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 el número de afiliados a la Seguridad Social en febrero de 2022 se situó en 19.694.272 personas, de los cuales 378.285 lo son al Régimen especial de empleados del hogar, con una afiliación media. Pueden verse estadísticas: en: <https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/seguridadsocial/detalle/4217>.

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.

el país de Europa con mayor número de empleados domésticos, seguido de Francia e Italia<sup>4</sup>.

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 actividad<sup>5</sup>. Según la encuesta de población activa en 2020 más de un 25% de la población activa dedicada al trabajo en el hogar realizaría su actividad en modo irregular<sup>6</sup>.

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 laboral<sup>7</sup>, y en los que lo está, como en el nuestro, se ha hecho de forma limitada en relación a otras categorías de trabajadores. Esta situación es fruto de las particularidades que envuelven el trabajo doméstico y su consideración social como:

1. El contenido del trabajo incluye una multiplicidad de tareas consideradas socialmente competencia de las mujeres (limpieza, comida, cuidado de niños, enfermos, ancianos, etc.), lo que demuestra la alta feminización del sector. A nivel mundial la feminización alcanza el 88,7% de la población que lo ocupaba, de la que el 8,6% son niñas<sup>8</sup>, constituyendo una fuerza de trabajo dispuesta a la emigración en los países en desarrollo con escasas oportunidades de empleo. Estas circunstancias 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<sup>9</sup>. En España de los 389.000 trabajadores en alta laboral en el Sistema Especial de empleados del hogar en 2021, el 96% son mujeres<sup>10</sup>. Del total de trabajadores en alta en 2021, el 42% son extranjeras y de estos el 94% son mujeres<sup>11</sup>.

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 378.285 en febrero de 2022. Las variaciones absolutas acumuladas son de un -4,7% en 2017, -8,7% en 2018, -13,1% en 2019, y -21,4% en 2020.

6. Según los datos de las encuestas de población activa, en 2020 son 470.700 personas dedicadas al servicio doméstico, de los cuales solo 364.300 trabajadores se encontraban 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*.

8. Ver informe en: [https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS\\_617090/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS_617090/lang-es/index.htm).

9. El preámbulo del Convenio 189 OIT sobre el trabajo doméstico, pone de manifiesto la infravaloración e invisibilidad del trabajo doméstico, y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de ellas migrantes, lo que las hace especialmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo, así como a otros abusos de derechos humanos.

10. Según el Anuario de Estadística laboral para 2020, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de los 389.000 trabajadores en alta del Sistema Especial 371,000 son mujeres. Ver en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2021/AFI/AFI.pdf>.

11. Según el Anuario de Estadística laboral para 2021, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 161.533 trabajadores extranjeros afiliados y en alta en el régimen especial de Empleados de Hogar, 152.042 eran mujeres. Ver en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2021/AFI/AFI.pdf>.

2. La percepción social de las tareas desarrolladas por este colectivo han sido consideradas tradicionalmente como propias de la mujer, lo que cualitativamente lleva asociada una desvalorización profesional importante. El trabajo doméstico se considera 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 que dejan mucho que desear.
3. La prestación del trabajo en 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, imprimen un halo de indemnidad a las condiciones de trabajo difícilmente controlables por la Autoridad Laboral. A ello se une que al desarrollarse la actividad en el círculo de convivencia familiar es difícil su organización como colectivo y el ejercicio de la actividad sindical, con la consiguiente ausencia de negociación colectiva y olvido del colectivo por los sindicatos.
4. 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.

Teniendo en cuenta esta situación, la preocupación de la OIT por este sector de actividad ha sido una constante en el tiempo, planteando la necesidad de integrarlo dentro de su objetivo fundamental de trabajo decente, y proporcionando incentivos y orientación a los Estados miembros para facilitar el acceso a condiciones de trabajo dignas a estos trabajadores. Con este objetivo se aprueba el Convenio 189 y la Recomendación 201, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos<sup>12</sup>, el cual establece un cuadro de derechos laborales básico y las actuaciones recomendadas para su consecución.

A nivel interno, el avance en la regulación de derechos y protección social de este colectivo ha sido lento a lo largo del tiempo, lo que ha perpetuando condiciones de trabajo precarias y lagunas que incidían en la discriminación múltiple, lo que condenaba a un sector de la población, mayoritariamente mujeres, a la pobreza y desprotección social a lo largo de la vida y especialmente en el periodo de vejez. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) nos ha proporcionado un pronunciamiento<sup>13</sup> que ha venido a cambiar el rumbo de los derechos sociales del colectivo, con la consiguiente mejora de las condiciones de trabajo y la dignificación de una profesión tradicionalmente desvalorizada, pero imprescindible para el crecimiento social y económico.

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

13. Sentencia de 24 de febrero de 2022 (Sala Tercera), Asunto C-389/20.

Con el objeto de adecuar nuestro derecho a las exigencias europeas de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, aparece el reciente Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar<sup>14</sup>. La norma aprovecha para hacer una revisión de determinados aspectos de la normativa sociolaboral a efectos de llevar a cabo la equiparación de condiciones y eliminación de tratamientos diferenciales e injustificados que generaban desventajas en los términos requeridos tanto por la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea como por el Convenio 189 de la OIT, entre otros los derechos de Seguridad y Salud laboral.

Con este estudio pretendemos poner de relieve los cambios operados por la reciente Ley en la normativa sociolaboral que sin duda propiciarán la mejora de las condiciones de trabajo y vida del colectivo de trabajadoras del hogar, así como poner de manifiesto las cuestiones pendientes que deben ser objeto de tratamiento y desarrollo en regulaciones futuras, de manera que el trabajo del hogar familiar ostente la importancia que merece en consonancia con el contenido de las nuevas políticas públicas de conciliación y corresponsabilidad en las que se enmarca tanto el Plan Nacional Corresponsable como los planes autonómicos.

## II. MARCO 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 1959<sup>15</sup> constituyó el Montepío Nacional del Servicio Doméstico<sup>16</sup>. 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 cuatro décadas, hasta la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (LAAMSS)<sup>17</sup> que, en el marco del proceso de racionalización y simplificación del sistema, decidió transformar el Régimen Especial en Sistema Especial.

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

14. BOE de 8 de septiembre de 2022.

15. BOE de 24 de marzo.

16. El decreto nace con la intención de proporcionar al colectivo las prestaciones establecidas en la Ley de 19 de julio de 1944, que no había conseguido consolidarse. Esta Ley 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.

17. BOE de 2 de agosto.

entonces estaban privados de ella. Paralelo en el tiempo la Ley 27/2011 –modificada por el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre<sup>18</sup>, 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. En la actualidad el Sistema Especial de empleados de hogar se encuentra regulado en la Sección 1ª del Capítulo XVIII del Título II de la LGSS, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre<sup>19</sup>, denominada “Sistema Especial para empleados de hogar”.

En consonancia con los avances en protección social, la disposición adicional trigésima novena del Real Decreto 27/2011 habilitó al Gobierno para modificar la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar. Con este fin se aprueba el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre<sup>20</sup>, que derogó el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que regulaba la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar. La voluntad de ambas normas residía 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 consiguiera plenamente, ya que las especialidades que fundamentaban un trato diferenciado en la protección siguieron vigentes. A pesar de los cambios normativos operados, persistieron diferencias que perpetuarían la tradicional desprotección del colectivo, como la exclusión de la protección por desempleo, la prevención de riesgos laborales y del Fondo de Garantía Salarial, o las diferencias en materia de despido.

En el caso de los derechos sociales, razones de oportunidad política ligadas a la situación económica en la que se llevó a cabo la reforma llevaron a no extender la protección por desempleo a los empleados del hogar. Consciente el legislador de la carencia, la propia norma dejó abierta la vía para que en un futuro la protección por desempleo se incluyera en el ámbito del Sistema especial de empleados del hogar, remitiendo la cuestión a la futura regulación de la relación laboral [disposición adicional 39ª, apartado 3.f) de la Ley 27/2010]. En cumplimiento de esta remisión el Real Decreto 1620/2011, regulador de la relación laboral especial, en su disposición adicional 2ª volvió a aplazar la protección por desempleo, previendo que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social constituyera un grupo de expertos para estudiar la viabilidad de la implantación de la protección, ello adaptado a las peculiaridades de la actividad que garantizara el principio de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera.

Por otro lado, la misma disposición, en su apartado segundo, se comprometió a la realización de un estudio a fin de valorar la viabilidad de aplicar plenamente el régimen de extinción del contrato de trabajo de la relación laboral común establecido en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como la posibilidad de incluir el desistimiento del empleador, entendido como pérdida de confianza en el empleado, en alguna de las causas comunes

18. BOE de 31 de diciembre.

19. BOE de 3 de octubre.

20. BOE de 17 de noviembre.

de extinción del contrato de trabajo establecidas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. El pronóstico del legislador se ha alargado hasta fechas recientes en que se ha aprobado el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, que viene a saldar la deuda histórica de protección y equiparación de derechos de este colectivo con el resto de los trabajadores por cuenta ajena.

Paralelo en el tiempo se incorporaría la actuación de la OIT en 2011 con la adopción del convenio 189 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos, y la Recomendación 201 que lo complementa, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Tanto el Convenio como la Recomendación indican en la necesidad de que los Estados establezcan normas reguladoras de esta ocupación que favorezcan la mejora de las condiciones de trabajo, la protección social y el diálogo social. En ellos se definen los elementos que requieren especial atención respecto a las condiciones de trabajo como son la determinación del tiempo de trabajo, limitación de la edad para trabajar, tutela de los trabajadores migrantes y la protección de la seguridad y salud en el trabajo. Por lo que respecta a la protección social dirige un mandato a los estados a fin de garantizar condiciones no menos favorables que las aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive lo relativo a la maternidad. Este Convenio, que brinda una oportunidad para corregir la tradicional carencia de protección de estos trabajadores, tras mucha crítica por la doctrina y fomento desde instancias comunitarias promoviendo la adhesión, finalmente ha visto su ratificación por España el 9 de junio de 2022.

La ratificación de este Convenio implica un gran avance para dignificar el trabajo al servicio del hogar, a la vez que una apuesta por la regulación de la economía sumergida y protección de las trabajadoras migrantes que en su mayoría ocupan el trabajo en régimen de pernocta en el hogar familiar. A su vez, al ser un empleo ocupado mayoritariamente por mujeres, supone un progreso en la igualdad de género, como veremos en detalle en apartados sucesivos. La decisión que ha llevado a España a ratificar el Convenio, largamente demorado, proviene en gran parte de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 24 de febrero de 2022<sup>21</sup>, la cual dictaminó que España estaba incurriendo en una discriminación indirecta contraria a la 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, por no reconocer el derecho a la protección por desempleo a las personas empleadas del hogar familiar en su gran mayoría mujeres.

Aunque el Tribunal Europeo se pronunció solo sobre el carácter discriminatorio de la regulación laboral respecto de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato, la Sentencia tuvo como consecuencia directa, no solo la ratificación del Convenio 189, sino el reconocimiento del Gobierno de su compromiso por culminar el proceso de equiparación de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar con

21. Asunto C 389/20.

el resto de los trabajadores por cuenta ajena, que fue formulado en la Ley 27/2011 de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y el Real Decreto 1620/2011, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del hogar familiar, en consonancia con el Convenio 189, y que más de una década después seguían pendientes.

Para dar respuesta a este compromiso se aprueba el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre de 2022, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, el cual opta por revisar no solo la protección por desempleo sino de modo integral la regulación de las condiciones de trabajo en las que pudiera aplicarse de forma clara las consideraciones jurisprudenciales sobre el carácter discriminatorio del tratamiento diferenciado respecto al resto de actividades laborales. Así las cosas, la norma, sin olvidar las peculiaridades relevantes de la actividad laboral como: que la persona empleadora no tiene entidad empresarial; que la prestación de servicios se produce en un ámbito privado; la alta variabilidad en las jornadas (desde el tiempo parcial muy reducido a la jornada completa); la pluralidad, en determinados supuestos, de personas empleadoras, y de otras circunstancias, reconoce la necesidad de establecer los límites materiales de la configuración jurídica de la diferencia de trato regulada en las normas anteriores, ya que en este caso no solo suponen una reducción del nivel de protección, sino una tutela de derechos inferior a la prevista respecto de la relación laboral común. Ello unido a que es una profesión desarrollada mayoritariamente por mujeres resulta constitutivo de discriminación de género, y teniendo en cuenta que un alto porcentaje de estas son extranjeras también puede ser constitutivo de discriminación por origen racial o étnico, prohibido de forma explícita en nuestra normativa laboral [art. 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores], tanto en el empleo como en las condiciones de empleo.

En consecuencia, la norma tiene como objetivo determinar de entre los preceptos aplicables a las personas trabajadoras del hogar, aquellos cuya diferencia respecto del ordenamiento laboral o social común no están justificados por razón de las peculiaridades de esta prestación de servicios, constituyendo para este colectivo, compuesto casi de manera exclusiva por mujeres, una diferencia de trato o una desventaja particular carente de justificación objetiva y razonable y que, por ello, deben ser objeto de revisión, corrección y, en su caso, derogación. En virtud de este objetivo les extiende la protección por desempleo, tanto contributivo como no contributivo, en idénticas condiciones a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, aunque con ciertas especialidades relativas al cálculo de las bases y tipos de cotización aplicables. Acaba con la exclusión expresa del colectivo del ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de riesgos laborales, garantizando así una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo doméstico, aunque con las especialidades que le son propias. Las incluye dentro de la protección del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). Y, altera varios artículos del Real Decreto 1620/2011 relativos tanto a la aplicación de la normativa laboral común con carácter supletorio, como a la forma del contrato y, especialmente, lo relativo a la extinción del contrato, poniendo fin al desistimiento unilateral y sin causa. Todas ellas condiciones que desgranaremos en el siguiente capítulo de este estudio.

### III. HACIA UNAS CONDICIONES DE TRABAJO DIGNAS

#### A. Cobertura por desempleo

El derecho a la protección por desempleo está recogido en el artículo 41 de nuestra Constitución como un derecho general al establecer 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” (art. 41). En desarrollo del mandato el artículo 264.1 LGSS establece que todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General están cubiertos por la protección contra el desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia. A pesar del mandato Constitucional de protección generalizada especialmente en caso de desempleo, el artículo 251.d) LGSS disponía la exclusión de la protección a los empleados del hogar, con la consiguiente falta de cotización por la contingencia.

Esta desigualdad en el nivel de protección ha sido una reivindicación histórica desde la doctrina más autorizada, sindicatos y asociaciones de trabajadoras del hogar, al tratarse de uno de los déficit más importantes que tenía nuestro sistema en relación con el principio de igualdad, pues no olvidemos que esta desprotección social hundía sus raíces en patrones de segregación laboral con fuertes connotaciones de género, dado que es una profesión socialmente asignada a las mujeres y ejercida tradicionalmente por ellas. La ausencia de protección por desempleo pudo tener justificación en los orígenes de su regulación a través del Real Decreto 2346/1969, pero en la actualidad carecía de justificación objetiva, puesto que estamos ante un colectivo de auténticos trabajadores por cuenta ajena, a los que se daba un trato diferenciado en relación con otros trabajadores en sus mismas circunstancias laborales como son los cuidadores a domicilio contratados por empresas o instituciones públicas y teletrabajadores.

La ausencia de protección igualmente chocaba con el derecho internacional al tratarse de un derecho reconocido por las normas internacionales del trabajo y por Naciones Unidas a todos los ciudadanos en igualdad<sup>22</sup>. El derecho a la igualdad del artículo 14 de nuestra constitución en relación con el 41 relativo al derecho a la Seguridad Social para todos los ciudadanos, especialmente en caso de desempleo, se corresponde con el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe toda discriminación por razón de sexo, raza [...], y los artículos 12 y 23 de la Carta Social Europea, por los que todas las personas tienen derecho a la Seguridad Social en igualdad.

Más específicas, la Directiva 79/7, 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, en su artículo 4.1 establece que el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, [...] particularmente en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes de Seguridad Social y las condiciones de acceso a los mismos. En la misma línea, la Directiva 2006/54

22. <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/social-protection/lang--es/index.htm>.

sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo, en su art. 5 b), prohíbe la discriminación directa o indirecta por razón de sexo en lo relativo a la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones. El artículo 9.e) de esta Directiva considera contrario al principio de igualdad “establecer condiciones diferentes de concesión de prestaciones o reservar estas a trabajadores de uno de los sexos”.

Las razones que tradicionalmente se han alegado desde los poderes públicos para su exclusión están relacionadas con las peculiaridades del empleo doméstico, fundamentalmente la dificultad que plantea el control del fraude, teniendo en cuenta la peculiaridad del centro de trabajo: el hogar familiar, dotado de protección a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio recogidos en el artículo 18 CE. De otro lado se ha alegado la dificultad de contabilizar las horas realmente trabajadas, a efectos de cotización vinculada al tiempo de trabajo y al salario. Como hemos señalado al principio del trabajo, más de un 25% de la población activa dedicada al trabajo en el hogar realizaría su actividad en modo irregular<sup>23</sup>, y en muchos casos se trata de inmigrantes indocumentadas<sup>24</sup>. A esto se unía la falta de control sobre la decisión de extinción del contrato por desistimiento, lo que permitía al titular del hogar familiar desistir de la relación de empleo doméstico sin necesidad de alegar causa justa.

En este contexto, el Gobierno español y la TGSS alegaban, que la exclusión respondía a una medida de política social, dado que el incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de la cotización para cubrir la contingencia de desempleo podría traducirse en una disminución de las tasas de empleo en el sector, en forma de reducción de nuevas contrataciones y de extinción de contratos, así como en aumento del trabajo ilegal y fraude a la Seguridad Social, lo que en consecuencia llevaría a la reducción de la protección de los trabajadores del sector<sup>25</sup>.

Estos argumentos a criterio del TJUE no eran suficientes para justificar la falta de protección ante situaciones de desempleo y la diferencia de trato respecto de otros trabajadores por cuenta ajena, y así lo expresa en la sentencia de 24 de febrero de 2022 al considerar que la opción legal de exclusión de la prestación por desempleo “no parece aplicarse de manera coherente en comparación con otros colectivos de trabajadores que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones análogas a las de estos trabajadores<sup>26</sup>, y por tanto riesgos análogos en término [...] de fraude a la Seguridad Social y de [...] trabajo ilegal”. El Tribunal consideró que la medida no era necesaria para alcanzar los objetivos de política social pretendidos, y más bien generaba una mayor desprotección del colectivo, que se traduce en una situación de desamparo social<sup>27</sup>.

23. Según los datos de las encuestas de población activa, en 2020 son 470.700 personas dedicadas al servicio doméstico, de los cuales solo 364.300 trabajadores se encontraban afiliados al Sistema Especial.

24. *Vid.*, al respecto, D´Souza, A., *Camino del Trabajo decente para el personal del servicio doméstico: panorama de la labor de la OIT para la igualdad de género*, Ginebra, 2010, p. 25.

25. STJUE 24 de febrero de 22, C-389/20, apartados 53-56.

26. Como los jardineros y conductores particulares o los trabajadores agrícolas y los trabajadores contratados por empresas de limpieza. STJUE 24 de febrero de 22, C-389/20, apartado 63.

27. STJUE 24 de febrero de 22, C-389/20, apartado 64.

Se señala que la exclusión de la protección por desempleo no solo afectaba a la carencia de rentas en caso de despido que no se repara desde el sistema, sino que tenía otros efectos colaterales tanto o más perniciosos a medio y largo plazo como son: la pérdida de cotización durante el tiempo de desempleo; las consecuencias sobre otras prestaciones que están supeditadas a la extinción del derecho a la prestación por desempleo como la incapacidad permanente o las ayudas sociales para mayores desempleados; 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. Por otra parte, la falta de cobertura del desempleo impedía que en el caso de interrupción de prestaciones o subsidio generados por otra actividad para dedicarse a la actividad de empleo doméstico no permite su reanudación. Por todo ello, es claro que la exclusión entrañaba una mayor desprotección social de estas trabajadoras que las sumía en una situación de desamparo social.

### 1. Reconocimiento del derecho

Gracias al pronunciamiento del TJUE el trabajo doméstico cuenta hoy con la protección por desempleo en su nivel contributivo y asistencial. La forma escogida por el Real Decreto-ley 16/2022 ha sido sencilla, derogando directamente el precepto legal que establecía la exclusión. Al efecto el artículo tercero de la norma deja inalterado el Real Decreto-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, en aquellos aspectos que no establecen tratamientos diferenciales injustificados y menos favorables sino que constituyen meros ajustes fundamentalmente formales y de gestión, justificados por el carácter no empresarial de la persona empleadora y por las especiales características de la prestación de servicios en este sector de actividad. Sin embargo, entra en la modificación directa de aquellos preceptos de la normativa de Seguridad Social que sitúan a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores sin que exista justificación en virtud de factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Por ello se suprime el apartado d) del artículo 251 LGSS, a efectos de que las personas trabajadoras no queden excluidas de la acción protectora del sistema especial. Así mismo se incorpora en el artículo 267.1.a) LGSS un nuevo apartado 8º donde se recoge como situación legal de desempleo la extinción por las causas justificadas contempladas en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011. De este modo la prestación por desempleo forma parte ya de la acción protectora del sistema especial de empleados de hogar haciendo obligatoria la cotización por desempleo. La obligación de cotizar, tanto para la trabajadora como sus empleadores, comienza desde el 1 de octubre si la relación laboral es de al menos 60 horas mensuales, y el 1 de enero de 2023 si fuera de menos horas.

La norma no introduce consideraciones suplementarias más allá del efecto inmediato de reconocimiento del derecho, de forma que debemos entender que a partir del 1 de octubre de 2022 las personas incluidas en el sistema especial del servicio del

hogar familiar, con contratos vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley, comenzarán a acumular cotizaciones a efectos de ir generando derechos a prestaciones conforme a la normativa general.

## 2. Nuevas reglas de cotización

Las reglas para el cálculo de las bases de cotización y tipos se fijan en la nueva redacción de la disposición transitoria decimosexta LGSS. A la vez, se establecen reglas especiales para el periodo de aplicación paulatino del 1 de octubre de 2020 hasta 1 de enero de 2023, en la disposición transitoria segunda del Real Decreto 16/2022. Todo ello sin perjuicio de que a partir del 1 de enero de 2024 las reglas de cotización se equiparán con el resto de los trabajadores, y se realizarán en los términos establecidos en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

### a. Bases de cotización

Las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinan con arreglo a una escala, en función de la retribución percibida por los empleados de hogar, prevista anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Para el año 2023 se establece una nueva tabla de retribuciones y bases de cotización que se recogen en la escala de más abajo. Tanto los intervalos de retribuciones como las bases de cotización se actualizarán en la misma proporción que lo haga el salario mínimo profesional para el año 2023. La tabla, que ahora tiene diez tramos pasa a ocho, eliminando los dos más altos. Además, sube la base de cotización mínima (esta es la que se aplica a todas las trabajadoras que cobren hasta 269 euros al mes) que pasará de los 231 euros actuales a 250. Eso significa que quienes tengan relaciones laborales de menos horas y que no lleguen a esos 269 euros mensuales en un hogar pagarán algo más. En cambio, bajan las bases de cotización en el resto de los tramos, que pagarán algo menos.

A partir del año 2024, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán conforme a lo establecido en el artículo 147 LGSS, que estará constituida por la remuneración total que con carácter mensual tenga derecho a recibir el trabajador cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, sin que la cotización pueda ser inferior a la base mínima que se establezca legalmente. Cuando este cambio sea efectivo las prestaciones experimentarán una mejora considerable, pues al salario regular se sumarán las horas extraordinarias, si las hubiera, en el caso de trabajador a jornada completa, o las complementarias si fuera a tiempo parcial. En la actualidad, al fijarse la cotización en función de la escala, 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.

Tramo	Retribución mensual Euros/mes			Base de cotización Euros/mes
1.º	Hasta	269,00		250,00
2.º	Desde	269,01	Hasta	418,00
3.º	Desde	418,01	Hasta	568,00
4.º	Desde	568,01	Hasta	718,00
5.º	Desde	718,01	Hasta	869,00
6.º	Desde	869,01	Hasta	1.017,00
7.º	Desde	1.017,01	Hasta	1.166,669
8.º	Desde	1.166,67		Retribución mensual

Las bases de cotización para la contingencia de desempleo y para determinar las aportaciones al Fondo de Garantía Salarial entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022 se ajustarán a lo dispuesto en la vigente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Para el año 2023 las bases serán las establecidas en el cuadro previsto en la norma –reproducidas más arriba– incrementadas en la misma proporción que lo haga el salario mínimo profesional en este periodo. A partir de 2024 serán las correspondientes a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional conforme se establece en el artículo 19.3 LGSS para todos los regímenes de la Seguridad Social.

### *b. Tipos de cotización aplicables*

Para la cotización por contingencias comunes, sobre la base de cotización que corresponda, según lo especificado más arriba, se aplicará el tipo y su distribución entre empleador y empleado que se establezca en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado, para el Régimen General de la Seguridad Social.

Para la cotización por contingencias profesionales, sobre la base de cotización que corresponda se aplicará el tipo de cotización previsto en la tarifa de primas establecidas legalmente, siendo la cuota resultante a cargo exclusivo del empleador.

Para la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial se aplicarán los tipos de cotización y su distribución que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Los tipos aplicables entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2022 serán los siguientes:

- a) El tipo de cotización por desempleo será del 6,05 del que el 5 por ciento será a cargo del empleador y el 1,05 por ciento a cargo del empleado.
- b) El tipo de cotización al Fondo de Garantía Salarial será de 0,2 a cargo exclusivo del empleador.

Estos porcentajes se suman a las cotizaciones a la Seguridad Social que ya pagan tanto trabajadoras como empleadores, que se mantienen igual durante lo que queda de 2022: Un 1,5% que paga solo el empleador por contingencias profesionales; y

un 28,3% por contingencias comunes, de los que el 4,7% es para la trabajadora y el 23,6% para el empleador.

### 3. Otras cuestiones relacionadas con la cotización

1. En el caso del trabajo a tiempo parcial, un sistema de prestación de servicios muy extendido en el empleo doméstico, para el cálculo del coeficiente de parcialidad a efectos del reconocimiento de diferentes prestaciones también se prevé una aplicación paulatina; de manera que la norma general del art. 247 de la LGSS no comenzará a aplicarse hasta el 1 de enero de 2024. Hasta 31 de diciembre de 2023 las horas efectivamente trabajadas se determinarán en función de la base de cotización que corresponda según los tramos, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General de la Seguridad Social fijado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio.
2. Igualmente queda aplazada hasta 2024 la aplicación del mecanismo de integración de lagunas para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación previstos en los artículos 197.4 y 209.1b) LGSS. De manera que hasta esa fecha las pensiones que se generen por estas contingencias respecto de los periodos de cotización en el sistema especial solo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados.

El retraso en la desaparición de los tramos y consiguiente cotización por los salarios reales supone un perjuicio para la cuantía de las prestaciones, lo que se agrava con el retraso en la aplicación del mecanismo de integración de lagunas, aspectos ya criticados por la doctrina<sup>28</sup>.

### 4. Requisitos de inscripción

Se modifica el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. Al respecto se prescribe que a partir del 1 de enero de 2023 en las solicitudes de alta formuladas con respecto a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial 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 y los datos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo de este, consistente en el número de horas de

28. Vid. Benito Benítez, M. A.: "El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar", *Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

trabajo mensuales y semanales, en el importe del salario pactado, tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, así como, en su caso, en el importe del salario mensual acordado en especie y en la existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta, junto con la retribución por hora pactada (art. sexto del Real Decreto-ley 16/2022).

Igualmente, a partir del 1 de enero de 2023, como en el resto de los empleos, las personas empleadoras asumirán las obligaciones en materia de altas, bajas, modificaciones de las condiciones de trabajo y cotización en relación con las trabajadoras que presten servicio durante menos de sesenta horas mensuales por empleador. Hasta esta fecha se permitía que fuera la trabajadora quien asumieran de forma directa el alta y la cotización en el sistema especial sí así se había pactado, lo que generaba que muchas de ellas no lo hicieran, incluso cuando el empleador asumía los costes, con el consiguiente perjuicio para su carrera de seguro. A efectos de su regularización, las personas empleadoras deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, durante el mes de enero de 2023, los datos necesarios para el cálculo y el pago de las cuotas de la Seguridad Social, y en especial los datos bancarios precisos para el pago de las cotizaciones, así como la entidad gestora o en su caso colaboradora de la Seguridad Social por la que optan a efectos de la cobertura de las contingencias profesionales, siempre y cuando todos estos datos no se hubiesen comunicado con anterioridad (disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 16/2022).

## 5. Beneficios en las cotizaciones

Con el fin de favorecer la estabilidad y la legalización de las personas trabajadoras en el ámbito doméstico, dado que el empleo sumergido en este sector es muy elevado, la norma regula diferentes beneficios para los empleadores dependiendo de las situaciones de los hogares. Una primera bonificación consiste en la reducción del veinte por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al Sistema Especial para Empleados de Hogar a las personas que tengan contratada o contraten bajo cualquier modalidad contractual a una persona y la den de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Asimismo, con el fin de minorar la carga por las nuevas cotizaciones, tendrán derecho a una bonificación del ochenta por ciento en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en este Sistema Especial. Estas bonificaciones entran en vigor al tiempo que las cotizaciones: el 1 de octubre de 2022.

Como alternativa a esta reducción, pero con fecha de aplicación a partir del 1 de abril de 2023, las personas empleadoras que den de alta en el Régimen General a una persona trabajadora al servicio del hogar tendrán derecho, durante toda la situación de alta en dicho régimen, a una bonificación del treinta o del cuarenta y cinco por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social

por contingencias comunes correspondiente al Sistema Especial, cuando cumplan determinados requisitos de patrimonio y/o renta de la unidad familiar o de convivencia de la persona empleadora, que serán determinados reglamentariamente. La determinación del derecho a las bonificaciones en las cuotas corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). Estas bonificaciones solo serán aplicables respecto de una única persona empleada de hogar en alta en el Régimen General de la Seguridad Social por cada persona empleadora. Si hubiese más de una persona empleada de hogar en alta en dicho Régimen por cada persona empleadora, la bonificación será aplicable únicamente respecto de aquella que figure en alta en primer lugar (disposición adicional primera del Real Decreto-ley 16/2022).

Hasta ahora, para las familias numerosas, con independencia de la renta, el veinte por ciento de bonificación en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes podía llegar al cuarenta y cinco por ciento. Esta bonificación especial se eliminará el 1 de abril de 2023 para dar paso a bonificaciones del treinta o del cuarenta y cinco por ciento por renta y patrimonio, que se aprobarán, según marca el Decreto Ley, en los próximos meses.

Las administraciones tributarias, incluidas las de régimen foral, estarán obligadas a suministrar al Servicio Público de Empleo Estatal la información sobre beneficios en la cotización que le compete.

También se aplican respecto de la contratación a trabajadores con discapacidad incluidos en el Sistema Especial las deducciones en la cotización a la Seguridad Social establecidas en el artículo 2.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. En este caso los empleadores tendrán derecho a una bonificación de 425 euros/mes (5100 euros/año) si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos siguientes: a) personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al treinta y tres por ciento. Y, b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al sesenta y cinco por cien.

Igualmente será de aplicación la bonificación prevista en el Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre, del cien por cien en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta, a los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras del hogar que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento en los términos establecidos en el número 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores.

Lo mismo en el caso de contratación para cubrir a trabajadoras en periodo de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad, a que se refiere la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. La bonificación a aplicar será del cien por cien en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las

de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta.

## B. Contrato de trabajo: forma y efectos

Para crear unas condiciones equiparables al resto de las actividades laborales se modifica el artículo 5.1. 2 y 4 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, referido a la forma del contrato de trabajo. Se establece que la forma se ajustará a lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores; luego como norma general debe realizarse por escrito cuando de manera regular se realicen trabajos con una duración igual o superior a cuatro semanas. Todos los trabajos esporádicos con duración menor podrán acordarse verbalmente sin necesidad de tramitar un contrato por escrito, siendo el empleador el responsable de formalizar la relación laboral. En cualquier caso, es importante señalar que, en defecto de pacto escrito, el contrato de trabajo se presumirá concertado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario. Al igual que establece el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 8.2, cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral.

La persona trabajadora deberá recibir información sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, cuando no figuren en el contrato formalizado por escrito, sea cual sea la duración del mismo. Con esta previsión la norma se adecua a las exigencias de la Directiva Europea 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Dentro de la información deberá comprender:

- a) Las prestaciones salariales en especie, cuando se haya convenido su existencia.
- b) La duración y distribución de los tiempos de presencia pactados, así como el sistema de retribución o compensación de los mismos.
- c) El régimen de las pernoctas de la persona empleada de hogar en el domicilio familiar, en su caso.

## C. Extinción de la relación laboral

Otra de las novedades importantes del Decreto Ley es la transformación del régimen de extinción del contrato de trabajo en la relación laboral especial. En este punto se modifica el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011 eliminando la mayoría de las diferencias que existían con anterioridad y que hacían que la protección frente al despido fuera inferior a la establecida para el resto de los trabajadores por cuenta ajena.

El desistimiento unilateral de la persona empleadora era una peculiaridad característica de la regulación, y aunque era indemnizado (12 días año con un máximo de 6 mensualidades), la falta de necesidad de alegar causa y la cuantía menor de la indemnización que la fijada para la improcedencia del despido incentivaban a la

persona empleadora a optar por esta modalidad extintiva; lo que situaba en una situación de máxima desprotección a este colectivo. El propio Real Decreto-ley expresa que esta figura provocaba el desvanecimiento de los límites garantistas del despido objetivo, al existir una vía intermedia de convalidación de la extinción. Así pues, la supresión de esta institución resultaba necesaria desde el momento en que constituía una diferencia de trato no justificada en perjuicio de las trabajadoras que, además, tenía como efectos una mayor desprotección, un déficit de tutela en los casos de discriminación y un incremento de la precariedad y vulnerabilidad de este colectivo.

Ahora la norma especifica que la relación laboral del hogar familiar podrá extinguirse por las causas establecidas en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, aplicándose la normativa laboral común, salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación. Eliminando así las restricciones concretas señaladas en el precedente artículo 11.1, salvo que sean justificadas en atención a las particularidades de la relación laboral en el hogar.

Derivado de las peculiaridades y como sustituto del desistimiento se contemplan una serie de causas objetivas específicas de esta relación laboral que habilitarían la extinción, asegurando que la decisión extintiva ha sido adoptada por la persona empleadora en base a unas circunstancias valorables objetivamente. Como causas que pueden justificar la extinción, y sujetas al régimen jurídico previsto en el precepto señala (art. 5 del Real Decreto-ley 16/2022):

- La disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancias sobrevenidas, como por ejemplo la pérdida del trabajo o la declaración de incapacidad para el trabajo de la persona empleadora.
- La modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescindan de la persona trabajadora del hogar, como podrían ser, entre otras, la asunción de las citadas tareas por el servicio público o el cambio en las necesidades de cuidado de algún miembro de la unidad familiar.
- El comportamiento de la persona trabajadora que fundamenta de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

Esta última, derivado del grado de subjetividad que encierra la pérdida de confianza, puede resultar un cajón de sastre donde reconducir muchas decisiones extintivas de la persona empleadora<sup>29</sup>.

El despido, fundamentado en cualquiera de estas causas, debe comunicarse por escrito a la trabajadora, en el que conste de forma clara la voluntad de dar por finalizada la relación laboral y la causa por la que se adopta dicha decisión. De forma simultánea a la comunicación de la extinción se debe poner a disposición de la trabajadora

29. En el mismo sentido Rojo Torrecilla, E.: "Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar", entrada en su blog, jueves 8 de septiembre de 2022.

una indemnización equivalente al salario que corresponda a doce días por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

En cuanto al preaviso se estipula que, si la relación laboral ha superado el año de servicios, la comunicación debe hacerse como mínimo con veinte días de antelación, y si fuera inferior a este tiempo será suficiente con preaviso de siete días. Durante el periodo de preaviso para la extinción la persona que preste servicios a jornada completa tendrá derecho, sin pérdida de retribución, a una licencia de seis horas semanales para la búsqueda de empleo. El preaviso puede sustituirse por el salario correspondiente a este periodo.

De incumplirse los requisitos relativos a la forma escrita de la comunicación de extinción o la puesta a disposición de la indemnización, se presumirá que la persona empleadora ha optado por la aplicación del régimen extintivo del despido común recogido en el Estatuto de los Trabajadores, con la consiguiente aplicación del régimen jurídico ordinario. Esta presunción no resultará aplicable por la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización, ello sin perjuicio de la obligación de la persona empleadora de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo, o el pago de indemnización en la cuantía correcta.

Cuando estemos ante una trabajadora en régimen interno en el hogar familiar, la decisión extintiva no podrá llevarse a cabo entre las diecisiete horas y las ocho horas del día siguiente, salvo que la extinción del contrato esté motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza.

Por lo que respecta a la indemnización, como se observa, la derivada de las nuevas y específicas causas de extinción sigue siendo de doce días por año de servicio con el límite de seis mensualidades. En cuanto al despido improcedente, se elimina la especialidad por lo que la indemnización será equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año (art. 56 ET). En el caso del despido objetivo por alguna de las causas consignadas legalmente en el artículo 52 ET, la indemnización que corresponde será de 20 días de salario por año de servicio, pero en este caso con el límite de 12 mensualidades (art. 53 ET).

Al indicar la norma que en materia de despido se aplica la normativa laboral común, parece haberse superado el debate judicial sobre la inaplicación de la nulidad objetiva de la trabajadora embarazada. Así se deduce de la exposición de motivos al especificar que la inaplicación en el caso del desistimiento del principio de nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, cuya finalidad es la de proporcionar una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, es prueba palpable de la limitación de derechos fundamentales que soportaban las trabajadoras del sector.

Ahora bien, la acotación “salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de la relación” suscita la duda de si esto puede modular las consecuencias que derivan de la nulidad en lo que respecta a la readmisión, dado que el carácter personal de la prestación y que esta se presta dentro de la vida privada del empleador puede suponer la pérdida de confianza por ambas partes haciendo inviable la relación laboral. Recordemos en este punto la sentencia

del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2022<sup>30</sup>, donde se declara la nulidad del despido de la trabajadora embarazada que presta servicio como empleada del hogar, y ello con independencia de que tal circunstancia fuera conocida por el empleador. La conclusión es que la protección objetiva del embarazo también debe aplicarse al despido de la trabajadora al servicio del hogar familiar al tratarse de la protección de un derecho fundamental.

Sin embargo, cuando se trata de fijar las consecuencias jurídicas de tal declaración, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 12 de junio de 2018<sup>31</sup>, concluye que no procede la readmisión en un supuesto de despido nulo por la configuración de la especial relación de empleada de hogar al tratarse de una relación personal. Esta circunstancia debe suplirse con la extinción indemnizada por el daño y perjuicio causado por la vulneración de un derecho fundamental, junto con el otro efecto del despido nulo como es el devengo de los salarios de tramitación. Solución con la que está conforme la trabajadora, y por tanto no es objeto de revisión por el Tribunal Supremo.

#### D. Protección del Fondo de Garantía Salarial

Otra de las grandes novedades de cara a la equiparación de derechos y protección del colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar es la cotización de las personas empleadoras e intervención del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), a fin de proporcionales coberturas indemnizatorias en los supuestos de insolvencia o concurso de las empleadoras.

Como reconoce el Gobierno, la exclusión de la cobertura por el Fondo de Garantía Salarial a las personas trabajadoras en el hogar era una diferencia de trato injustificada, dado que en la actualidad es posible la declaración de insolvencia de las unidades familiares por la ley de segunda oportunidad (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social). Asimismo, la ratificación del Convenio 189 de la OIT, junto con la Recomendación 201 de la OIT, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, comprometen a los Estados a asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones que no sean menos favorables que las que se apliquen a los demás trabajadores en general en lo relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o de fallecimiento del empleador.

En coherencia con ello, la norma incorpora la relación laboral de este colectivo al catálogo de beneficiarios de las indemnizaciones reconocidas por el (FOGASA) en caso de despido o extinción del contrato (art. 33.2 ET)<sup>32</sup>; a la vez que modifica el

30. Sentencia 1/2022, de 11 enero (RJ 2022, 38).

31. Sentencia 1233/2018 (AS 2018, 1668).

32. En el Estatuto de los Trabajadores se añade un nuevo párrafo al artículo 33, en el que se especifica que estos trabajadores se encuentran entre los beneficiarios de las indemnizaciones que corresponden al FOGASA reconocidas en sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51, 52, 40.1 y 41.3 ET, y de extinción de contratos conforme a los artículos 181 y 182 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo

Real Decreto 1620/2011 a fin de que resulte aplicable a las personas trabajadoras de la relación laboral especial lo establecido en el artículo 33 ET con relación a la intervención del Fondo de Garantía Salarial<sup>33</sup>.

Por otro lado, se modifica la normativa sobre el FOGASA, Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, para reconocer, por un lado, la obligación de cotización de las personas empleadoras del servicio doméstico<sup>34</sup> y, por otro, proporcionando una cobertura indemnizatoria a las personas trabajadoras del servicio doméstico en los casos de insolvencia o concurso de las empleadoras<sup>35</sup>.

La indemnización se calculará a razón de 12 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de 6 mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias (arts. 33.2 ET y 19.6 del Real Decreto 505/1985). En este punto hay que señalar que, a pesar del beneficio por la inclusión dentro del ámbito de cobertura, la cobertura es inferior a la del resto de trabajadores por cuenta ajena.

## E. Seguridad y salud

Otro de los grandes logros que introduce el Real Decreto 16/2022, en orden a la equiparación de los trabajadores del servicio del hogar familiar a la relación laboral común, es la inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa de Prevención de Riesgos laborales; lo que hace en el art. primero con la supresión del apartado 4 del artículo 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)<sup>36</sup>, aunque aplaza el detalle del contenido a una futura regulación reglamentaria. Se trataba de otra demanda largamente esperada que por fin parece que comienza su andadura. Una vez ratificado el Convenio 189 de la OIT, la consecuencia inmediata era abordar la laguna en materia de seguridad y salud, dado que se trata de una materia angular tanto en el Convenio como en la Recomendación 201, además de imprescindible para mejorar las condiciones de vida y salud de este colectivo y eliminar las discriminaciones a las que estaba sometido.

Como recordamos, el artículo 3.4 LPRL, optó por dejar la relación laboral especial de los empleados del hogar fuera de su ámbito de aplicación, camino que siguió el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, regulador del nuevo régimen jurídico

---

1/2020, de 5 de mayo, y al artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente proceda.

33. Artículo 3.b) del Real Decreto 1620/2011.

34. Al efecto, se añade al artículo 11.1 del Real Decreto 505/1985 una letra d), en la que se incluye a los empleadores del servicio doméstico como obligados a cotizar.

35. Para lo que se añade un apartado 6 al artículo 19 del Real Decreto 505/1985, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, especificando la cobertura en el caso de extinción del contrato de trabajo por las causas previstas en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

36. BOE de 10 de noviembre.

de la relación laboral de estos trabajadores. Aunque ninguna de las dos normas especificó las razones de la exclusión, parece claro que hundía sus raíces 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, como así lo determina la jurisprudencia cuando ha tenido ocasión de pronunciarse<sup>37</sup>. A ello se unió la orientación de la Directiva comunitaria 89/391, Relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, traspuesta al ordenamiento interno por la LPRL, que excluye del término “trabajador” a los trabajadores al servicio del hogar familiar [art. 3.a)]. Así las cosas, el legislador se limitó a los criterios comunitarios y los trasladó al derecho interno sin más.

Ahora bien, como pone de manifiesto el Gobierno en la exposición de motivos, aun cuando no puede obviarse que la persona empleadora no tiene entidad empresarial, este hecho no puede ser óbice para conseguir la plena protección de estas trabajadoras en el ámbito preventivo, puesto que ello resulta esencial no solo para asegurar la equiparación de condiciones que exige la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea y el Convenio 189 de la OIT, sino también para garantizar el derecho constitucional a la salud que corresponde a todas las personas. No olvidemos que otras relaciones laborales como el trabajo a distancia o teletrabajo, se les aplica la normativa preventiva<sup>38</sup>. Igualmente incluidos estaban ya los trabajadores que realizando las mismas tareas son contratados a través de instituciones públicas, entidades privadas o una ETT, bajo la cobertura de una relación laboral común [art. 2.1.b) LPRL y c) del Real Decreto 1620/2011]. Igual ocurre con los cuidadores profesionales de ayuda domiciliaria, cuyas tareas de cuidado van unidas a las domésticas.

Una vez derogada la exclusión, a fin de garantizar un nivel de protección adecuado y equivalente a cualquier otro trabajador, la norma añade una disposición adicional décimo octava a la LPRL sobre “Protección de la seguridad y la salud en el trabajo de las personas trabajadoras en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, en la que se especifica que las personas trabajadoras tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos

37. 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 artículo 13 del Real Decreto 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 artículos 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”.

38. Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (arts. 15 y 16).

y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad. La norma habilita al Gobierno para que en el plazo de seis meses lleve a cabo este desarrollo reglamentario. Como se observa, de cara a la reglamentación, el legislador no abandona la premisa de contar con la especialidad de la relación laboral; de manera que estaremos expectantes para ver el alcance del contenido del derecho.

Como orientación debe tenerse en cuenta las prescripciones del Convenio 189 que introduce la obligación de adoptar de forma progresiva medidas eficaces que garanticen el derecho en consulta con las organizaciones más representativas de los trabajadores y empleadores en general, y de los trabajadores domésticos cuando existan (art. 13). Como medidas concretas recomienda, entre otras:

- Eliminar o reducir al mínimo, en la medida en que sea razonablemente factible, los peligros y riesgos relacionados con el trabajo, con miras a prevenir los accidentes, enfermedades y muertes y a promover la seguridad y la salud laborales en los hogares que constituyen lugares de trabajo.
- 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.
- Instaurar procedimientos de recopilación y publicación de estadísticas sobre enfermedades y accidentes profesionales relativos al trabajo doméstico, así como de otras estadísticas que se consideren útiles para la prevención de los riesgos y los accidentes en el contexto de la seguridad y la salud en el trabajo.
- Prestar asesoramiento en materia de seguridad y salud en el trabajo, inclusive sobre los aspectos ergonómicos y el equipo de protección.
- Desarrollar programas de formación y difundir orientaciones relativas a los requisitos en materia de seguridad y salud en el trabajo que son específicos del trabajo doméstico.

Entanto llega la reglamentación, no olvidemos que el propio Real Decreto 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 (art. 7.2). Y, dado que hay una remisión expresa del Real Decreto-ley a la aplicación supletoria del ET a la relación laboral especial, le es de aplicación la normativa preventiva en todo lo que no entre en colisión con la especialidad de la relación.

Por otro lado, la Disposición hace hincapié en la necesidad de prevenir y proteger al colectivo frente a la violencia, por lo que la nueva reglamentación deberá ser acorde al Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo, de 21 de junio de 2019, ratificado por España el 9 de junio de 2022<sup>39</sup>, con entrada en vigor para nuestro país el 25 de mayo de 2023; así como la Directiva 2000/78/CEE que establece el marco general para la igualdad de trato en el trabajo; el acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en

39. Por la Disposición 9978, de 9 de junio de 2022 (BOE núm. 143, de 16 de junio de 2022).

el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En el caso de los trabajadores sensibles, es de aplicación el Convenio 103 de la OIT relativo a la protección de la maternidad, del que no se excluye a las trabajadoras domésticas. La Directiva 92/85 sobre la tutela de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, que tampoco las excluye. Y, en transposición de esta directiva en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar, y sus normas de desarrollo.

Con todo, sigue siendo necesario determinar el contenido mínimo que oriente su cumplimiento, máxime si tenemos en cuenta las características del empleador, por lo general desconocedor de las normas laborales. Igualmente necesaria es la creación de un listado de infracciones y sanciones, así como el diseño de medidas de control que de consistencia práctica a la inclusión dentro de la LPRL, en línea con lo dispuesto por el Convenio 189.

La falta de especificación legal de las obligaciones genera consecuencias, no solo en el plano de la prevención sino también a nivel de resarcimiento de los daños sufridos. Cuando la norma no concreta las obligaciones preventivas resulta prácticamente inviable la imputación de responsabilidad al empleador derivada de las deficientes condiciones de seguridad y salud laboral<sup>40</sup>. Lo que aboca a estos trabajadores a una desprotección frente a los riesgos laborales. En este punto tenemos que recordar que la nueva norma no elimina las restricciones de la letra c del artículo 251 LGSS en relación a las responsabilidades empresariales por incumplimientos de obligaciones; por lo que el trabajador no podrá exigir el recargo de prestaciones derivado del incumplimiento de medidas de seguridad. Así lo regula expresamente el artículo 3 del Real Decreto 1596/2011, que tampoco ha sido modificado: “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 164 de la Ley General de Seguridad Social”. Una vez más el legislador mantiene la exoneración de responsabilidades del empleador, se entiende, en virtud de la dificultad que entraña la verificación de las circunstancias en las que pueda producirse el accidente o la enfermedad derivado de la inviolabilidad del domicilio familiar.

## **E. Hacia un cuadro de enfermedades profesionales con perspectiva de género**

Otra previsión importante de la norma a efectos de la equiparación de derechos y la igualdad, y que sin duda reportará mejoras en las condiciones de trabajo y la protección frente a los riesgos laborales, se contempla en la disposición adicional cuarta, en la que se establece el compromiso del Gobierno de crear en el plazo de seis meses

40. Así lo han determinado los tribunales cuando se han planteado conflictos, véanse las SSTSJ de Andalucía, de 15 de febrero de 2018 (rec. 782/2017) y de la Comunidad Valenciana, de 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.

una comisión de estudio cuyo objetivo es la inclusión de la perspectiva de género en el cuadro de enfermedades profesionales regulado en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, a efectos de que se identifiquen y se corrijan las deficiencias que existen en el ámbito de la protección ante las enfermedades profesionales de los trabajos desarrollados mayoritariamente por mujeres.

Esta comisión estará encargada de elaborar una propuesta de reforma del Real Decreto, y estará integrada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el Ministerio de Igualdad, a través del Instituto de las Mujeres, y el Ministerio de Sanidad, así como por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

## G. Cualificación profesional

En línea con lo establecido en el Convenio 189 y su recomendación complementaria 201, la norma establece el compromiso del Gobierno en el desarrollo de políticas de formación y acreditación para las personas empleadas del hogar dedicadas al cuidado o la atención de las personas que formen parte del ámbito doméstico y familiar, en las que se tendrá en cuenta las particulares condiciones de trabajo de este sector y el perfil de las trabajadoras empleadas en el mismo (disposición adicional 6.ª del Real Decreto-ley 16/2022). La formación y acreditación en este ámbito debe ir de la mano con las nuevas políticas públicas de conciliación y corresponsabilidad en las que se enmarcan tanto el Plan Nacional corresponsable como los autonómicos que se han ido desarrollando recientemente<sup>41</sup>. La formación y acreditación de competencias profesionales en este ámbito permitirán dignificar la profesión y ofrecer garantías a las familias en relación con las competencias de las personas que contratan para el cuidado familiar.

Es de justicia social que los cuidados familiares y el trabajo doméstico empiece a recibir la importancia que merecen, y como sociedad superemos el estereotipo creado en torno a las tareas del hogar y el desvalor de estos trabajos. No olvidemos que los cuidados se encuentran en el centro de las transformaciones económicas y sociales en el Estado Español (Eje cuarto, política palanca VIII, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España)<sup>42</sup>, en consonancia con la Estrategia Europea de Cuidados para cuidadores y receptores de cuidados<sup>43</sup>.

41. Ver en: <https://www.igualdad.gob.es/prioridades/plancorresponsables/Paginas/index.aspx>.

42. Ver en: <https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/nueva-economia-de-los-cuidados-y-politicas-de-empleo>.

43. Ver en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_22\\_5169](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_5169).

#### IV. PROPUESTAS DE ACCIÓN A FUTURO

Aunque el avance con la nueva regulación es prometedor en el camino de la igualdad de los trabajadores al servicio del hogar con el resto de los trabajadores, y que seguro supondrá una mejora en las condiciones de trabajo y vida de estos trabajadores, ahora toca pasar a la aplicación de la norma y a su desarrollo reglamentario en todo lo que el RD-Ley prevé como son las particularidades para la aplicación de la LPRL, de manera que la prevención de riesgos sea una realidad dotada de contenido.

En la línea del derecho a la igualdad, es necesario seguir aportando ideas y diseñando medidas con rigurosidad jurídica para que la norma sea de aplicación a todas las personas que prestan sus servicios en el hogar familiar, lo que implica abordar la situación de un elevado número de trabajadoras extranjeras que se encuentran prestando servicios de manera irregular al no contar con la autorización de trabajo. En este sentido, la OIT recomienda establecer una línea telefónica nacional de asistencia, con servicios de interpretación para los trabajadores domésticos que necesiten ayuda, y crear una red de alojamientos de urgencia seguros para situaciones de necesidad. Y, en consonancia con el artículo 17 del Convenio, relativo a la inspección de trabajo, prever un sistema de visitas, antes de la colocación, a los hogares que emplearán a trabajadores domésticos migrantes.

Para hacer efectivo el derecho a la seguridad y salud, así como las condiciones de trabajo, sobre todo de las trabajadoras que desarrollan su actividad en régimen de internas, y el cumplimiento de las normas, tanto laborales y de Seguridad Social, como de prevención de riesgos, es necesario regular los términos de intervención de la Inspección de Trabajo en el ámbito del domicilio del empleador haciendo compatibles los derechos de ambas partes. El control también puede llevarse a cabo mediante el reforzamiento de mecanismos de comprobación del cumplimiento normativo por parte de la Inspección y órganos administrativos sin necesidad de personarse en el domicilio, como es la presentación y comprobación de documentos. En la línea que indica el Convenio 189, es importante establecer mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para las trabajadoras del sector que permitan informar de los casos de abuso, acoso y violencia, además de adoptar medidas que aseguren la investigación de las quejas o las acciones judiciales, según proceda; así como, iniciar acciones que garanticen asistencia a las víctimas.

Igualmente necesario para que el cumplimiento de las obligaciones sea una realidad es la creación de mecanismo de sanciones adecuadas en caso de infracciones de la normativa laboral. El elevado coste de algunas de las sanciones previstas en la LISOS y la falta del carácter empresarial del empleador doméstico –la mayoría de los casos perteneciente a modestas economías– puede hacer pensar en la inaplicación de la norma sancionadora, pero esto no puede ser razón válida para negar la aplicación de la Ley al trabajo doméstico, pues de ser así la norma se quedaría en el papel y las condiciones de trabajo precarias de este colectivo persistiría en el tiempo. Así pues, sin perder de vista las particularidades de esta actividad a la hora de graduar las faltas y sanciones, lo que permitirá atemperar la cuantía, se debe diseñar el procedimiento

de sanciones por infracciones; y en cualquier caso hay que tener en cuenta que la sanción no es el único instrumento de la Inspección de Trabajo, de manera que siempre que sea posible se pueden adoptar medidas de advertencia y requerimiento.

En la consecución de estos objetivos es importante el papel de las administraciones públicas, encargadas de elaborar políticas eficaces para la mejora de las condiciones de trabajo en el empleo doméstico. Estas políticas pueden concretarse en elaboración de programas de sensibilización a empleadores y trabajadores sobre derechos, deberes y obligaciones compartidas. En el caso de los empleadores es importante proporcionarles información sobre buenas prácticas relativas al empleo de trabajadores domésticos y sobre las obligaciones legales en materia de empleo e inmigración en relación con los trabajadores domésticos migrantes, sobre las medidas de ejecución y las sanciones en caso de infracción, así como los servicios de asistencia a disposición de los trabajadores domésticos y de sus empleadores. En la línea con lo que establece la norma, es importante desarrollar programas de formación y acreditación para los trabajadores, lo que permitirá elevar las competencias y cualificación y dar valor al trabajo que desempeñan.

El intercambio de información con la Seguridad Social puede ser un medio valioso para determinar las causas de los accidentes y las enfermedades profesionales de cara a la inclusión de la perspectiva de género en el cuadro de enfermedades profesionales, a fin de que las trabajadoras del sector vean cubiertos los daños a su salud derivados de las condiciones laborales en un sector altamente feminizado que está expuesto a muchos riesgos en su trabajo, y que derivan en enfermedades de diversa índole que se tramitan como enfermedad común con el consiguiente perjuicio económico.

Por último, es necesario abordar el importante papel que puede desempeñar el convenio colectivo como herramienta para la mejora de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras del hogar. A través de la negociación colectiva se pueden paliar muchas carencias legislativas, completar donde la norma no llega o aclarar puntos oscuros. Para ello sería necesario promover medidas que favorezcan la capacidad de organización de los trabajadores y empleadores domésticos, o fomentar su afiliación a las organizaciones más representativas a nivel general.

## Bibliografía

- Benito Benítez, M. A.: "El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar", *Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.
- D´Souza, A.: *Camino del Trabajo decente para el personal del servicio doméstico: panorama de la labor de la OIT para la igualdad de género*, Ginebra, 2010.
- Rojo Torrecilla, E.: "Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar", entrada en su blog, jueves 8 de septiembre de 2022.



# History and scope of social human rights for irregular migrants

## HISTORIA Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS SOCIALES DE LOS MIGRANTES IRREGULARES

**Gabriela Mendizábal Bermúdez**

Profesora Investigadora a Tiempo Completo

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT Nivel II

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

[mgabriela@uaem.mx](mailto:mgabriela@uaem.mx)  0000-0003-3681-4025

Recibido: 14.06.2022 | Aceptado: 20.11.2022

### ABSTRACT

One of the main questions regarding human rights of migrants with an irregular migratory status is whether or not they are entitled to the benefits of social rights, which are part of the human rights. The question arises because in addition to being foreigners, those migrants have an irregular migratory status and, in most cases, states decide first to guarantee these rights for the state's national population before attending migrants with an irregular migratory status. This article shows how international human rights laws, as they evolved, have managed to avoid exclusion based on the migration status. However, domestic administrative regulations are not always in line with international laws. To reach this conclusion, the study starts with the analysis of the historical evolution of human rights in the American continent, the international instruments of ILO and UN and finally, the study of the protection of the social human rights of irregular migrants in Mexico.

### RESUMEN

Una de las principales interrogantes respecto a los derechos humanos de las personas migrantes en situación migratoria irregular es si tienen o no derecho a las prestaciones de los derechos sociales, los cuales además son parte de los derechos humanos. Este artículo muestra cómo las leyes internacionales que reconocen los derechos humanos, a medida que evolucionaron, han logrado evitar la exclusión basada en el estatus migratorio. Sin embargo, las reglamentaciones administrativas nacionales no siempre están en consonancia con las leyes internacionales. Para llegar a esta conclusión, el estudio parte del análisis de la evolución histórica de los derechos humanos vigentes en el continente americano, las convenciones y recomendaciones de la OIT sobre el derecho al trabajo y la seguridad

### PALABRAS CLAVE

Education  
Health  
Housing  
Human rights  
International social  
Security law  
Migration  
Social security  
Work

### KEYWORDS

Educación  
Salud  
Vivienda  
Derechos humanos  
Derecho Internacional  
de la Seguridad Social  
Migración  
Seguridad social  
Trabajo

social de los trabajadores migrantes, los instrumentos internacionales de la ONU regionales, y finalmente, el estudio de la protección de los derechos humanos sociales de los migrantes irregulares en México.

## SUMARIO

- I. INTRODUCTION
- II. THE EVOLUTION OF SOCIAL HUMAN RIGHTS
  - A. International Instruments with Human Rights in the Americas
    1. *The Virginia Declaration of Rights of 1776*
    2. *The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen)*
    3. *The Charter of the Organization of American States of 1948*
    4. *Universal Declaration of Human Rights*
    5. *American Declaration of the Rights and Duties of Man*
    6. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*
    7. *The International Covenant on Civil and Political Rights of 1966*
    8. *American Convention on Human Rights of 1969*
    9. *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*
  - B. International Labour Organization (ILO) Conventions and Recommendations Concerning the Human Right to work and social security for migrants
    1. *Migration for Employment Recommendation (Revised), 1949 (No. 86)*
    2. *Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143)*
    3. *Migrant Workers Recommendation, 1975 (No. 151)*
  - C. International Instruments of the International Organization for Migration Regulating Social Human Rights
    1. *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*
    2. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (ICRMW)*
  - D. Recent Pan American Health Organization (PAHO) Resolutions
    1. *Resolution CD55.R13 "Health of Migrants"*
- III. MIGRATION IN MEXICO FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL PROVISIONS ON SOCIAL HUMAN RIGHTS
  - A. International conventions ratified by Mexico
  - B. Provisions regulating social human rights for migrants with an irregular migratory status
    1. *Education*
    2. *Health*
    3. *Housing*
    4. *Work*
    5. *Social security*
- IV. CONCLUSIONS  
Research sources

## I. INTRODUCTION

The evolution of international instruments recognizing human rights has led to the acceptance in the international consciousness that regardless of their migratory status, migrants are entitled to social human rights even if this situation is not always reflected in national laws.

Increasing migration in the world, mainly irregular migration, has led governments and even inhabitants of migrant-receiving countries to ask whether or not irregular migrants are entitled to benefits derived from social rights, which are in fact fundamental rights. In other words, should they receive social security, health care, education or housing benefits? The question stems from several interrelated factors:

First, they are foreigners in a country where they have irregular migration status, i.e., they do not meet receiving countries' administrative requirements to be granted legal residence.

Second, guaranteeing the compliance of social human rights implies the granting of benefits under the principle of progressiveness, which means that the State must invest financial resources in people who are not nationals and will probably not become nationals either. These benefits and services are financed by the taxes and contributions of a country's nationals, and this is a source of upset to some of them, who feel that these revenues are invested in people who did not generate these resources.

Third, the situation is aggravated by the urgent need to guarantee these rights for a State's national population before attending migrants with legal status. This places migrants with an irregular migratory status at the end of the line in terms of access to social services and benefits like health care, education, work, social security or housing, even though they are human rights.

Despite the above, human rights have certain characteristics like progressiveness, imprescriptibility, inalienability and, above all, universality. Moreover, they are contained in both soft law and binding legal instruments, which oblige States to guarantee these rights under the principle of progressiveness.

Hence, we find the contradiction between the inclusion established by international human rights instruments and the internal laws that establish unattainable requirements for migrants with an irregular migratory status, which is the subject of analysis in this article.

In other words, international instruments like the Universal Declaration of Human Rights (1948), the Charter of the Organization of American States (1948), the American Declaration on the Rights and Duties of Man (1948), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), the American Convention on Human Rights (1969), the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador, 1988) (to cite the most important ones) do not differentiate between the rights established for migrants; nor do national laws like constitutions and the regulations derived from constitutions. However, when we review the specific regulations that establish the requirements for access to economic benefits or benefits in kind that every person is entitled to receive because they correspond to social human rights, we find that these requirements are discriminatory and make access to them difficult for migrants who already do not meet the administrative migratory requirements to obtain legal residence.

Thus, this article follows a deductive approach to study the regulatory evolution of the social human rights of irregular migrants in five sections, the first of which is this

introduction. The second section addresses the conceptual definition and analysis of the evolution of social human rights, as well as a brief description of the main international laws governing them, both from a general perspective and from the perspective of provisions regulating migration and providing social human rights for migrants.

To further contextualize the importance of these rights for migrants with an irregular migratory status, the third section analyses the case of Mexico, as it is a country with a noticeable increase in irregular migration given the migrant caravans that began in 2018 and the reaction of the United States of America in implementing actions, such as the Migrant Protection Protocols (MPP)<sup>1</sup> that have resulted in more migrants staying in the country under an irregular migratory status.

Therefore, the international legal framework applicable to Mexico is explained through its various ratifications and its domestic legal limitations are revealed through the requirements the country imposes on irregular migrants to access the benefits of the following social rights: a) education, b) health care, c) housing, d) work and e) social security.

Lastly, the article closes with the respective conclusions and research sources.

## II. THE EVOLUTION OF SOCIAL HUMAN RIGHTS

Human rights have allowed the evolution of the regulatory frameworks in every country with the objective of ensuring the protection of the rights inherent to each and every person. According to the National Human Rights Commission, they are defined as «the set of prerogatives based on human dignity, whose effective exercise is indispensable for the comprehensive development of the person. This set of prerogatives is established within the national legal system, in the Mexican Constitution, international treaties and laws»<sup>2</sup>.

Therefore, these rights must be considered fundamental for the comprehensive development of any human being and the State has the responsibility to guarantee their due protection and effective fulfilment since they are part of national and even international legislation pursuant to the signing and ratification of various international treaties that provide for their protection.

These human rights have been constantly evolving to meet the new realities and needs in the world. Among them, the rights of people as citizens were regulated, followed by social rights and then environmental rights. Today we wonder whether human rights arising from artificial intelligence and digitalization should be established within the catalogue of human rights.

1. Enacted in January 2019 by former President Donald Trump, it states that any person entering the United States of America seeking asylum or protection must wait in Mexico for the duration of their immigration court proceedings.

2. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *¿Qué son los derechos humanos?*, México, 2021, at: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>, accessed on 13 June 2022.

By way of example, we can cite Ferdinand von Schirach, who proposes six new human rights that should be adopted in Europe: the right to the environment, to digital self-determination, artificial intelligence, truth, globalization and the demand for fundamental rights<sup>3</sup>.

This interesting example shows how the evolution of human rights has allowed them to be in keeping with reality.

In this sense and fortunately thanks to the evolution of social human rights, they are now included in international instruments and national legal frameworks as provisions that recognize, guarantee and protect people from any type of vulnerability or social inequality through a series of positive benefits that allow for people's full development. These rights revolve around food, education, work, housing, health and social security.

Social human rights have succeeded in changing the very paradigm of social rights since they had been denied their coercive and enforceable nature over the years and have largely been considered simply aspirational and programmatic rights<sup>4</sup>.

Among the characteristics of human rights, analysed from the unique perspective of social human rights and migrant human rights, the following stand out:

- a) Universality: As these rights correspond to any person, without their being bound to any condition, including migratory status or nationality, in order to be granted, since, for the simple fact that the beneficiaries are persons, the human rights provided in international instruments, as well as those contained in the internal framework of States, must be guaranteed.
- b) Imprescriptible: As these rights do not expire for any reason, they can therefore not be taken away from the person and will always be valid and the State must respect and protect them.
- c) Non-renounceable: By the nature of the protective framework of human rights, they cannot be waived by any individual since human rights *per se* are inherent to human beings and waiving them would contradict their nature. Human rights remain with migrants and are not lost by crossing a border or a territorial jurisdiction boundary.
- d) Interdependent: All human rights are linked to each other in such a way that it is not possible to exercise one without taking the others into account. For instance, it is not possible to speak of the right to freedom without the right to migrate; or the right to life without associating it with the right to health, to mention a few.
- e) Progressiveness: These rights are in constant evolution according to the social contexts experienced every day. Thus, new generations of rights provide a more extensive protective mantle for the benefit of the individual. Moreover, compliance with this principle implies constant progress in guaranteeing

3. Von Schirach, F.; Mensch, J.: *Luchterhand*, Germany, 2021, pp. 18-19.

4. Arango Rivadeneira, R.: *Derechos sociales, Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, México, 2015. p. 1677.

people's rights, granting benefits or simply recognizing them in other legal systems. From the above, this principle «entails no regression in recognizing and guaranteeing these rights»<sup>5</sup>.

## A. International Instruments with Human Rights in the Americas

If we briefly analyse the history of human rights starting from their regulatory origin applicable in the Americas, the main ones (but not the only ones) are:

### 1. *The Virginia Declaration of Rights of 1776*

Signed on June 12, 1776, in Virginia, United States of America, this document contains 16 declarations proclaiming that all men are by nature free and independent and have inherent rights. It should be noted that although it was an innovative document in terms of human rights, it was discriminatory since the points in this declaration did not apply to women, i.e., the rights therein were exclusively for men<sup>6</sup>.

### 2. *The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen)*

Adopted on August 26, 1789, by the French National Constituent Assembly, this was one of the fundamental documents for the consolidation of the French Revolution. This declaration has 17 articles (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789) that discuss the rights that all men should enjoy merely because they are persons and that these rights should not be subjected to the consent of third parties for their fulfilment. Like the Virginia Declaration, the rights contemplated in this declaration did not apply to women or to enslaved people.

### 3. *The Charter of the Organization of American States of 1948*

This establishes the creation of the Organization of American States, entering into force on December 13, 1951. This charter contemplates the fundamental foundations of the organization in 146 articles divided into 21 chapters<sup>7</sup>. Its contents establish the human rights that must be respected by the States that ratify it, making it an instrument of utmost importance for the analysis of social human rights.

5. Comisión Nacional de los Derechos Humanos: *Aspectos básicos de derechos humanos*, México, 2018, p. 7.

6. Amnesty International: *Declaración de Derechos de Virginia*, 1976, at: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>, accessed on 13 June 2022.

7. Carta de la Organización de los Estados Americanos 1948.

#### 4. *Universal Declaration of Human Rights*

Approved in Paris in December 1948, it contains 30 articles describing «the guarantees and principles that correspond to any person regardless of origin, nationality, sexual orientation, religion, political ideology, gender, age»<sup>8</sup>. While this declaration is not, strictly speaking, an international treaty, it has been the fundamental benchmark instrument for the interpretation of all human rights instruments.

This declaration paved the way for the evolution of a new generation of rights that guarantees minimum protections for people simply because they are human and, ultimately, has led to the establishment of three generations of human rights that have broadened the catalogue of human rights.

#### 5. *American Declaration of the Rights and Duties of Man*

Adopted at the 9<sup>th</sup> International American Conference in Bogota, Colombia in 1948, this declaration contemplates the indispensable and inherent rights of all men in its 38 articles, taking into consideration that

“the essential human rights by the American States together with the guarantees given by the internal regimes of the states establish the initial system of protection considered by the American States as being suited to the present social and juridical conditions, not without a recognition on their part that they should increasingly strengthen that system in the international field as conditions become more favorable”<sup>9</sup>.

This declaration is an extremely important instrument for the Americas since the members of the Organization of American States are committed to fully respecting the contents of this document and, therefore, their populations will benefit from the rights stemming from this declaration.

#### 6. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*

Adopted and ratified by the United Nations General Assembly on December 16, 1966, this covenant consists of 31 articles divided into the following categories: social, economic and cultural. The content of the articles covers the «basic social and economic conditions needed for a life in dignity and freedom»<sup>10</sup>. In this sense, this covenant establishes social human rights, which include the following: the right to work, to social security, to health and education, among others.

8. UNHCR: *¿Cuáles son los derechos sociales y qué aplicación tienen?*, ACNUR, Suiza, 2016, at: [https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/), accessed on 13 June 2022.

9. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

10. Red-DESC: *Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Red-DESC, México, 2020, at: <https://www.escri-net.org/es/derechos>, accessed on 13 June 2022.

## 7. *The International Covenant on Civil and Political Rights of 1966*

Adopted by the United Nations General Assembly on December 16, 1966, for the purpose of obliging States to «promote universal respect for, and observance of, human rights and freedoms»<sup>11</sup>, the 53 articles of the Convention include rights of a political nature, such as the self-determination of peoples, as well as civil rights, such as the prohibition of slavery.

## 8. *American Convention on Human Rights of 1969*

Adopted from November 7 to 22, 1969 in San Jose, Costa Rica, this instrument is important for migrants because it points out that the «essential rights of man are not derived from one's being a national of a certain state, but are based upon the attributes of the human personality»<sup>12</sup>. Hence, the need for international protection must contribute to the highest protection of the rights of persons, including those provided for in the national frameworks of the States. Therefore, this instrument contains a series of basic and comprehensive rights to be respected by all signatory States, which are embodied in the 82 articles of the convention.

## 9. *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*

Also known as the Protocol of San Salvador, which gave rise to the Economic, Social, Cultural and Environmental Rights, better known as ESCER, this protocol was signed and ratified in 1999 and contains provisions intended to reiterate the purpose of having a continent based on respect for the essential human rights of men and women<sup>13</sup>. Its 22 articles establish provisions on economic, cultural and social matters. Examples of social human rights contained in ESCER are the right to health, to a healthy environment, and labour rights, among others.

Having outlined international instruments with human rights applicable in the Americas, we can examine them in the light of the problem of irregular migration. For many migrants whose migratory status is irregular, the fact that these regulations exist does not change their reality.

Access to the benefits deriving from social human rights such as labour rights, right to health and rights to access to social security for migrants implies multifaceted and multidimensional problems for States since it is necessary for them to act within their national legal frameworks, as well as through public policies that ensure the respect and protection of the social human rights of migrants living in their territories.

11. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

12. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

13. Protocolo de San Salvador, 1988.

In this sense, the analysis is divided into two parts. The first one presents the general international instruments that include social human rights, as shown in Table 1, establishing the following rights as parameters: education, health, housing, work, and social security. The right to freedom of movement is also included as a guarantee of migration.

**Table 1.**

*International human rights instruments that provide for social human rights in the Americas*

International Instrument	Education	Health	Housing	Work	Social Security	Freedom of Movement
Universal Declaration of Human Rights (1948)	Right to free education	Right to an adequate standard of living through access to health care	Right to an adequate standard of living through access to housing	Right to access to work Right to employment benefits	Right to social security	Right to freedom of movement and choice of residence
Charter of the Organization of American States (1948)	Right to education	Right to work to ensure health through fair wages		Right to work		
American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948)	Right to education	Right to the preservation of health and to well-being	Right to property	Right to work and to fair remuneration	Right to social security Right to protection of maternity	Right to residence and movement
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)	Right to education	Right to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health	Right to an adequate standard of living through housing	Right to work	Right to social security	
American Convention on Human Rights (1969)	Right to education		Right to property			Freedom of movement and residence
Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador, 1988)	Right to education	Right to health and well-being		Right to work	Right to social security	
MERCOSUR's Social and Labor Declaration of 1998				Right to free choice of employment	Right to social security	

Source: Prepared by the author based on the abovementioned international instruments.

From the contents of the international human rights instruments listed in Table 1, the following conclusions can be drawn:

- a) The progressiveness of social human rights is evident in their historical development. While the Virginia Declaration of Rights of 1776 and the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 only generally addressed the right to property (the basis of the right to housing) without specifically establishing social human rights according to the selected categorization, as of 1948 the Universal Declaration of Human Rights already recognizes social human rights without discriminating against women and enslaved people.
- b) Meanwhile, the Universal Declaration of Human Rights undoubtedly marked an important turning point for transforming and adapting the national legal frameworks of countries so that their constitutions would include the human rights that all people should enjoy. This declaration contains the 6 social human rights analysed herein and although this instrument is not binding for UN member States, it is a guideline for building constitutions that adhere to respect for human rights. This declaration is the ultimate benchmark instrument on human rights and, consequently, on social human rights.
- c) The Universal Declaration of Human Rights led to the adoption of new human rights instruments through international, regional or continental bodies, which, along with the countries involved, made a commitment to implement, protect and respect these rights within their societies, with the aim of making them binding for these States. One example is the Organization of American States through the Charter of the Organization of American States and the American Declaration on the Rights and Duties of Man.
- d) The evolution of law has led to the establishment of international instruments that respond to the new realities of the world, which has resulted in rights have enhanced the concept of human rights. Such is the case of the human rights recognized by the International Convention on Economic, Social and Cultural Rights, which have prompted a new legal culture in the field of human rights and have given greater force to their recognition to the extent that they are considered fundamental social rights established in countries' constitutions.
- e) The inclusion of human rights, particularly social rights, in constitutions has opened the door to their justiciability through national and even international judicialization by constitutional courts and, consequently, the Inter-American Court of Human Rights.

As regards the rights of migrants, there are several international instruments applicable to the Americas, most notably: the 1984 Cartagena Declaration on Refugees; the 1994 San Jose Declaration on Refugees and Displaced Persons; the 2004 Mexico Declaration and Plan of Action to Strengthen the International Protection of Refugees in Latin America; the 2010 Brasilia Declaration on the Protection of Refugees and Stateless Persons in the Americas; the 2016 New York Declaration for Refugees and Migrants;

the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, which was approved at an intergovernmental conference on international migration on December 10-11, 2018 in Morocco, and the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration of October 26, 2020. All these documents address, in general terms, the main problems affecting migrants and stress the need for States to take measures to eradicate the violation of their rights.

Therefore, to continue with the analysis described above, the second part is shown in Table 2, which contains an outline of the development of those international instruments on migration that include social human rights:

**Table 2.**

*International instruments on migration that provide for social human rights*

International Instrument	Education	Health	Housing	Work	Social Security	Freedom of Movement
Convention Relating to the Status of Refugees (1951)	Right to equal treatment in access to education		Right to equal treatment in access to housing	Right to employment benefits	Right to social security benefits	Right to freedom of movement and choice of residence
Declaration on the Human Rights of Individuals who are not nationals of the country in which they live (1985)	Right to education	Right to health		Right to employment benefits	Right to social security	Right to freedom of movement and choice of residence
International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families (1990)	Right to education	Right to health	Right of access to housing	Right to employment benefits	Right to equal treatment in access to the social security system	Right to freedom of movement and choice of residence
Brazil Declaration "A Framework for Cooperation and Regional Solidarity to Strengthen the International Protection of Refugees, Displaced and Stateless Persons in Latin America and the Caribbean" (2014)	Right to access for refugees to education	Right to access for refugees to health	Right to access for refugees to housing	Right of access for refugees to employment		Right to free movement of people
New York Declaration for Refugees and Migrants (2016)	Right to education	Right to health care	Humanitarian assistance for shelter			Right to leave any country, including his or her own, and to return to his or her country

Source: Prepared by the author based on the abovementioned international instruments.

The following 4 points can be gleaned from Table 2:

- a) The international instruments on migration under analysis consider a series of social human rights (based on the established categorization) that aim to protect migrants. Some of them, like the Declaration on the Human Rights of Individuals who are not nationals of the country, *are soft* law instruments with no binding obligation for compliance by the States. However, this does not mean that they are not a benchmark framework for any other document that establishes human rights, in addition to serving as guidelines for States to adapt their national legal frameworks on the subject.
- b) Most of these instrument clearly state that the protection of the social human rights covered will be for the benefit of migrant workers and, if applicable, their family members who have regular migratory status in the host country, thus limiting access to these rights to workers with an irregular migratory status, as in the case of the International Convention for the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families; the Convention on the Status of Refugees, 1951; the Brazil Declaration: A Framework for Cooperation and Regional Solidarity to Strengthen the International Protection of Refugees, Displaced and Stateless Persons in Latin America and the Caribbean of 2014 and the New York Declaration for Refugees and Migrants of 2016.
- c) Some instruments contemplate social human rights differently since the right of access to work is not the same as the right to the benefits derived from employment (Declaration on the Human Rights of Individuals who are not nationals of the country in which they live); nor is the right of access to housing (Brazil Declaration) the same as humanitarian assistance for housing (New York Declaration); nor is the right to social security (Declaration on the Human Rights of Individuals who are not nationals) the same as the right to social security benefits (Convention Relating to the Status of Refugees) or the right to equal treatment to access the social security system (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families). Although it is true that these instruments are intended to address social human rights, the form and context in which they must be guaranteed by the State are entirely different based on the commitments acquired and set forth in the document.
- d) As to migrants' right to freedom of movement and choice of residence, all these instruments state that migrants, who have a regular migratory status and comply with the formalities and requirements established in each of the States, will have this right. Therefore, this right is limited to the migrant's legal migratory status, which raises the question of whether the right to freedom of movement is a human right, given that it may only be exercised by complying with an administrative requirement regarding a person's migratory status and not by simply being a person, thus generating a contradiction.

Finally, it should be pointed out that social human rights have gained an international recognition that commits States, as members of the international community, to

respect and protect these rights through their national legislations. However, in many of these legislations, this recognition is still under development and requires legislative changes to achieve effective compliance, especially considering that not all countries have the same financial capacity or social conditions to assume the burdens entailed in the effective compliance of these rights since in some cases, like Mexico, universal coverage of social rights for nationals has yet to be attained, which further complicates the protection of these rights for foreigners.

## **B. International Labour Organization (ILO) Conventions and Recommendations Concerning the Human Right to work and social security for migrants**

An important part of the evolution of social human rights is the recognition that specialized international organizations have given to some of these rights. Among such bodies, the ILO stands out as it is mandated to «set labour standards, develop policies and devise programmes promoting decent work for all, women and men and has international instruments that contribute to the protection of migrant workers.

The main instruments governing the labour and social security rights of migrants, regardless of their migratory status, are:

- Equality of Treatment (Accident Compensation) Convention, 1925 (No. 19).
- Equality of Treatment (Accident Compensation) Recommendation, 1925 (No. 25).
- Maintenance of Migrants' Pension Rights Convention, 1935 (No. 48) (Status: Outdated instrument).
- Employment Service Convention, 1948 (No. 88).
- Migration for Employment Convention (Revised), 1949 (No. 97).
- Migration for Employment Recommendation (Revised), 1949 (No. 86).
- Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102).
- Protection of Migrant Workers (Underdeveloped Countries) Recommendation, 1955 (No. 100).
- Equality of Treatment (Social Security) Convention, 1962 (No. 118).
- Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143).
- Migrant Workers Recommendation, 1975 (No. 151).
- Maintenance of Social Security Rights Convention, 1982 (No. 157).
- Maintenance of Social Security Rights Recommendation, 1983 (No.167).
- Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, 1930.

In this sense, a brief analysis is made of the content of those that regulate the human right to work and social security for persons with an irregular migratory status:

## 1. Migration for Employment Recommendation (Revised), 1949 (No. 86)

This recommendation, adopted on July 1, 1949, calls on States to adopt the necessary and sufficient measures to ensure that migrant workers and their families have access to free information and administrative migration procedures to facilitate their arrival or departure from the territory in a regular and orderly manner, as appropriate.

As regards migrants, there is a contradiction with respect to Convention 97 since the recommendation defines migrant workers by establishing that the term applies to those who migrate from one country to another to be employed, thereby including any person normally admitted, which is applicable even to those with an irregular migratory status, contrary to the Convention 97 provision, which establishes that its application is exclusively for people with a regular migratory status.

## 2. Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143)

Convention 143 on migrant workers was passed in 1975 when the international community became aware of the increase in irregular migration. It stipulates the regulation of migratory flows, the elimination of clandestine migration and related crimes: human smuggling and trafficking, and the facilitation of the integration of migrants into host societies. It also regulates equal treatment and opportunities for migrant workers.

## 3. Migrant Workers Recommendation, 1975 (No. 151)

On June 24, 1975, this recommendation was adopted for the central purpose of insisting on the need for ILO member countries to apply policies on migration based on the economic and social needs of the countries of origin and of employment, considering the short and long-term consequences of migratory phenomena for migrant workers as well as for the communities concerned.

It establishes the rights for irregular migrants: access to vocational guidance and placement services, freedom to choose the employment of their preference and on the basis of individual suitability, advancement and security of employment, remuneration of equal value, conditions of work like working hours, mandatory rest periods, annual holidays, occupational safety and health measures and right to membership of trade unions. It also provides that all workers, regardless of their migratory status, will have the right to receive payment for services rendered and benefits owed to them at the time of leaving the territory of a Member country. If this is not the case, they will have the right to appeal to the corresponding legal authorities<sup>14</sup>.

14. Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975.

## C. International Instruments of the International Organization for Migration Regulating Social Human Rights

Recognizing and accepting the importance of migratory phenomena at international levels, various international instruments that address this issue have been signed. In order to know more about them, the following analyses those that regulate the human rights, particularly social human rights.

### 1. Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration

Its content represents the first document to be jointly negotiated between various government representatives and coordinated by the United Nations (UN) and the International Organization for Migration (IOM). It covers the following issues regarding international migration:

“...human rights of all migrants, drivers of migration, international cooperation and governance of migration, contribution of migrants and diasporas to sustainable development, smuggling migrants, trafficking in persons and contemporary forms of slavery, irregular migration and regular pathways, including decent work, labour mobility, recognition of skills and qualifications and other relevant measures...”<sup>15</sup> (Portal de datos mundiales sobre la migración, s.f.).

The following ten cross-cutting and interdependent guiding principles are agreed upon as the basis of this Compact: people-centred, international cooperation, national sovereignty, rule of law and due process, sustainable development, human rights, gender responsive, child-sensitive, whole-of-government approach and whole-of-society approach.

Likewise, the measures are foreseen for its adequate implementation, follow-up and review of each of the 23 objectives (Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, 2018). In the area social human rights, the following stand out: 6. Facilitate fair and ethical recruitment and safeguard conditions that decent work (right to work); 15. Provide access to basic services for migrants (right to health, food and housing); 18. Invest in skills development and facilitate mutual recognition of skills, qualifications and competences (right to education and training for work) and 22. Establish mechanisms for the portability of social security entitlements and earned benefits (right to social security).

15. Portal de datos mundiales sobre la migración, Política migratoria, *El proceso de desarrollo del Pacto Mundial para la Migración*, at: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/el-proceso-de-desarrollo-del-pacto-mundial-para-la-migracion#definicion>, accessed on 13 June 2022.

## 2. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (ICRMW)*

This convention was adopted on December 18, 1990. Mexico ratified this convention without any reservation on March 8, 1999, and it covers all workers who are immigrants in any country, without any distinction based on sex, nationality, race, religious belief or any other circumstance. Workers will be protected during the entire process surrounding their migration, i.e., from preparing for the trip, transportation, traveling to the country where they will work, and their stay there. Definitions of certain concepts are included, such as migrant worker, frontier worker, seasonal worker, seafarer, itinerant worker, specified-employment worker, self-employed worker, and irregular migrant worker, among others. This convention calls on member countries to equally uphold the rights of migrant workers, primarily human rights, as recognized for nationals of each country, including the right to work, health, social security, education and housing.

Of note in this document is Article 35, which states that none of the provisions contained in the convention should be conditioned on the regularization of the migratory status of the workers or members of their families. This complements the content of one of the considerations in the preamble, which indicates that the employment of migrant workers in an irregular situation may be discouraged to the extent that they are granted the same rights as regular workers, despite their immigration status, since it would no longer appeal to employers to hire them if, in the end, they have to be provided with the exact same benefits regardless of their migratory status.

### D. **Recent Pan American Health Organization (PAHO) Resolutions**

Although the World Health Organization and the PAHO have drafted several resolutions that serve as guidelines for safeguarding the health of migrants, not all of them expressly include irregular migrants. From this perspective, the following stands out:

#### 1. *Resolution CD55.R13 “Health of Migrants”*

This resolution was issued by the 55<sup>th</sup> Directing Council of the Regional Committee of WHO for the Americas on September 30, 2016. Its objectives include urging Member States to use the contents of this document to generate health policies and programs to address the problems of inequity that migrants suffer, to develop initiatives to change and improve regulatory and legal frameworks taking into account the specific needs of migrants, and to make progress in providing migrants with access to the same level of financial protection and health services as nationals. It points out that irregular migrants are included, as these aspirations are regardless of the migratory status, they may have<sup>16</sup>.

16. Consejo Directivo del Comité Regional de la OMS para las Américas: *Resolución emitida por el 55° Consejo, Health of Migrations, 30 septiembre, 2016*, at: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2016/CD55-R13-e.pdf>, accessed on 13 June 2022.

### III. MIGRATION IN MEXICO FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL PROVISIONS ON SOCIAL HUMAN RIGHTS

The topic of migration in Mexico can be analysed from many perspectives. For the purpose of this research, we will focus on identifying the international human rights provisions applicable to this country in order to subsequently show how the ratification of all these international instruments does not guarantee the provision of benefits derived from the social human rights of irregular migrants.

#### A. International conventions ratified by Mexico

Mexico has ratified several international human rights instruments that include social human rights, such as:

- Charter of the Organization of American States ratified on November 23, 1948<sup>17</sup>.
- American Convention on Human Rights ratified on March 2, 1981<sup>18</sup>.
- International Covenant on Civil and Political Rights ratified on March 24, 1981<sup>19</sup>.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) ratified on March 23, 1981<sup>20</sup>.
- Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador, 1988) ratified on September 1, 1998<sup>21</sup>.

It should be noted that due to the non-binding nature of some international instruments, such as the Universal Declaration of Human Rights, the ratification by States parties is not necessary. However, this does not mean that Mexico does not consider its content since this Declaration serves as a guideline for amending the national regulatory framework.

Likewise, there are other instruments that do not require ratification for compliance since they come *per se* from international organizations and Mexico, by being a party to them, commits itself to comply with the undersigned declarations. One clear example

17. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, CIDH, 1948, at: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, accessed on 13 June 2022.

18. Organización de Estados Americanos: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos, México, 1969, at: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf), accessed on 13 June 2022.

19. UN: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, UN, USA, 1966, at: <https://www.ohchr.org/sp/professional-interest/pages/ccpr.aspx>, accessed on 13 June 2022.

20. Naciones Unidas: *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, UN, USA, 1966, at: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>, accessed on 2 June 2022.

21. Organización de Estados Americanos: *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales „Protocolo de San Salvador“*, OAS, 1988, at: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>, accessed on 13 June 2022.

of this is the American Declaration on the Rights and Duties of Man, which applies to the States that are members of the Organization of American States.

Mexico has also ratified international instruments –albeit few– on migration that include social human rights:

The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, adopted by Mexico on June 7, 2000, and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (1990) ratified on March 8, 1999.

It also approved the commitments covered by other international instruments, such as the 2016 New York Declaration for Refugees and Migrants, a document that does not require ratification for compliance.

As for the International Labour Organization instruments that regulate migrants' human right to work, health and social security, Mexico has only ratified Equality of Treatment (Accident Compensation) Convention, 1925 (No. 19) and Equality of Treatment (Social Security) Convention, 1962 (No. 118). Unfortunately, it should be mentioned that neither the Migration for Employment Convention, 1949 (No. 97) nor the Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143) have been ratified by Mexico. This is worrisome and disconcerting given that Mexico is a country of internal, international, transit, destination and return migration.

Continuing with this list, Mexico has ratified some multilateral or regional instruments that include social human rights, the most important of which are as follows:

- Convention on the Status of Aliens, adopted on February 20, 1928, in Havana, for the purpose of establishing the legal condition of migrants who are in a country other than their country of origin<sup>22</sup>.
- Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights “Protocol of San Salvador”.
- United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) or North American Free Trade Agreement (NAFTA), which entered into force on July 1, 2020<sup>23</sup>.

Similarly, Mexico has signed a large number of bilateral agreements on various matters, the most representative of which containing social human rights are:

- Basic Agreement for Cooperation on Matters of Social Security between the United Mexican States and the Kingdom of Spain, signed on November 7, 1979.
- Cooperation Agreement on Matters of Social Security between the Government of the United Mexican States and the Government of the Oriental Republic of Uruguay, signed on October 26, 1990.

22. Organización de Estados Americanos: *Convención sobre Condiciones de los Extranjeros*, OAS, Estados Unidos de América, 2018, at: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-22.html>, accessed on 4 June 2022.

23. Senado de la República: *Aprueba Senado Protocolo Modificadorio del T-MEC*, México, 2020, at: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/47234-aprueba-senado-protocolo-modificadorio-del-t-mec.html>, accessed on 4 June 2022.

- Agreement on Social Security between the United Mexican States and the Kingdom of Spain, signed on April 25, 1994.
- Agreement on Social Security between the United Mexican States and Canada, signed on April 27, 1995.
- Cooperation Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the French Republic regarding the Readmission of Persons, signed on October 6, 1997.

Last but not least, it is worth mentioning Advisory Opinion 18/2003 on the Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants issued by the Inter-American Court of Human Rights at the request of Mexico<sup>24</sup>.

Mexico raises four questions in this document. The core of each one is to determine whether the fact that a person holds the status of “illegal immigrant”<sup>25</sup> in US territory is sufficient cause to deny them the application and recognition of human rights like those of equality and non-discrimination. While it is understandable that the treatment given to a person who enters a country’s territory illegally can never be the same as that given to someone with a legal status, it is also understandable that this situation can under no circumstances be a reason for them to be discriminatorily denied fundamental labour rights like the right to labour equality, to equitable remuneration, to unionize, and to due process, among others.

The Inter-American Court of Human Rights ruled that human rights must be respected and guaranteed, based on the principle of equality and non-discrimination, including for migrants, as well as the recognition of the rights of undocumented workers and the government’s obligation to establish migration policies that respect human rights.

It stands to note that the Court recognizes that is not possible to compare a legal migrant with an illegal one and therefore grant them the same treatment. However, this inequality should not be understood or applied detrimentally, nor with the purpose of undermining their fundamental rights, considering, above all, that they are already in a situation of juridical disadvantage.

It reiterates the State’s obligation to protect and oversee relations between individuals, including labour relations, and that discriminatory conduct on behalf of employers should not be tolerated, regardless of the worker’s immigration status, especially in the case of the United States, as it is a country that receives significant migration flows.

24. Opinión Consultiva OC-18/2003, (2003) Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf), accessed on 4 June 2022.

25. Even though the term “illegal migrant” was used in the Court, it refers to migrants with an irregular migratory status.

## B. Provisions regulating social human rights for migrants with an irregular migratory status

The Political Constitution of the United Mexican States includes several provisions that must be analysed in connection with the social human rights of migrants with an irregular migratory status. The basis of all such provisions is found in Article 1, which contemplates several guarantees:

- a) All persons in Mexican territory shall enjoy human rights.
- b) The human rights that persons are entitled to are those recognized in the Constitution and in the international treaties signed and ratified by Mexico.
- c) Discriminatory behaviours based on, *inter alia*, ethnic or national origin, is prohibited.

Pursuant to these provisions and applied to the specific case of migrants (with regular or irregular migration status), it must be understood that by the mere fact of being in Mexican territory, migrants are protected by the same rights as any national, without there being any justification so that the human rights recognized in both the Constitution and in the international treaties, which have been mentioned throughout this article, may be applied differently and to their detriment. This provision is stressed in the Migration Law, stating that «the Mexican State shall guarantee to all foreigners the exercise of the rights and freedoms recognized in the Constitution, in the international treaties and conventions to which the Mexican State is a party and in the applicable legal provisions, regardless of their migration status»<sup>26</sup>.

It should be pointed out that Mexico has recently raised the visibility of irregular migratory status in its regulations by providing a specific definition in the Migration Law: A foreigner is considered to have an irregular migratory status when they have failed to comply with the migration-related provisions for their entry and stay in the country<sup>27</sup>. This has conflicting consequences because on the one hand, by making them visible, migrants with an irregular migratory status are granted recognition of their human rights; on the other hand, it clearly establishes that foreigners who are in national territory irregularly will be subject to the assisted return and deportation procedure, barring the exceptions provided for in the law itself.

And from the recognition of their human rights, the regulatory framework governing the protection of social human rights for migrants is established and analysed below:

### 1. Education

The right to education in national territory is outlined from Article 3 of the Federal Constitution, which begins by stating: «Every person has the right to education».

26. Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Ley de Migración*; (2011), México. at: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, accessed on 4 June 2022.

27. *Idem*.

The General Education Law, which regulates this constitutional article, indicates that «every person shall enjoy the fundamental right to education under the principle of the intangibility of human dignity»<sup>28</sup>. This is consistent with international human rights treaties extending this protection to migrants with an irregular migratory status.

In this regard, it also points out that the State is in charge of education. In addition to being mandatory, the education provided by the State will be universal as it is a human right that corresponds to all persons equally. Therefore, its benefits will be extended without any discrimination whatsoever, in accordance with the provisions of Article 1 of the Political Constitution of the United Mexican States<sup>29</sup>.

Specifically, regarding the inclusion of migrants with an irregular migratory status, Article 8 of the Migration Law stipulates that:

“... regardless of their migration status, the migrant population may have access to educational services provided by the public or private sector and it further states that no administrative act shall establish restrictions on foreigners greater than those established in general for Mexicans”<sup>30</sup>.

In this context, the right to education for them is guaranteed through various programs and regulations:

- a) The Education without Borders Program of the National Institute for Adult Education (INEA), whose purpose is «to provide educational services to migrants, whether they are returning or repatriated co-nationals, applicants for refugee status, refugees, beneficiaries of complementary protection or foreigners living in Mexico»<sup>31</sup>.

The obstacle encountered in this program is based on the requirements to be a beneficiary, which are found in the operating rules of the adult education program (INEA) for the 2020 tax year. Said rules state that repatriated persons and persons in a situation of educational backwardness in national territory must be registered with the General Office of National Registry of Population and Identity (RENAPO) at the Ministry of the Interior. If the interested party states that they do not have the Sole Population Registration Code (CURP) issued by RENAPO or school records, they can only receive educational services by filling out a Beneficiary Registration. However, in order to obtain this registration a certificate or certification of studies, or financial support under the provisions of these operating rules, a CURP or, in the case of middle school, an

28. Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Ley General de Educación*, México, 2019, at: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, accessed on 4 June 2022.

29. *Idem*.

30. *Idem*.

31. Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA): *Acciones y Programas: Educación sin fronteras*. INEA, at: <https://www.gob.mx/inea/acciones-y-programas/educacion-sin-fronteras-190952>, accessed on 4 June 2022.

elementary school diploma<sup>32</sup>, must be presented. The services provided in the educational scope are for literacy and to encourage the target population to «start, continue or certify their elementary or middle school» education. These services are available in the 31 states and Mexico City.

- b) Initial and Basic Community Education Program by the National Council for the Promotion of Education (CONAFE). This program allows migrant children and adolescents of school age to attend kindergarten, elementary and middle school<sup>33</sup>, without any impediment in terms of the requirements for their admission. The only limitation could be related to the communities since they must organize themselves to ensure that the educational services of this program become possible and that the irregular migrant population can have access to them.
- c) Specific school control rules on enrolment, re-enrolment, accreditation, advancement, regularization and certification in basic education. On the other hand, they are inclusive in that they encourage the inclusion of migrant children and adolescents, favouring at all times the right to education by addressing the requirements and documents for enrolling in public and private schools within their guidelines and stressing that «the lack of documentation will not be an obstacle to guaranteeing their rights. It is enough for students to simply be the age established by the General Education Law»<sup>34</sup>, the only restriction considered is the discretion accorded to the states to set the requirements, where the right to education for that population is hindered.

Lastly, it should be noted that the Migration Law states that foreigners, making special mention of children and adolescents, at migrant holding centres have the right to participate in recreational, educational and cultural activities throughout their stay at migrant holding centres<sup>35</sup>.

It follows that, although children have access to educational services, adults in an irregular migratory situation do not have access to this right because of the administrative requirements for their enrolment or school certification.

## 2. Health

Article 4 of the Political Constitution of the United Mexican States declares that every person has the right to health protection and the Migration Law reiterates this

32. Secretaría de Gobernación: Diario Oficial de la Federación, Acuerdo número 06/03/21 por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa Educación para Adultos (INEA) para el ejercicio fiscal 2021, México, 2021, at: [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5614145&fecha=23/03/2021](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5614145&fecha=23/03/2021), accessed on 4 June 2022.

33. *Idem*.

34. Secretaría de Educación Pública: Documentos normativos: normas específicas de control escolar relativas a la inscripción, reinscripción, acreditación, promoción, regularización y certificación en la educación básica. México. at: [https://www.controlescolar.sep.gob.mx/es/controlescolar/Documento\\_de\\_Normas](https://www.controlescolar.sep.gob.mx/es/controlescolar/Documento_de_Normas), accessed on 4 June 2022.

35. Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Reglamento de la Ley de migración*, México, 2012, at: <http://www.diputados.gob.mx/Ley%20General%20de%20Educaci%C3%B3nLeyesBiblio/index.htm>, accessed on 9 June 2022.

commitment to the irregular migrant population, stressing that «medical services must be provided regardless of their migratory status»<sup>36</sup>.

An analysis of this law and its regulations suggests the following:

- a) Immigration authorities may, for humanitarian reasons, authorize the entry of foreigners who do not comply with any of the requirements for internment on grounds of protection when due to a risk to their own health or life, they cannot be returned to their country of origin or cannot continue their trip.
- b) Medical and psychological care services shall be provided at migrant holding centres. Even people with special dietary needs, such as older adults and pregnant women, will receive a suitable diet so that their health will not be affected while their migration status is being defined<sup>37</sup>.
- c) Regardless of their migration status, migrants will have the right to receive, free of charge and without any restriction whatsoever, any type of urgent medical care needed to safeguard their lives with no greater restrictions than those established in general for Mexicans<sup>38</sup>.

Besides, in 2018 the Comprehensive Health Care Plan for the Migrant Population was established seeking to promote access to medical care, as well as psychological care, at other levels of care –emergency, hospital, rehabilitation or palliative care– regardless of migratory status when required to preserve the health or life of both the migrant and any family member in national territory. It should be specified that this plan already included vaccination for migrants before the pandemic, and therefore migrants are being vaccinated at the various Temporary Migrant Shelters, Migrant Attention Modules and Health Units (permanent or mobile).

From this perspective, migrants with an irregular migratory status have access to assistance programs like the so-called Health Institute for Welfare (INSABI)<sup>39</sup> and the Mexican Social Security Institute (IMSS) through IMSS-BIENESTAR. The first one offers first and second level medical care for people who do not have social insurance and the second one provides *first level medical care, psychological care and public health care*<sup>40</sup> (Plan Integral de Atención a la Salud de la Población Migrante, s.f.) for those who do not have social security, do not have the financial means to access medical services and reside in a marginalized area.

Unfortunately, affiliation to either institution is subject to the requirements listed in the «General Health Law and its regulatory provisions» (Ley General de Salud, 1984). For this, it is necessary to have a means of identification like a birth certificate or a Sole Population Registration Code (CURP), documents that the migrant

36. Cámara de Diputados: ob. cit.

37. *Idem*.

38. *Idem*.

39. Hereinafter, INSABI.

40. Secretaría de Salud: *Plan Integral de Atención a la Salud de la Población Migrante*, México, at: <https://epidemiologia.salud.gob.mx/gobmx/salud/documentos/manuales/PlanIntegralAttnSaludPobMigrante.pdf>, accessed on 9 June 2022.

population in an irregular migratory situation does not have within their reach, thus limiting their access to the right to health to the services they can receive at the various Temporary Migrant Shelters, Migrant Attention Modules and Health Units (permanent or mobile).

### 3. Housing

The Mexican Constitution establishes that «every family has the right to enjoy a decent and respectable housing»<sup>41</sup>, and the corresponding regulation is the Housing Law, which adheres to the principles of equity and social inclusion, regardless of ethnic or national origin.<sup>42</sup>

The possibilities to access housing that meets the applicable legal characteristics in terms of human settlements, construction, etc., and thereby deemed decent and respectable, are regulated through social assistance. The 2021-2024 National Housing Program recognizes the right to housing as a human right; however, Annex 7 of the Rules of Operation of the Social Housing Program for the 2021 tax year establish that there are six types of support for families: acquisition of housing, housing self-construction, relocation, housing reconstruction, improvements, sustainable comprehensive and improvement of housing units. The same rules stipulate several requirements which include the abovementioned CURP; official identification with the beneficiary's photograph, which may be any of the following: an identification card issued by the INE or IFE, a professional license issued by the SEP, a valid passport or in the case of minors, a marriage license or birth certificate(s) of their dependents; a simple copy of birth certificate; proof of residence and even proof of income, depending on the type of benefit the beneficiary is applying.

The administrative requirements, while not discriminatory to the national population, are unattainable for irregular migrants. Thus, their human right to housing is reduced to temporary lodging provided by shelters, refuges or migrant attention modules.

### 4. Work

Article 5 of the Constitution says that no person may be prevented from engaging in the profession, industry, trade or work of their choice, provided that it is lawful. Its regulations prohibit discrimination based on ethnic or national origin, regardless even of the worker's migratory status (Ley Federal del Trabajo, 1970)<sup>43</sup>. In spite of this, the Federal Labour Law contradicts itself by establishing different limitations for foreign workers, which consist of the following:

41. Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Congreso de la Unión, México, 2022, at: <http://www.diputados.gob.mx/Ley%20General%20de%20Educaci%C3%B3nLeyesBiblio/index.htm>, accessed on 9 June 2022.

42. Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Ley de Vivienda*, México, 2006, at: <http://www.diputados.gob.mx/Ley%20General%20de%20Educaci%C3%B3nLeyesBiblio/index.htm>, accessed on 9 June 2022.

43. Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Ley Federal del Trabajo*, Congreso de la Unión, México, 1970, at: <http://www.diputados.gob.mx/Ley%20General%20de%20Educaci%C3%B3nLeyesBiblio/index.htm>, accessed on 9 June 2022.

- a) Employers are required to have at least 90% Mexican workers.
- b) The categories of technicians and professionals are reserved exclusively for national workers unless a specific expertise is required.
- c) To perform specialty work, foreign workers may be hired, but on a temporary basis and without exceeding 10% of the workers falling into this category. They must also train national workers to carry out these activities.
- d) All physicians working in companies must be Mexican (Ley Federal del Trabajo, 1970).
- e) Any company that hires foreign workers must comply with a series of procedures and legal requirements before the National Immigration Institute.
- f) Foreign workers may not be members of a labour union's board of directors.

From the perspective of immigration regulations, the Migration Law states that no visa grants permission to work in exchange for remuneration, unless it is explicitly indicated in said document. This automatically leaves people in an irregular migratory situation without the possibility of accessing the human right to work because it would contravene the immigration administrative provision.

Additionally, it should be pointed out that only 256 people were able to enter the country in 2020<sup>44</sup> with a permit for remunerated activity.

## 5. Social security

Regrettably, the human right to social security continues to be linked to formal employment, both for nationals and foreigners. This precludes access to social security benefits derived from the branches of insurance included in Mexican social insurance, such as: occupational risks, illnesses and maternity, disability and life insurance, severance at advanced age and old age insurance, and childcare and social benefits. Although Advisory Opinion 18/2003 indicates that labour rights, including social security for workers, do not depend on migratory status, the reality is that neither do nationals have access to social security without formal employment.

Even so, it is possible to voluntarily affiliate oneself to the Mexican Social Security Institute (IMSS), which is one of the most important social insurances in the country. It is known as the Family Health Insurance and is organized by this institute, through which it guarantees the provision of benefits in kind (medical, surgical, pharmaceutical and hospital) arising from sickness and maternity. It is a voluntary insurance that only requires signing an agreement with the institute to receive the benefits in exchange for the payment of the corresponding per person and annual quotas.

The main obstacles for irregular migrants are the following:

---

44. Unidad de Política Migratoria: *Registro e Identidad de Personas*, Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración, Secretaría de Gobernación, México, 2020, at: [http://portales.segob.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Sintesis\\_Graficas/Sintesis\\_2020.pdf](http://portales.segob.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Sintesis_Graficas/Sintesis_2020.pdf), accessed on 12 June 2022.

- a) It is an expensive insurance since the annual premiums are paid per person and in advance. For example, the 2021 quotas go from \$6,200 Mexican pesos (\$303.9 USD)<sup>45</sup> to \$14,850 pesos Mexican pesos (\$727.94 USD) depending on the age range of the insured.
- b) Various documents are requested, such as: official identification, birth certificate, CURP and proof of residence, of the beneficiary and the family members to be included. Hence, we again face an administrative requirement that at first glance is literally easy to verify, but for a migrant in an irregular migratory situation, it tends to be a challenge to substantiate this requirement.

Lastly, it should be noted that through social assistance, social protection benefits are granted to migrants, among which the following programs stand out:

- Health care through the Health Institute for Welfare.
- Community kitchens.

#### IV. CONCLUSIONS

The evolution of social human rights has led to their recognition in international instruments, which helps ensure that States respect the essential rights of vulnerable social groups.

Within this development process, we find that not only have human rights protection frameworks been extended, but they have also been incorporated into domestic legislation, which empowers migrants in the exercise of their rights since their claim is not limited to a geographic area.

The evolution of law, especially in the field of human rights, has led to the establishment of guidelines through international instruments with a view to standardizing international norms and national frameworks so as to ensure respect for the fundamental rights that every person is entitled to enjoy regardless of where or what time they may be.

However, the effectiveness of international instruments on migration depends on State ratification for the protection of the rights inherent to one of today's most vulnerable groups, i.e., irregular migrants.

In the case of Mexico, recent reforms to the Migration Law and its regulations reflect the interest in complying with the international commitments acquired through the ratification of many social human rights international instruments. However, increased irregular migration has made it impossible for irregular migrants to receive social benefits because the requirements imposed on them act as a barrier, on the

---

45. The exchange rate used for this report is \$20.40.03 Mexican pesos = 1 USD, data from the Bank of Mexico on 23 August 2021, available at: Banco de México, Tipo de cambio, Mexico, Banco de México, 2021, <http://www.anterior.banxico.org.mx/portal-mercado-cambiaro/index.html>.

one hand preventing access to irregular migrants, and on the other allowing more nationals to have access since they do not have to share the economic resources allocated for these benefits.

## Bibliography

- Amnesty International: *Declaración de Derechos de Virginia*, 1976, at: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>.
- Arango Rivadeneira, R.: *Derechos sociales, Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, México, 2015. p. 1677.
- Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Congreso de la Unión, México, 2022, at: <http://www.diputados.gob.mx/Ley%20General%20de%20Educaci%C3%B3nLeyesBiblio/index.htm>.
- Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Ley de Migración*; (2011), México. at: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.
- Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Ley de Vivienda*, México, 2006, at: <http://www.diputados.gob.mx/Ley%20General%20de%20Educaci%C3%B3nLeyesBiblio/index.htm>.
- Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Ley Federal del Trabajo*, Congreso de la Unión, México, 1970, at: <http://www.diputados.gob.mx/Ley%20General%20de%20Educaci%C3%B3nLeyesBiblio/index.htm>.
- Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Ley General de Educación*, México, 2019, at: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.
- Cámara de Diputados: LXV Legislatura, *Reglamento de la Ley de migración*, México, 2012, at: <http://www.diputados.gob.mx/Ley%20General%20de%20Educaci%C3%B3nLeyesBiblio/index.htm>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, CIDH, 1948, at: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos: *¿Qué son los derechos humanos?*, México, 2021, at: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos: *Aspectos básicos de derechos humanos*, México, 2018, p. 7.
- Consejo Directivo del Comité Regional de la OMS para las Américas, *Resolución emitida por el 55° Consejo, Health of Migrations, 30 septiembre*, 2016, at: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2016/CD55-R13-e.pdf>.
- Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA), *Acciones y Programas: Educación sin fronteras*. INEA, at: <https://www.gob.mx/inea/acciones-y-programas/educacion-sin-fronteras-190952>.
- Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, UN, USA, 1966, at: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.
- Opinión Consultiva OC-18/2003, (2003) Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf).
- Organización de Estados Americanos: *Convención sobre Condiciones de los Extranjeros*, OAS, Estados Unidos de América, 2018, at: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-22.html>.
- Organización de Estados Americanos: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos, México, 1969, at: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf).
- Organización de Estados Americanos: *sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales „Protocolo de San Salvador“*, OAS, 1988, at: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

- Portal de datos mundiales sobre la migración, Política migratoria, *El proceso de desarrollo del Pacto Mundial para la Migración*, at: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/el-proceso-de-desarrollo-del-pacto-mundial-para-la-migracion#definicion>.
- Red-DESC, *Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Red-DESC, México, 2020, at: <https://www.escri-net.org/es/derechos>.
- Secretaría de Educación Pública, *Documentos normativos: normas específicas de control escolar relativas a la inscripción, reinscripción, acreditación, promoción, regularización y certificación en la educación básica*. México. at: [https://www.controlescolar.sep.gob.mx/es/controlescolar/Documento\\_de\\_Normas](https://www.controlescolar.sep.gob.mx/es/controlescolar/Documento_de_Normas).
- Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, Acuerdo número 06/03/21 por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa Educación para Adultos (INEA) para el ejercicio fiscal 2021, México, 2021, at: [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5614145&fecha=23/03/2021](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5614145&fecha=23/03/2021).
- Secretaría de Salud, *Plan Integral de Atención a la Salud de la Población Migrante*, México, at: <https://epidemiologia.salud.gob.mx/gobmx/salud/documentos/manuales/PlanIntegralAttnSaludPobMigrante.pdf>.
- Senado de la República, *Aprueba Senado Protocolo Modificadorio del T-MEC*, México, 2020, at: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/47234-aprueba-senado-protocolo-modificadorio-del-t-mec.html>.
- UN, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, UN, USA, 1966, at: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.
- UNHCR, *¿Cuáles son los derechos sociales y qué aplicación tienen?*, ACNUR, Suiza, 2016, at: [https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/cuales-los-derechos-sociales-aplicacion-tienen-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/).
- Unidad de Política Migratoria, *Registro e Identidad de Personas, Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración*, Secretaría de Gobernación,, México, 2020, at: [http://portales.segob.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Sintesis\\_Graficas/Sintesis\\_2020.pdf](http://portales.segob.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Sintesis_Graficas/Sintesis_2020.pdf).
- Von Schirach, F.;Mensch, J.: *Luchterhand*, Germany, 2021.



# La situación de las trabajadoras transfronterizas durante más de dos años de cierre fronterizo en Ceuta

## THE SINGULAR SITUATION OF CROSS-BORDER WORKERS DURING MORE THAN TWO YEARS OF BORDER CLOSURE IN CEUTA

**Alejandro Arnet Rodríguez**

Profesor Tutor de Centro Asociado de la UNED en Ceuta

Doctorando

Universidad Nacional de Educación a Distancia

[alearnet@ceuta.uned.es](mailto:alearnet@ceuta.uned.es)  0000-0001-7179-2138

Recibido: 19.06.2022 | Aceptado: 16.11.2022

### RESUMEN

En la presente comunicación se pretende abordar la realidad vivida durante un periodo de casi ochocientos días de cierre fronterizo (desde el 13 de marzo de 2020 al 17 de mayo de 2022) en un colectivo tan peculiar en la ciudad de Ceuta como es el de las trabajadoras transfronterizas, empleadas de hogar y de nacionalidad marroquí. Cuestiones, como la normativa específica de extranjería, así como la regulación social básica sectorial de un colectivo tan singular, desde el inicio de su regulación hasta su actual vigencia. Perspectivas diferentes como la de la propia Administración (Seguridad Social y Extranjería), así como de las trabajadoras afectadas han sido recogidas igualmente en el presente documento, en los precisos momentos de la reapertura de la frontera y consecuente restauración paulatina del tránsito entre ambos países.

### ABSTRACT

This communication aims to address the reality experienced during a period a period of almost eight hundred days of border closure (from March 13, 2020 to May 17, 2022) to a group as peculiar in the city of Ceuta as that of cross-border domestic workers and Moroccan nationals. Issues, such as the specific regulations on immigration, as well as the basic sectoral social regulation of such a unique group, from the beginning of its regulation to its current validity. Different perspectives such as that of the Administration itself (Social Security and Immigration), as well as of the affected workers have also been collected in this document, at the precise moment of the reopening of the border and consequent gradual restoration of transit between both countries.

### PALABRAS CLAVE

Ceuta  
Trabajadoras  
Transfronterizas  
Empleadas del hogar  
Seguridad Social  
Arraigo laboral

### KEYWORDS

Ceuta  
Cross-border workers  
domestic workers  
Social Security  
Labor roots

## SUMARIO

- I. CONTEXTUALIZACIÓN
  - A. Situación de las mujeres empleadas de hogar en nuestro país
    1. Aproximación conceptual a la situación fronteriza
    2. El trabajador/a transfronterizo/a
- II. RÉGIMEN LABORAL DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN ESPAÑA
  - A. Régimen Especial de la Seguridad Social de las Empleadas de Hogar
  - B. Relación laboral del carácter especial del servicio del hogar familiar
- III. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN CEUTA
- IV. NORMATIVA SECTORIAL DEL COLECTIVO PROFESIONAL DE LAS EMPLEADAS DE HOGAR
  - A. Normativa preconstitucional
  - B. Normativa constitucional
    1. Disposiciones normativas precursoras de la normativa actual y vigente
    2. Normativa vigente. El Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar
- V. SITUACIÓN VIVIDA DURANTE EL CIERRE FRONTERIZO Y CONSECUENTE RESTRICCIÓN DE TRÁNSITO
  - A. Breve análisis desde la perspectiva de la Tesorería de la Seguridad Social en Ceuta.
  - B. Perspectiva de las portavoces de las trabajadoras transfronterizas empleadas de hogar.
  - C. Balance de la situación actual desde la Oficina de Extranjeros de Ceuta
- VI. CONCLUSIONES  
Bibliografía

## I. CONTEXTUALIZACIÓN

### A. Situación de las mujeres empleadas de hogar en nuestro país

Más de 518.800 personas trabajan como empleadas de hogar en nuestro país, pero el 30% de ellas sin contrato según Cáritas<sup>1</sup>. Según estudio llevado a efecto por parte Cáritas, la vulneración de derechos laborales en el empleo doméstico afecta a todas las facetas de la vida de la mujer (el 95% de estas personas son mujeres y la mayoría inmigrantes), los largos horarios de trabajo y la falta de tiempo libre les impide la conciliación familiar, mientras que las elevadas tasas de temporalidad e irregularidad salarial aumentan la precariedad y restringen su acceso a prestaciones. Existe un elevado índice de economía sumergida (irregular) que afecta a la mayoría de las trabajadoras del servicio doméstico, alrededor del 60% (Patino Alonso et al<sup>2</sup>). Las peculiaridades de este régimen se justifican por el hecho de que el servicio doméstico es una prestación de trabajo que se realiza en el hogar, lo que hace necesario una mutua confianza entre las partes y flexibilidad<sup>3</sup>.

1. Cáritas: "Empleadas del Hogar, ¿Trabajadoras de Segunda?", *Revista*, marzo-abril 2022.

2. Patino Alonso, M. C.; Vicente Galindo, M. P. y Galindo Villardón, M. P.: "Perfil multivariante de las mujeres empleadas en el servicio doméstico", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 29(2), 2012, [https://doi.org/10.5209/rev\\_crla.2011.v29.n2.38021](https://doi.org/10.5209/rev_crla.2011.v29.n2.38021).

3. Quesada Segura, R.: *El contrato del servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991.

Existen diferentes fuentes estadísticas en lo relativo a los flujos y/o desplazamientos diarios de la Delegación del Gobierno en Ceuta, llegando a dar como válida la cifra de 30.000 pases diarios a través de la frontera del Tarajal. Ha de tenerse en cuenta que Ceuta, a diferencia de Melilla, tiene un único paso fronterizo transitable; frente a los cuatro existentes en Melilla. Todo ello condiciona que se concentre ese nivel de tránsito tan desmesurado en un único punto de entrada-salida como es el paso fronterizo del Tarajal en Ceuta.

Pietro Soddu<sup>4</sup> llevó a cabo una aproximación de la población transfronteriza en Ceuta, tomando como referencia un estudio llevado a efecto por el Instituto Nacional de Estadística en 1986 y del posterior proceso extraordinario de nacionalización realizado por el gobierno español entre 1986 y 1990. Tal y como establecía Soddu hace veinte años, unas 12.562 personas en Ceuta en una situación jurídica ilegal, indicando entonces lo siguiente:

“No refleja la dimensión real del fenómeno migratorio entre ambas ciudades, puesto que a estos “residentes habituales” habría que añadir los clandestinos que la población fluctuante canaliza diariamente”.

Otra de las autoras de referencia, Ana Planet<sup>5</sup> destacaba hace dos décadas la dificultad para poder delimitar temporalmente el fenómeno de la emigración magrebí hacia España. Tal y como destacaba esta autora, ya en 1984 existían un importante grupo de mujeres marroquíes que trabajaban en Ceuta como empleadas de hogar. Hasta ese año, oficialmente eran unas 500. Este hecho fue reflejado en una información publicada en el diario decano de la ciudad<sup>6</sup>. El medio de comunicación local describía la intención del entonces Delegado del Gobierno de impedir la entrada en la ciudad de aquellas trabajadoras del hogar que no tuviesen pasaporte, en los siguientes términos:

“Las autoridades marroquíes han concedido a las empleadas de hogar de su país que trabajan en Ceuta 190 resguardos acreditativos de haber solicitado el pasaporte, según ha informado el Delegado del Gobierno en Ceuta, Manuel Peláez. De acuerdo con las decisiones de las autoridades españolas las empleadas de hogar marroquíes se encuentran en un compás de espera hasta el 1 de marzo, fecha en la que no podrán cruzar la frontera española si no van provistas del pasaporte de su país. Hasta ese día, y en sustitución del pasaporte, podrán presentar a las autoridades españolas el resguardo de haber solicitado dicho documento. El 31 de diciembre caducaron los pases que la delegación del Gobierno extendía para estas empleadas del hogar, que en número aproximado de 500, según cifras

4. Soddu, P.: *Inmigración extra-comunitaria en Europa: El caso de Ceuta y Melilla*, Consejería de Educación y Cultura, Ceuta, 2002.

5. Planet Contreras, A. I.: “Del proceso extraordinario de regularización de 1991 al proceso de 2001: Análisis de una década de Inmigración magrebí en España”, en *I Congreso de Inmigración Interculturalidad y Convivencia*, Instituto de Estudios Ceutíes. Ciudad Autónoma de Ceuta.

6. Diario el Faro de Ceuta: *Las marroquíes que trabajan en Ceuta han obtenido resguardo de solicitud de pasaporte*, 17/01/1984.

oficiales, y más del doble según otras fuentes, han creado cierta inquietud social en la ciudad, especialmente entre las amas de casa.

Las autoridades marroquíes son, en principio, reticentes a la concesión del pasaporte que permita a estas mujeres viajar a Ceuta, quizá porque, hasta cierto punto, el hecho equivaldría a un reconocimiento implícito de la soberanía española sobre Ceuta y también porque dicho documento es difícil de conseguir en aquel país. El delegado del Gobierno mostró recientemente, en unas declaraciones a la prensa, su buena predisposición a que se solucionase el tema sin hacer dejación de las normas dictadas.

La concesión de estos 190 resguardos de haber solicitado el pasaporte causa cierta extrañeza en medios políticos de la ciudad, y no se sabe si las portadoras de estas solicitudes llegarán a obtener efectivamente el pasaporte, ya que las autoridades marroquíes consideran a estas empleadas del hogar trabajadoras fronterizas con derechos adquiridos. En su momento la prensa marroquí criticó muy duramente la medida del delegado del Gobierno en Ceuta de establecer fecha fija para el cruce de frontera con pasaporte. En el paso fronterizo de Bab Sebta, los aduaneros de aquel país sí exigen el pasaporte a los españoles que viajan a Marruecos”.

## 1. Aproximación conceptual a la situación fronteriza

La frontera tiene como finalidad “definir el espacio físico sobre el que el Estado ejerce sus competencias territoriales y personales y sobre el que aplica con plenitud de derechos su legislación interna de cualquier tipo de jurisdicción sobre las personas que se encuentran dentro del citado territorio; incluidos los extranjeros que han traspasado la frontera, tanto si lo han hecho de forma legal como ilegal”<sup>7</sup>, según Abarca Junco<sup>8</sup>. En otros términos, supone la delimitación del territorio de un estado entendido como sujeto dotado del ámbito competencial, constituyendo el límite al ejercicio de la soberanía estatal (criterio político). Una de cuyas consecuencias en las zonas limítrofes es la prestación de servicios por trabajadores que viven en el otro lado de la frontera y que realizan una movilidad geográfica internacional para prestar sus servicios<sup>9</sup>.

Otro de los problemas que se suscitan es la heterogeneidad del concepto de trabajador fronterizo y/o transfronterizo, condicionándose a su situación de comunitarios o extracomunitarios, siendo éstos últimos los que se suelen regir por convenios bilaterales. En cuanto a los comunitarios, el régimen jurídico de aplicación será el Real Decreto 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, que dedica una sucinta mención a los trabajadores transfronterizos en su artículo 10.2c)<sup>10</sup>. En este sentido el

7. Es la definición que establece el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014.

8. Abarca Junco, P.; Alonso-Olea García, B.; Lacruz López, J. M.; Martín Dégano I. M. y Vargas Gómez-Urrutia, M.: *El extranjero en el Derecho español*, Dykinson-UNED, Madrid, 2015.

9. Martínez Cano Cortés, Y.; Iñíguez Hernández, D. y Huertas González, R.: “Comentario al Artículo 43 y Artículo 41. El contingente de trabajadores extranjeros”, en Santolaya Macchetti, P. (coord.): *Comentarios de la nueva ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 257.

10. Artículo 10. Derecho a residir con carácter permanente. 2. Asimismo, tendrán derecho a la residencia permanente, antes de que finalice el período de cinco años referido con anterioridad, las personas en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias (...). c) El trabajador por cuenta propia o ajena que, después de tres años con-

trabajador transfronterizo alcanza la residencia permanente cuando lleve tres años en dicha situación, ajustándose a lo preceptuado en el artículo 1.b) del Reglamento CE/1408/71 sobre aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, según la cual, son trabajadores transfronterizos aquellos que acuden a trabajar a otro país de la Unión y vuelven a su país a pernoctar al menos una vez a la semana.

En relación al segundo concepto de trabajadores transfronterizos (los no comunitarios), no existe ninguna definición precisa sobre este colectivo, debido a que su régimen jurídico aplicable se regirá por lo que disponga cada Estado de la Unión. Este es el caso de nuestro país, donde viene determinado por lo que establece la Ley Orgánica 4/2000 y su ulterior desarrollo reglamentario, por lo que podemos definir como “todo trabajador que, residiendo en una zona limítrofe, desarrolla su actividad laboral por cuenta propia o ajena, o profesional en zonas fronterizas del territorio español”.

## 2. El trabajador/a transfronterizo/a

El término trabajador transfronterizo, tal y como se ha abordado, se define de manera muy precisa por lo que se refiere a su lugar de residencia y trabajo. Por ello, se considera trabajador transfronterizo cualquier persona que, residiendo en un estado miembro, al que vuelve normalmente todos los días o al menos una vez por semana, está empleado en otro Estado miembro<sup>11</sup>.

La normativa comunitaria dispone de un estatuto de prestaciones laborales para los trabajadores transfronterizos, en los que se incluyen tanto aquéllos de carácter comunitario como extracomunitarios.

Por lo que respecta a nuestro país el 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, dedica el título X a los trabajadores transfronterizos. Debemos diferenciar por tanto entre trabajadores transfronterizos entre países miembros de la Unión Europea, entendiendo en un marco de fronteras interiores; de otros, como es el caso de Ceuta. En este último caso, los trabajadores transfronterizos se encuentran desarrollando su labor profesional en una ciudad que pertenece a un Estado miembro de la Unión Europea. No obstante, hay que destacar que no se materializa la residencia efectiva en este territorio, al pernoctar, el colectivo de referencia, en un tercer estado fronterizo como es el Reino de Marruecos. Es aquí cuando entra en conjunción el referido título X del Reglamento de extranjería con lo establecido en el Reglamento 1408/71/CEE, relativo a la prohibición de residencia a este tipo de trabajadores.

---

secutivos de actividad y de residencia continuadas en territorio español desempeñe su actividad, por cuenta propia o ajena, en otro Estado miembro y mantenga su residencia en España, regresando al territorio español diariamente o, al menos, una vez por semana. A los exclusivos efectos del derecho de residencia, los períodos de actividad ejercidos en otro Estado miembro de la Unión Europea se considerarán cumplidos en España.

11. Comisión Europea: [https://europa.eu/youreurope/citizens/work/work-abroad/cross-border-commuters/index\\_es.htm](https://europa.eu/youreurope/citizens/work/work-abroad/cross-border-commuters/index_es.htm).

Los criterios que se han llevado a efecto para la regulación de los derechos de los trabajadores transfronterizos es el carácter restrictivo fijado en el Reglamento n.º 15/61/CEE a dicho principio. Por otro lado, el Reglamento n.º 38/64/CEE establece el principio de libertad de circulación a determinadas actividades o zonas, acordadas de forma unilateral por cada Estado, el reconocimiento de fuerza vinculante del Reglamento n.º 1612/68 de 15 de octubre, el Tratado de Roma de marzo de 1957, problemática de poder ser aplicable a los trabajadores por cuenta ajena y el Tratado de *Maastricht* de 7 de febrero de 1992, por el que se crea el estatuto de ciudadanía de la Unión. Estas disposiciones normativas de carácter comunitario, la mayoría emanadas de la entonces “Comunidad Económica Europea”, resultan de trascendental importancia en cuanto a los derechos de los trabajadores transfronterizos que prestan servicios en Ceuta.

Conviene recordar que, además de lo expuesto, el término frontera es definitivo, en Derecho Internacional como la línea que marca el límite exterior del territorio de un Estado, es decir, la línea que determina el ámbito espacial donde su estado ejerce su soberanía con exclusión de otros.

## II. RÉGIMEN LABORAL DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN ESPAÑA

La extensa normativa sobre el Régimen Especial de las Empleadas de Hogar de la Seguridad Social se retrotrae a la década de los sesenta del siglo XX. El Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico<sup>12</sup>. Con posterioridad a este Reglamento le siguen otras disposiciones normativas entre Reales Decretos y Leyes. Durante este tiempo transcurrido, varias decenas de normas han regulado los derechos laborales de las empleadas de hogar en nuestro país.

### A. Régimen Especial de la Seguridad Social de las Empleadas de Hogar

Los trabajadores enmarcados en el ámbito normativo del Real Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regulador del Régimen Especial de la Seguridad Social de las empleadas de hogar son los que se dedican a servicios exclusivamente domésticos para uno o varios titulares del hogar familiar, siempre que estos servicios sean prestados en la casa que habite el titular del hogar familiar y que perciban un sueldo o remuneración de cualquier clase.

### B. Relación laboral del carácter especial del servicio del hogar familiar

El Real decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral de Carácter Especial del Servicio del Hogar Familiar, se establece el régimen jurídico de

12. BOE de 29 de diciembre de 1969.

las relaciones laborales de carácter especial, como es el supuesto planteado, establecidas en el Estatuto de los Trabajadores. Según establece este decreto, se determina como relación laboral especial del servicio del hogar familiar la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y la persona que prestará los servicios en el hogar familiar, con una remuneración.

### III. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN CEUTA

La Constitución Española establece el marco del sistema jurídico de los extranjeros en España, junto a los Tratados Internacionales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Leyes Orgánicas. La Vigente legislación en materia de extranjería, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y sus diversas modificaciones, establece los derechos de los extranjeros en nuestro país. Los numerosos cambios normativos que ha sufrido la legislación de extranjería han sido desarrollados en el marco de los derechos que ofrece el artículo 13.1 de nuestra Carta Magna, siguiendo los preceptos de lo establecido por el Tribunal Constitucional; en especial atención a la sentencia 115/1987, donde se establecía entonces que en nuestro país los extranjeros sí tienen derechos fundamentales. Esta línea jurisprudencial ha tenido continuidad a lo largo de los años. En este sentido tal y como establece Pulido<sup>13</sup> los cambios más significativos en cuanto a modificación normativa por imposición de la jurisprudencia constitucional eran los siguientes hace más de una década.

“El cambio más relevante que constituye el eje central del giro radical viene expuesta en la STS 236/2007 y consiste en retomar una línea del discurso jurídico abandonada en la STC 72/2005, de 4 de abril (caso del marroquí Sr. Razzougi), que el extranjero que entra en España de manera ilegal tiene los mismos derechos reconocidos en la Constitución que un nacional, reconocimiento que se vincula a la dignidad de la persona humana, entendiendo de una manera omnicomprensiva de todos los derechos reconocidos a los españoles en la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución española (arts. 14-29)”.

A este tenor el artículo 3 de la vigente Ley Orgánica 4/2000 marca la equiparación de los extranjeros y españoles en lo concerniente a derechos en el sentido que: “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

13. Pulido, M.: *Sobre el brusco giro jurisprudencial en materia de extranjería*, 2008, [www.legaltoday.com](http://www.legaltoday.com)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional consideró que las leyes no tienen una libertad absoluta para definir los derechos de los extranjeros, estableciéndose en tres grupos:

- a) Aquellos inherentes a la dignidad humana, que tienen que reconocerse en condiciones de igualdad respecto a los nacionales.
- b) Derechos cuya titularidad es exclusiva de los nacionales y que, por tanto, se niegan a los extranjeros.
- c) Derechos que las leyes pueden extender a los extranjeros, estableciendo las modulaciones que se consideren oportunas<sup>14</sup>.

## IV. NORMATIVA SECTORIAL DEL COLECTIVO PROFESIONAL DE LAS EMPLEADAS DE HOGAR

### A. Normativa preconstitucional

El primer antecedente del trabajador extranjero se encuentra en el Decreto de 17 de noviembre de 1852<sup>15</sup>, durante el reinado de Isabel II, constituyendo el primer conato<sup>16</sup> para elaborar una norma sobre extranjería en España. Este cuerpo normativo era una recopilación de toda la legislación precedente, sin hacer una definición explícita del concepto de extranjero, sino más bien de quienes gozaban o padecían de tal condición. Hasta primeros del siglo XX, la actividad del servicio doméstico era meramente servil<sup>17</sup>.

A pocos meses del nacimiento de la II República Española se establecerá una nueva normativa: El Real Decreto 403/81931, de 16 de enero del Ministerio de Trabajo y Previsión, por el que se regula el trabajo de los extranjeros en España en diversas actividades. Esta novedosa norma pretendía evitar la miseria y explotación de los trabajadores extranjeros, pero también canalizar legalmente su situación en España<sup>18</sup>. Una de las cuestiones novedosas de esta normativa era declarar en el caso de trabajo por cuenta ajena, la necesidad de que éste adoptara la forma escrita, debiendo ser visado

14. Artículo 14 LO 4/2000. Derecho a seguridad Social y a los servicios sociales. 1.1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

15. Esta norma supuso el precedente en nuestro ordenamiento jurídico para que se pudiera expulsar a un extranjero como medida administrativa (no legislativa, hasta ese momento ausente en el Código Penal), siempre que se encontrara en los supuestos contenidos en la norma: a) indocumentados, b) de los vagos y c) los que huyen de la justicia.

16. Miralles P. P.: Conferencia sobre la legislación de extranjería en España del s. XIX al XXI, Tenerife, 12 de julio de 2006, disponible en el periódico digital *sindistancia.uned*.

17. Patino Alonso, M. C.; Vicente Galindo, M. P. y Galindo Villardón, M. P.: "Perfil multivariante de las mujeres empleadas en el servicio doméstico", ob. cit.

18. Montoya Melgar A: "Tendencias actuales sobre el ámbito personal del derecho del Trabajo", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 36, 2006, pp. 63-90.

el mismo por la Jefatura de unos servicios especiales que se crearían al efecto, y consagraba por primera vez, en nuestro Derecho del Trabajo, el principio de igualdad de salario entre español y extranjero. No obstante, la referida igualdad entre nacionales y extranjeros ya venía referenciada en el artículo 44 del Código del Trabajo de 1926<sup>19</sup>.

Tras la suspensión del Decreto de 1931, se dictará uno nuevo más acorde con los principios republicanos en 1932, derogando el precedente, aunque manteniendo la definición dada en el mismo de trabajador extranjero, previéndose la continuidad de las relaciones laborales de los extranjeros; estableciendo la obligación de cubrir vacantes que se fuesen produciendo, con españoles que se encontraban en paro involuntario y estuviesen capacitados profesionalmente. No obstante, hay que resaltar que la novedad más importante de la nueva regulación fue en lo relativo a la equiparación que se ofrecía al extranjero con los nacionales (algo no previsto en la regulación anterior), siempre y cuando llevasen al menos cinco años de residencia en el país.

Será tres años más tarde cuando se lleve a efecto una nueva regulación a través del Decreto de 29 de agosto de agosto de 1935, rebajando la edad laboral a los 14 años de edad (tanto nacionales como extranjeros), definiendo al trabajador por cuenta ajena (art. 2 del Decreto) de la siguiente forma:

“Toda persona varón o hembra, mayor de 14 años, no nacida ni nacionalizada en España, que ejerza o trate de ejercer en el país un oficio o empleo asalariado, bien sea manual, técnico, artístico o pedagógico, o de dirección o gestión, cualquiera que se a la forma y cuantía de la retribución con que se remunera su servicio”.

En cuanto a la definición de trabajador extranjero regulada en el Decreto de 29 de agosto de 1935, era considerada “[...] toda persona no nacida ni nacionalizada en España...”.

Con el cambio de régimen y más concretamente en el año 1944, se reguló la contratación de personal especializado en nuevas industrias<sup>20</sup> en las que se establecía “que en aquellos casos en que se hiciese necesario la contratación de especialistas extranjeros para el establecimiento de una industria, adaptación de alguna técnica especial, profesional de personal español, o cualquier otra causa de interés nacional así lo aconsejara, el Gobierno podría conceder una autorización especial, por plazo no superior a cinco años y prorrogable por periodos de dos, siempre que subsistirán las causas que aconsejaron su concesión”.

El Decreto de 29 de agosto de 1948 del Ministerio de Trabajo, en su articulado declaraba comprendidos en el campo de aplicación obligatorio los seguros de vejez e invalidez, así como los de enfermedad, a los súbditos hispanoamericanos, portugueses, filipinos y andorranos que ejercieran labores en España, y de los restantes en el caso de existir tratados o convenios al respecto. Con posterioridad, el Decreto de 22 de junio de 1956 hizo extensibles los derechos regulados en el Decreto de 1948 a otros nacionales.

19. Artículo 44: “los operarios extranjeros gozarán de los beneficios de la presente legislación”.

20. Decreto de 23 de septiembre de 1944 (Ministerio de Trabajo) (R.A. 1315).

Sería tres años más tarde cuando el Decreto de 4 de junio de 1959 ampliaba la extensión de los seguros sociales a los brasileños. Fue precisamente en este mismo año cuando se crean disposiciones sociales que incluyen a los servidores domésticos en el sistema de provisión social como la puesta en funcionamiento del Montepío Nacional del Servicio Doméstico, el 17 de marzo de 19<sup>21</sup>.

La Ley 62/1961 de 22 de julio (R.A. 1047), sobre seguro de desempleo, ampliaba por primera vez el derecho a este seguro a los trabajadores extranjeros, en concreto en su artículo 6 estableciendo: “Los trabajadores extranjeros al servicio de empresas españolas podrán disfrutar de los beneficios del seguro en igualdad de condiciones que los trabajadores españoles, sin perjuicio de lo que se disponga en los Acuerdos de Reciprocidad, que pudiera concretar el Gobierno”. El desarrollo reglamentario de esta Ley se llevó a efecto por la Orden 14/9/1961 (R.A. 2067).

Con la Ley de Bases de Seguridad Social 193/1963 de 28 de diciembre (R.A. 2067), se conseguirían nuevos avances. En su base segunda, cinco, número ocho la plena equiparación en materia de Seguridad Social de determinados nacionales y extranjeros: “quedarán equiparados a los españoles, en los términos y condiciones que en cada caso acuerde el Gobierno, los súbditos de países, hispanoamericanos, andorranos y filipinos, portugueses y brasileños, que residan en territorio español. Con respecto a los súbditos de los restantes países se estará a lo que se disponga en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida”. En el mismo sentido se ratificaba el Decreto 907/1966, de 21 de abril (Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social) en su artículo 7.4, algo que reiteraba la Orden 28 de diciembre de 1966, del Ministerio de Trabajo (R.A. 2004).

Llegaría el año 1967, en el que España ratificó el Convenio de la OIT n.º 97 (23 de febrero de 1967), obligando a dictarse por parte de la Dirección General de Previsión la Resolución 15/04/1968, por la que se equiparaba como regla general a los extranjeros con los nacionales, aunque con algunas excepciones, siempre y cuando se encontraran legalmente en nuestro país y no realizaran su actividad profesional en las siguientes categorías: a) Trabajadores por cuenta propia. b) Trabajadores fronterizos. c) Artistas que se encuentren por un corto periodo de tiempo en territorio español. d) Trabajadores del mar.

Otras de las disposiciones normativas más novedosas de finales de la década de los sesenta fue la Ley 29/1968 de 20 de junio (R.A. 1107), relativa a las exacciones por la expedición de permisos de trabajo. Este cuerpo normativo implementó los derechos por expedición y renovación de los permisos de trabajo, dividiéndose en cuatro categorías: I Permisos de trabajo por cuenta ajena, II, Permisos de trabajo por cuenta propia, III Autorizaciones colectivas, IV. Permisos de trabajo no sujetos (al tener carácter excepcional). Este último supuesto era precisamente el que se expedían a aquellos extranjeros que hubieran contribuido notoriamente al progreso cultural o

21. Patino Alonso, M. C.; Vicente Galindo, M. P. y Galindo Villardón, M. P.: “Perfil multivariante de las mujeres empleadas en el servicio doméstico”, ob. cit.

económico del país, pudiendo dedicarse al ejercicio indistinto de actividad por cuenta propia o ajena, con excepción de aquellas cuyo desempeño requiriera titulación.

Una normativa reseñable, aunque no destacable era la Ley 118/1969 de 30 de diciembre (R.A. 2386), que reiteraba la proclamación de la igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la comunidad iberoamericana y Filipinas con los españoles. Esta ley tuvo su desarrollo reglamentario a través de la Orden de 15 de enero de 1970 del Ministerio de Trabajo, por la que se exoneraba a estos trabajadores de la obtención de cualquier tipo de permiso y se autorizaba a las empresas para la libre contratación de los mismos. El Decreto 522/1974 de 14 de febrero<sup>22</sup>, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros del territorio español, en su artículo primero, en lo relativo a extranjeros disponía lo siguiente: “a los que gocen de la condición de acuerdo con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico en la materia”, considerando extranjero a quien no fuese nacional.

Teniendo en cuenta los antecedentes normativos se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en virtud del Decreto 2065/1974 de 30 de mayo (R.A. 1489), reiterando la igualdad proclamada entre españoles y otras nacionalidades a las que hacía alusión explícita las normativas precedentes.

Finalmente, el último texto normativo preconstitucional lo encontramos en el Decreto 1874/1978 de 2 de junio (de la Presidencia del Gobierno) (R.A. 1721) relativo a la concesión y renovación de los permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia, donde se establece la obligación de solicitar ante el Gobierno Civil de la provincia, el permiso de trabajo y el correspondiente permiso de permanencia o autorización de residencia.

## B. Normativa constitucional

### 1. Disposiciones normativas precursoras de la normativa actual y vigente

Llevándose a efecto el cumplimiento de la disposición adicional segunda del citado Real Decreto 1874/1978, se aprobó la Orden Ministerial de 4 de octubre de 1979 de la Presidencia del Gobierno (R.A. 2410); estableciendo disposiciones derogatorias sobre la misma el Real Decreto 1031/1980 de 3 de mayo.

Tras la aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo (Estatuto de los Trabajadores) se dispuso en el artículo 7.c del texto normativo: que los extranjeros tienen la capacidad necesaria para contratar la prestación de su trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.

Otra de las normativas de referencia en el periodo constitucional es la Ley 58/1980 de 15 de noviembre, de la Jefatura del Estado (R.A. 2606), donde en su artículo único, equiparaba a los extranjeros en sus relaciones laborales y de Seguridad Social con los españoles, eximiéndoles del pago de los derechos derivados de su condición. El

22. Conteníá disposiciones derogatorias de los Decretos de 4 de octubre de 1935 y de 2 de julio de 1954.

mismo criterio fue el que estableció la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (primera legislación de extranjería), pues establecía en su artículo 1 la delimitación del ámbito de aplicación de la misma, señalando que “se considera extranjero, a los efectos de esta ley, a quienes carezcan de nacionalidad española<sup>23</sup> y no sean nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, ni les sea de aplicación el régimen comunitario”. No existía en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal y precisa del término “trabajador transfronterizo”, hasta que se dictó la referida Ley Orgánica 7/1985, estableciéndose en el capítulo III del título II, bajo la acepción “Del permiso de trabajo y regímenes especiales” y en concreto su contenido venía establecido por el artículo 43 estableciendo lo siguiente: “Los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente, o al menos, una vez a la semana, deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen especial”. Del desarrollo normativo que se implementó a nuestra primera ley de extranjería, a través del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprobó el primer reglamento de extranjería, señalaba en su artículo 33.1 la preceptividad del trabajador extranjero extracomunitario que pretendiera prestar servicios en nuestro país y la obligación legal de obtener permiso de trabajo. Por tanto, hasta la aprobación tanto de la primera ley, como del primer reglamento de extranjería, no se definió con precisión, y de manera taxativa, el término trabajador transfronterizo.

Ubicándonos en una situación más contemporánea, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, realiza un tratamiento jurídico conjunto, aunque diferenciado de los trabajadores transfronterizos y de la prestación transnacional de servicios, en concreto en el Título II, Capítulo III, relativo a la autorización de trabajo y regímenes especiales. De esta manera, al trabajador transfronterizo, se le definen y enumeran los requisitos que deben poseer para obtener esa condición: a) Residencia en la zona limítrofe. b) Se suprime la obligatoriedad de regresar a su lugar de origen una vez a la semana, lo que le obliga a regresar todos los días a su país, con el fin de que pernocten, así como c) Se omite referencia alguna a la duración del permiso de trabajo. Con posterioridad el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (Primer reglamento de extranjería de la LO 4/2000), en su artículo 76, reguló por primera vez un nuevo requisito que era el “*certificado de residencia en el país vecino*”, terminología ésta que difiere conceptualmente de la que se realiza en la actualidad “zona fronteriza de un estado limítrofe”. Con respecto al siguiente reglamento, el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, dedicaba un extenso tratamiento a los trabajadores transfronterizos, al dedicar en su artículo 84, entre otras cuestiones, el tratamiento unitario de estos trabajadores, desmembrándose por primera vez los trabajadores transnacionales de servicios que hasta ese momento habían sido objeto de tratamiento conjunto.

23. Se hace una clara remisión a los artículos 17 y siguientes del Código Civil, donde se establecen los requisitos de adquisición y pérdida de la nacionalidad española.

Expresamente se establecía en el referido artículo 84, que la validez de la autorización, ya sea por cuenta propia o ajena, se encontraría limitada al ámbito territorial transfronterizo donde el trabajador prestara sus servicios. En la actualidad, esta situación sólo puede darse respecto de los trabajadores de Andorra, Marruecos y Gibraltar, puesto que el resto de países limítrofes son miembros de la Unión Europea (Francia y Portugal).

Centrándonos en el momento actual de los trabajadores transfronterizos de Ceuta, atendiendo a la normativa en vigor, debemos acudir al 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. El título X del Reglamento regula la situación del colectivo en cuestión, dedicando tres artículos (182 a 184 inclusive). En cuanto a la definición actual del Trabajador Transfronterizo, el artículo 182 establece lo siguiente: “Se halla en situación de trabajo transfronterizo el trabajador que haya sido autorizado para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente”. En este sentido no se distancia en cuanto a la conceptualización a la reglamentación precedente. Es en lo relativo a las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena, que suponen la inmensa mayoría en Ceuta, las que vienen establecidas en el artículo 183.2.<sup>a</sup>), siendo las siguientes: “1.º Carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia durante los últimos cinco años, por delitos previstos en el ordenamiento español. 2.º No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. 3.º Residir en la zona fronteriza con territorio español de que se trate. 4.º Que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero. 5.º Que el empleador presente un contrato de trabajo, con fecha de comienzo condicionada a la de la eficacia de la autorización, que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización. 6.º Que el empleador haya formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentre al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. 7.º Que las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad. 8.º Que el empleador cuente con medios económicos, materiales o personales, suficientes para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador. 9.º Que se tenga la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión”.

En relación al artículo 184 del vigente Reglamento de extranjería, se siguen manteniendo los criterios de la normativa precedente en cuanto a la durabilidad de los contratos. No obstante, cabe resaltar lo referenciado en el apartado 5 del referido artículo al establecer la imposibilidad de los trabajadores transfronterizos de generar derecho para la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta

propia o ajena, “sin perjuicio de que sea tenida en cuenta para la valoración de las solicitudes que pudieran presentarse por el titular”.

## 2. Normativa vigente. El Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar

Hay que destacar que el artículo 2.1 del 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 incluye entre las relaciones laborales de carácter especial: b) La del servicio del hogar familiar. Por otro lado, nos encontramos como referente el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, al ser una de las normas pioneras en este sentido, regulando la relación laboral especial, al distanciarse de la relación jurídica privada de carácter civil y dándole su auténtico emplazamiento al servicio doméstico en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social. Esta precariedad referida y que pretendió paliar esta novedosa norma de mediados de los ochenta estuvo sin duda influenciada por el Convenio número 189 de la Organización Internacional del Trabajo, por el que se fija una protección mínima para los empleados domésticos, con amplia influencia en la legislación vigente. La regulación especial a la que hace alusión la vigente legislación se justifica por el ámbito en el que presta la actividad, el hogar familiar, que está vinculado a la intimidad personal y familiar<sup>24</sup>. Este ámbito, a su vez, justifica el vínculo personal basado en una relación de confianza entre el titular del hogar familiar y el trabajador que presta sus servicios en el mismo.

Volviendo al ya mencionado Real Decreto 1424/1985 y más concretamente a la Disposición Adicional de este cuerpo normativo se establecía lo siguiente: “En lo no previsto en la presente norma será de aplicación la normativa laboral común, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas de carácter especial de esta relación: expresamente no será de aplicación el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores”. En cuanto a los derechos colectivos de estas trabajadoras, el Real Decreto 1620/2011, al igual que el anterior Real Decreto 1424/1985 no se pronuncia sobre este tipo de derechos<sup>25</sup>. No los prohíbe, pero tampoco los reconoce, haciendo única alusión al pacto colectivo cuando se refiere a la materia salarial.

Los trabajadores transfronterizos tienen derecho a la libre sindicación en los términos previstos en el artículo 28.1 CE y de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; derecho de huelga conforme al artículo 28 CE y al Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 de marzo; derecho de adopción de medidas de Conflicto Colectivo al amparo del artículo 37.2 CE y el derecho a la negociación colectiva a tenor de los artículos 37.1 CE y 3.1.b) y 4.1.c) y Título III del estatuto de los Trabajadores. No obstante hay que tener en cuenta que la baja afiliación sindical de los trabajadores domésticos y la ausencia de asociaciones profesionales de empleadores del hogar

24. Ayala del Pino C: “La ordenación jurídica vigente del trabajo de los empleados del hogar familiar”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2018.

25. Ayala del Pino C: “La ordenación jurídica vigente del trabajo de los empleados del hogar familiar”, ob. cit.

dificulta la negociación de un convenio colectivo estatutario con eficacia general para este colectivo.

## V. SITUACIÓN VIVIDA DURANTE EL CIERRE FRONTERIZO Y CONSECUENTE RESTRICCIÓN DE TRÁNSITO

Las autoridades marroquíes cerraron unilateralmente el paso fronterizo del Tarajal el 13 de marzo de 2020, en plena crisis sanitaria en los comienzos de la pandemia provocada por el COVID-19. Nuestro país hizo lo propio justo al día siguiente<sup>26</sup>, declarándose el segundo Estado de Alarma de nuestra democracia y el primero llevado a efecto como consecuencia de la pandemia. A éste le sucedieron varias prórrogas<sup>27</sup> redundando en el mantenimiento del cierre fronterizo y consecuente impedimento de tránsito entre ambos lados de la frontera durante un total de 795 días, algo que no había tenido precedente en la ciudad de Ceuta.

### A. Breve análisis desde la perspectiva de la Tesorería de la Seguridad Social en Ceuta

Desde la Tesorería de la Seguridad Social en Ceuta, Montserrat Méndez Ruibal<sup>28</sup> (Jefa de la Unidad de Impugnaciones), argumentaba que en materia de Seguridad Social existen unos sistemas que se denominan de liquidación, conformando tres tipos diferenciados, a saber: a) Sistema de Autoliquidación (en desuso), b) Un sistema de liquidación directa y c) Un Sistema de liquidación simplificada. En este sentido, las empresas de Régimen General adoptan el régimen de simplificación directa, comunicando los conceptos salariales y extrasalariales a la Tesorería y procediendo a su liquidación. No obstante, apostillaba Méndez lo siguiente:

“El sistema de empleados del hogar es un modelo que tiende a simplificarlo, comunicándose el alta de la seguridad la cantidad que se está abonando en concepto de nómina, por tanto ha de existir un soporte físico con respecto a la nómina. Se puede seguir abonando una parte de la remuneración en especie, que normalmente es en alimentación. Por ello se

26. El Gobierno, en la reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2020, aprobó 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.

27. Por mediación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Convendría mencionar, por el caso que nos ocupa, lo preceptuado en el artículo 7 de este reglamento referido a la Limitación de la libertad de circulación de las personas. A este Real Decreto inicial le han seguido: El Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el anterior, modificando parcialmente el referido artículo 7, el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma, seguido por el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma y finalmente el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma, dando una nueva redacción al susodicho artículo 7. Es destacable el hecho de la insistencia que se han llevado a efecto en las diferentes prórrogas del estado de alarma en lo relativo a la limitación de la libertad de circulación de las personas, con la consecuente vulneración del derecho a la libertad ambulatoria reconocido en el artículo 19 de la Constitución Española.

28. Montserrat Méndez Ruibal (Jefa de la Unidad de Impugnaciones en la sede de la Tesorería de la Seguridad Social en Ceuta), entrevista del autor, Ceuta 16 de mayo de 2022.

comunica a la seguridad social cuánto es en salario y cuánto en especie. Normalmente en Ceuta las empleadas de hogar están dadas de alta con un mínimo de 20 horas, que coincide con la media jornada. El colectivo de transfronterizos no tiene permiso de residencia, por lo que la pernoctación no es posible. En este sentido la reivindicación que plantean estas trabajadoras está poco fundamentada, al ser un supuesto contemplado en la normativa sectorial de la seguridad social, como en la de extranjería, al no autorizar la residencia”.

Por tanto y a juicio de la Jefa de Unidad de Impugnaciones, no tendría cabida una situación de arraigo. Siguiendo con los criterios establecidos en la Seguridad Social con respeto a los empleadores, éstos comunican el alta el salario y las horas, correspondiendo una base de cotización, todos los meses se envía a la Tesorería la cuota de cotización. En el caso de existir variaciones ha de comunicarse.

A partir del 1 de enero de 2022, las bases de cotización por contingencias comunes son las siguientes, en función de la retribución mensual recibida por los empleados de hogar, incrementando con la parte proporcional de las pagas extraordinarias, según se establece en el siguiente cuadro:

**Tabla 1.**

*Bases de Cotización<sup>29</sup>*

Tramo	Retribución mensual €/mes	Base de cotización €/mes
1º	269,00 €/mes	231
2º	269,01 hasta 418,00	379
3º	418,01 hasta 568,00	528
4º	568,01 hasta 718,00	677
5º	718,01 hasta 869,00	827
6º	869,01 hasta 1.017,00	976
7º	1.017 hasta 1.166,70	1166,7
8º	1.166,71 hasta 1.273,00	1220
9º	1.273,01 hasta 1.439,00	1370
10º	1439,01	Retribución mensual

Fuente: Tesorería General de la Seguridad Social.

Existe una bonificación de hasta un 45%, al cambiar del régimen especial de cotización a un sistema especial de cotización dentro del régimen general, a las personas empleadoras que gozan de la condición de familia numerosa. La disposición final tercera del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

En entrevista mantenida con José García Rubio<sup>30</sup> (Director de la Administración de la Seguridad Social), comentó que en el mes de mayo de 2022 había un total de 469

29. Ley 42/2006 (disposición adicional 4ª), Ley 22/2021 (art. 106, cuatro) y Orden Ministerial PCM/244/2022 (art. 15).

30. José García Rubio (Director de la Administración de la Seguridad Social en Ceuta 51/01), entrevista del autor, Ceuta 16 de mayo de 2022.

trabajadoras transfronterizas afiliadas, sufriendo un muy considerable descenso con respecto al periodo previo al cierre fronterizo. En marzo de 2020 había un total de 1860, en marzo de 2021 sólo 640, siendo en abril de 2020 un total de 1396. Por tanto, de marzo de 2020 al mismo mes del 2021 se redujo en un 190 % el nivel de afiliación de este colectivo. A este tenor exponía García Rubio lo siguiente:

“Durante el mismo mes de abril solicitaban muchas empleadoras información de cómo poder dar de baja a sus empleadas de hogar. La normativa establece un periodo de tres días naturales previos. Surgieron muchas dudas, pues no se sabía qué iba a ocurrir y qué tiempo iba a durar. Por tanto, se suscitaba el dilema de, por parte de las empleadas de volver a casa (Marruecos) o garantizar el puesto de trabajo”.

A juicio de Méndez se ha sustituido *de facto* un sistema de previsión por unas redes familiares, y se ha puesto en solfa la labor de muchas empleadas de hogar que han llevado a efecto cuidados de personas mayores y/o dependientes, que sin su ayuda no hubieran podido llevar a efecto actuaciones básicas en la vida diaria.

## B. Perspectiva de las portavoces de las trabajadoras transfronterizas empleadas de hogar

Con respecto a la versión y perspectiva que aportaron, las principales representantes de las trabajadoras transfronterizas que venían manifestándose<sup>31</sup> en la plaza de los Reyes (frente a la Delegación del Gobierno en Ceuta) Rachida, Lakkira, Amina y Yubaida<sup>32</sup>, éstas manifestaron sus reivindicaciones en entrevista mantenida con estas cuatro trabajadoras, reiterando las peticiones que ya hicieron a organizaciones sindicales<sup>33</sup>, algún que otro partido político<sup>34</sup> y Organización No Gubernamental<sup>35</sup>. En sus testimonios constataban que procedían de diversos lugares del Reino de Marruecos, empadronándose finalmente en Castillejos (Fnideq), llevando más de diez años trabajando con contrato en la ciudad. Aunque, a decir verdad,

31. Diario El País: *Mujeres transfronterizas atrapadas en Ceuta*, 06/04/2022, disponible en <https://elpais.com/espana/2022-04-06/mujeres-transfronterizas-atrapadas-en-ceuta.html>. El Diario.es: *El limbo de los trabajadores transfronterizos en Ceuta y Melilla: sin empleo y sin ayudas si no son residentes*, 27/09/2020, consultable en [https://www.eldiario.es/desalambre/limbo-trabajadores-transfronterizos-ceuta-melilla-empleo-ayudas-si-no-son-residentes\\_1\\_6247074.html](https://www.eldiario.es/desalambre/limbo-trabajadores-transfronterizos-ceuta-melilla-empleo-ayudas-si-no-son-residentes_1_6247074.html).

32. Rachida es la portavoz de las trabajadoras transfronterizas que se manifiestan una vez en semana frente a Delegación del Gobierno reivindicando su precaria situación. Fue entrevistada, junto a sus compañeras Lakkira, Amina y Yubaida el día 17 de mayo de 2022, efemérides de la entrada masiva de marroquíes en Ceuta.

33. Diario El Pueblo de Ceuta: *CCOO pedirá al Gobierno de España “soluciones” para los transfronterizos de Ceuta*, 09/03/2022, <https://elpueblodeceuta.es/art/68000/ccoo-pedira-al-gobierno-de-espana-soluciones-para-los-transfronterizos-de-ceuta>.

34. Diario El Faro: *Ceuta Ya! brindará un reconocimiento a las mujeres transfronterizas por el 8 de marzo*, 28/02/2022, <https://elfarodeceuta.es/ceuta-ya-reconocera-mujeres-transfronterizas/>.

35. Diario El Faro: *La Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía respalda las acciones de los transfronterizos*, 18/10/2021, <https://elfarodeceuta.es/asociacion-pro-derechos-humanos-andalucia-respalda-acciones-transfronterizos/>. *Caravana feminista para apoyar a las trabajadoras transfronterizas de Ceuta*, <https://www.entrepueblos.org/news/caravana-feminista-para-apoyar-a-las-trabajadoras-transfronterizas-de-ceuta/>. RTVCE: *La Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía denuncia inacción con los trabajadores transfronterizos*, 17/03/2022, <https://www.rtvce.es/articulo/sociedad/defensor-pueblo-denuncia-inaccion-trabajadores-transfronterizos/20220317131328044391.html>.

reconocen que son unas privilegiadas, porque la mayoría se encuentra trabajando de manera precaria.

Tan sólo una de las cuatro empleadas de hogar entrevistadas (Rachida) dispone de un contrato a jornada completa. Muchas veces, a lo largo de estos años de vida laboral entre Ceuta y Castillejos, se encontraron con el impedimento de poder cruzar la frontera, pese a estar documentadas en calidad de transfronterizas; debido “al descontrol” del tremendo tránsito de miles de personas con pasaporte. A este tenor apostillaban lo siguiente:

“Aunque no podamos dormir en Ceuta, todo el mundo sabe que no es así. El día que nos enteramos que cerraban la frontera (13 de marzo) nos pilló de sorpresa. Muchas compañeras tuvieron que buscarse un piso, porque las empleadoras no nos daban alojamiento.

Entre el 17 y 18 de mayo de 2021, entraron muchas transfronterizas que se habían quedado atrapadas en Marruecos con el cierre fronterizo y se presentaron en las casas donde trabajaban y así no perder su medio de vida. Nos llegaron rumores (desde Marruecos) que se iba a abrir la frontera.

No podemos renovar nada, porque no tenemos el certificado de residencia de Marruecos. No nos dan arraigo laboral<sup>36</sup>... Yo cumplo con los requisitos, como un justificante que acredita que llevo aquí desde el 13 de marzo, puedo traer el certificado de penales de Marruecos. No tengo el pasaporte en vigor pero sí puedo traer la cédula de inscripción que la puedo pedir. Tengo cotización de 6 meses en jornada completa, pero me ponen pegas (extranjería) en julio de 2020 al traer el certificado de residente de Marruecos (a través de una hermana), pues me indican que no he vivido en Ceuta. Otra de nuestras reivindicaciones es poder volver a Marruecos con garantías”.

En cuanto a la cuestión de restitución del tráfico fronterizo existe la Orden INT/424/2022, de 13 de mayo, por la que se modifica la Orden INT/657/2020, de 17 de julio, por la que se modifican los criterios para la aplicación de una restricción temporal de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y países asociados Schengen por razones de orden público y salud pública con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. En esta disposición normativa se regula lo siguiente al final del párrafo cuarto de la misma: “Para las personas que reúnen los requisitos exigibles para trasladarse al resto del espacio Schengen, la apertura se producirá el 17 de mayo a las 00:00 horas; y para los trabajadores transfronterizos, el 31 de mayo a las 00:00 horas”.

36. El artículo 124.1. del 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 dispone lo siguiente: Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1. Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite.

Pese a conocer, por parte de las entrevistadas, el documento relativo a la Orden INT/424/2022, las representantes del colectivo de mujeres transfronterizas manifestaron lo siguiente:

“Sabemos que podemos ir, pero no tenemos claro que podamos volver. No nos fiamos de lo que pueda ocurrir al otro lado de la frontera (Marruecos). El Ministro del Interior español dijo el otro día que tenemos que pedir un visado para volver. Tenemos el permiso, pasaporte y hasta el NIE marroquí caducado. Hemos pedido audiencia con la Delegada del Gobierno la semana que viene. Nosotros hemos hecho una gran labor, hemos cuidado muchas personas mayores. Al principio de nuestra reivindicación nos hemos visto apoyadas por alguna ONG, sindicato o partido político, pero reconocemos que muchas veces nos han “mareado” o han venido a “hacerse la foto”. ¡Nadie se puede poner en nuestro lugar, sólo nosotras!”.

### C. Balance de la situación actual desde la Oficina de Extranjeros de Ceuta

Según información obtenida por parte de Remedios Sánchez Arrebola<sup>37</sup> y Laarbi Mohamed Abdel-lah<sup>38</sup>, sobre la cuestión relativa a las posibles situaciones de arraigo de este colectivo<sup>39</sup>, mencionaban que según viene establecido en la Instrucción SEM 1/2021 Sobre el Procedimiento relativo a las autorizaciones de Residencia Temporal por razones de Arraigo Laboral se establecen los requisitos<sup>40</sup> 1) Carencia de antecedentes penales 2) Permanencia continuada en España (Es necesario acreditar un periodo mínimo de permanencia continuada en España de dos años inmediatamente anteriores a la solicitud). 3) Existencia de relaciones laborales. Es necesario demostrar la existencia de una o más relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses.

En cuanto a la forma de acreditar la relación laboral (1.3.3. Forma de acreditar la relación laboral. La relación laboral deberá ser acreditada de forma efectiva si bien podrá serlo por cualquier medio de prueba válido en derecho. En el caso de las relaciones de trabajo regulares las Oficinas de Extranjería verificarán de oficio los datos pertinentes obrantes en los ficheros de la Tesorería General de la Seguridad Social en base a la Disposición Adicional Quinta de la LOEX y el artículo 28.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.) Tal y como establecía el Jefe de la Oficina de Extranjeros en Ceuta, hasta la fecha se han registrado hasta la fecha un total de 78 solicitudes de arraigo

37. Remedios Sánchez Arrébola (Jefa del Área de Trabajo de la Delegación del Gobierno en Ceuta), entrevista del autor, Ceuta 18 de mayo de 2022.

38. Laarbi Mohamed Abdel-lah (Jefe de la Oficina de Extranjeros en Ceuta), entrevista del autor, Ceuta 18 de mayo de 2022.

39. Ver Hoja Informativa Autorización de Residencia por Circunstancias Excepcionales por Arraigo Laboral, disponible en [https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/delegaciones\\_gobierno/delegaciones/madrid/servicios/extranjeria/35-Arraigo-laboral.pdf.pdf](https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/delegaciones_gobierno/delegaciones/madrid/servicios/extranjeria/35-Arraigo-laboral.pdf.pdf).

40. Rojo Torrecilla, E.: “Ampliación de la posibilidad de solicitar la autorización de residencia por arraigo laboral”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5/2021, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001281](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001281).

laboral<sup>41</sup>. En relación a las autorizaciones de residencia de trabajadoras transfronterizas empleadas, se han visto sometidas a un considerable descenso. Antes del cierre fronterizo previo a la pandemia, había unas 1600 mujeres trabajando en este sector, disminuyendo notablemente, obteniendo un resultado a fecha de mayo de 2022 de unas escasas 340 mujeres transfronterizas en activo en el régimen de la seguridad social. Todo ello ha redundado en una considerable disminución de un 370%, con respecto al periodo previo al cierre fronterizo, como consecuencia de la pandemia.

## VI. CONCLUSIONES

- El emplazamiento donde desarrollan la actividad laboral el colectivo de trabajadoras transfronterizas empleadas de hogar se ubica en una de las ciudades que, conforma una de las dos únicas fronteras Exteriores de la Unión Europea en África; donde se materializa uno de los mayores tránsitos diarios de personas del mundo.
- La normativa reguladora de trabajadores extranjeros, tanto a finales del siglo XIX, como hasta mediados del XX, han discriminado a aquéllos que no les uniera un vínculo de carácter histórico, cultural o lingüístico. Por contra se reguló, con un criterio de discriminación positiva al colectivo de iberoamericanos (incluyendo brasileños), en detrimento de otro tipo de extranjeros. Este último colectivo consiguió equiparse en el resto de regulación positiva en las últimas décadas del siglo XX.
- Durante la década de los sesenta del siglo pasado se inició la regulación del colectivo del Régimen Especial Doméstico en materia de Seguridad Social, teniendo su regulación laboral específica en la década de los ochenta.
- Otras de las cuestiones a resaltar en la vigente Ley Orgánica 4/2000 es la de marcar la equiparación de los extranjeros y españoles en lo concerniente a derechos en el sentido de que: “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”
- No obstante, el 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, estipula en su título X del Reglamento regula la situación del colectivo en cuestión, dedicando tres artículos (182 a 184 inclusive).

41. Ver STS 1184/2021, disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a-4d73e1a196e1125ff5cbb6196698390f6bb804b7ec>.

- El Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio Del Hogar Familiar, enmarca el ámbito de actuación laboral de las trabajadoras del sector. No obstante, se ha de resaltar la singularidad, de llevar a efecto su actividad laboral en un ámbito transfronterizo, lo cual excluye al colectivo del permiso de residencia.
- La afiliación sindical del colectivo en cuestión es apenas testimonial, lo cual redundaría en una ausencia de negociación colectiva o estatutaria por parte de las organizaciones sindicales, con eficacia efectiva para este colectivo.
- Las reivindicaciones de las trabajadoras transfronterizas se materializaron principalmente durante el periodo que ha durado el cierre de frontera, situación ésta que ya está solventada en cuanto a la restauración del tránsito de personas y vehículos. Solicitan un sistema de garantía de retorno por parte del país vecino, así como reclaman a las autoridades españolas el reconocimiento de situaciones de arraigo laboral, al alegar situaciones que pudieran estar incluidas, según su criterio. Se sienten desvaloradas, a veces utilizadas por organizaciones que han buscado una atención mediática, resaltando la gran labor que siguen desarrollando en lo concerniente del cuidado de personas mayores y/o dependientes.
- Por parte de las autoridades españolas de la ciudad, la respuesta es explícita al respecto. Una vez restituido el tránsito y consecuente movilidad de las trabajadoras, podrán regularizar muchas de las contingencias que surgieron durante el cierre fronterizo de más de dos años.
- La disminución en cuanto a la jornada laboral de este colectivo, por la reducción de horas laborales semanales en su relación contractual con sus empleadores, se ha hecho notar de forma progresiva. Una de las causas ha sido el incremento del Salario Mínimo Interprofesional, que ha tenido una repercusión directa en los costes que han de afrontar los empleadores frente a estas trabajadoras, provocando un efecto disuasorio en cuanto a la contratación de este sector tan especial del mercado de trabajo transfronterizo, especialmente vulnerable por su precariedad.

## Bibliografía

- Abarca Junco, P.; Alonso-Olea García, B.; Lacruz López, J. M.; Martín Dégano I. M. y Vargas Gómez-Urrutia, M.: *El extranjero en el Derecho español*, Dykinson-UNED, Madrid, 2015.
- Ayala del Pino C: "La ordenación jurídica vigente del trabajo de los empleados del hogar familiar", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2018.
- Cáritas: "Empleadas del Hogar, ¿Trabajadoras de Segunda?", *Revista*, marzo-abril 2022.
- Martínez Cano Cortés, Y.; Iñiguez Hernández, D. y Huertas González, R.: "Comentario al Artículo 43 y Artículo 41. El contingente de trabajadores extranjeros", en Santolaya Macchetti, P. (coord.): *Comentarios de la nueva ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- Miralles P. P.: Conferencia sobre la Legislación de extranjería en España del s. XIX al XXI, Tenerife, 12 de julio de 2006, disponible en periódico digital *sindistancia.uned*.

- Montoya Melgar A: "Tendencias actuales sobre el ámbito personal del derecho del Trabajo", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 36, 2006.
- Patino Alonso, M. C.; Vicente Galindo, M. P. y Galindo Villardón, M. P.: "Perfil multivariante de las mujeres empleadas en el servicio doméstico", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 29(2), 2012, [https://doi.org/10.5209/rev\\_crla.2011.v29.n2.38021](https://doi.org/10.5209/rev_crla.2011.v29.n2.38021)
- Planet Contreras, A. I.: "Del proceso extraordinario de regularización de 1991 al proceso de 2001: Análisis de una década de Inmigración magrebí en España", en *I Congreso de Inmigración Interculturalidad y Convivencia*, Instituto de Estudios Ceutíes. Ceuta.
- Pulido, M.: *Sobre el brusco giro jurisprudencial en materia de extranjería*, 2008, [www.legaltoday.com](http://www.legaltoday.com)
- Quesada Segura, R.: *El contrato del servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991.
- Rojo Torrecilla, E.: "Ampliación de la posibilidad de solicitar la autorización de residencia por arraigo laboral", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5/2021, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001281](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001281).
- Soddu, P.: *Inmigración extra-comunitaria en Europa: El caso de Ceuta y Melilla*, Consejería de Educación y Cultura, Ceuta, 2002.



# Problemática de las pensiones de los emigrantes retornados en el contexto de la Unión Europea

## PROBLEMS OF THE PENSIONS OF RETURNED EMIGRANTS IN THE CONTEXT OF THE EUROPEAN UNION

**María Luisa Díaz Quintero**

Asesora Jurídica

Federación Andaluza de Asociaciones de Emigrantes y Retornados

[mldquintero@gmail.com](mailto:mldquintero@gmail.com) 0000-0002-7364-8655

Recibido: 27.10.2022 | Aceptado: 13.12.2022

### RESUMEN

La Federación Andaluza de Asociaciones de Emigrantes y Retornados se constituyó en Antequera en enero de 2001, aglutinando a ocho asociaciones provinciales del territorio de nuestra Comunidad Autónoma, teniendo como fines, entre otros: La defensa y promoción de los derechos e intereses de los emigrantes y retornados y la difusión de su problemática. Este artículo se centrará en analizar problemáticas que sufren emigrantes retornados en la consecución de sus derechos, existiendo un denominador común: falta de normativa, interpretaciones restrictivas por administraciones públicas implicadas y corrección jurisprudencial; todo un esfuerzo. Se abordarán la ausencia de procesos de homologación en España de las prestaciones de invalidez reconocidas por los estados miembros y cómo afecta a su fiscalidad. Y las consecuencias de la modificación del Convenio Hispano Alemán de doble imposición y su repercusión en las declaraciones del Impuesto de la renta de las personas físicas de los emigrantes retornados.

### ABSTRACT

The Andalusian Federation of Associations of Emigrants and Returnees was established in Antequera in January 2001, bringing together eight provincial associations from the territory of our Autonomous Community, with the following goals, among others: The defense and promotion of the rights and interests of emigrants and returnees and the dissemination of their problems. This article will focus on analyzing problems suffered by returned emigrants in achieving their rights, with a common denominator: lack of regulations, restrictive interpretations by public administrations involved and correct jurisprudence; quite an effort. The absence of homologation processes in Spain of the disability benefits recognized by the member states and how it affects their taxation will be addressed. And the consequences of the modification of the Spanish-German double taxation agreement and its repercussion on the personal income tax declarations of returned emigrants.

### PALABRAS CLAVE

Invalidez  
Grados  
Fiscalidad  
Prestaciones  
Jurisprudencia

### KEYWORDS

Disability  
Degrees  
Taxation  
Benefits  
Jurisprudence

## SUMARIO

- I. COMPATIBILIDAD DEL COMPLEMENTO DEL 20% DE LA INVALIDEZ PERMANENTE CON EL PERCIBO DE PENSIONES EXTRANJERAS
- II. HOMOLOGACIÓN DE PRESTACIONES DE INVALIDEZ DE ESTADOS MIEMBROS CON LA CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ EN ESPAÑA. AUSENCIA DE PROCESO, JURISPRUDENCIA Y FISCALIDAD
- III. CONVENIO DE DOBLE IMPOSICION HISPANO-ALEMÁN. CONSECUENCIAS FISCALES EN EL IRPF EN ESPAÑA

### I. COMPATIBILIDAD DEL COMPLEMENTO DEL 20% DE LA INVALIDEZ PERMANENTE CON EL PERCIBO DE PENSIONES EXTRANJERAS

Ejemplo claro de la lucha en los procesos judiciales de los emigrantes retornados por el reconocimiento de sus derechos es el asunto a tratar en este punto del artículo. Durante muchos años el complemento fue compatible con el percibo de prestaciones de estados miembros, pero en la Consulta 1/2015 se estableció el criterio de la incompatibilidad y muchos emigrantes recibieron notificaciones en las que se les retiraba el cobro de este complemento. Aun cuando el Tribunal Supremo en sentencia 4106/2016 lo declaró compatible. Fruto de estas discordancias, en 2018 los tribunales declararon su incompatibilidad, dando lugar al caso Blanco Marqués, emigrante que percibía una pensión de invalidez total más el complemento del 20% junto a una prestación Suiza y al que se le retiró dicho complemento, acudiendo a los tribunales, concretamente Tribunal Superior de Castilla y León, quien a la vista de las sentencias contradictorias existentes presentó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Europeo.<sup>1</sup> El resultado fue favorable y en julio de 2018 declara compatible el percibo del mencionado complemento recogiendo el contenido de la citada sentencia del Tribunal Supremo; dando lugar a la Circular del INSS 19/2018 que declaró compatible el complemento del 20% con el percibo de prestaciones de otros estados miembros pero añadiendo un problema: La recuperación y revisión de los complementos eliminados en base al anterior criterio no se llevaría a cabo de oficio.

En conclusión, consideramos muy favorable el cambio de interpretación y la declaración de compatibilidad pero estamos disconformes con la manera de actuar de la Administración pública quien debería de oficio revisar todas aquellas prestaciones que fueron rectificadas y a las que se le retiró el percibo del 20% de complemento y no depender que se haga de motu proprio por parte de los emigrantes retornados, que pese a que las Asociaciones de emigrantes retornados han realizado campañas informativas, estamos convencidos que existirá quienes por desconocimiento han perdido derecho.

1. STS 4106/2016. Criterio INSS 19/2018.

## II. HOMOLOGACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE INVALIDEZ DE ESTADOS MIEMBROS CON CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ EN ESPAÑA. AUSENCIA DE PROCESO, JURISPRUDENCIA Y FISCALIDAD

Procedemos a explicar el proceso seguido por las autoridades españolas en cuanto al reconocimiento de las situaciones de invalidez a efectos de la exoneración o aplicación de beneficios fiscales en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF, modelo 100) y la problemática y los perjuicios que esta convalidación está generando.

Todo se inicia cuando algún estado europeo remite información al estado español acerca de las prestaciones abonadas al retornado, hechas las comprobaciones por la AEAT (Agencia Tributaria española) sobre la presentación de las correspondientes liquidaciones del modelo 100 del Impuesto sobre la Renta de las personas Físicas (IRPF), al no constar incluidas dichas prestaciones en la casilla de los rendimientos del trabajo, la Administración Tributaria procede a realizar reclamación y liquidación provisional por los ejercicios tributarios no presentados o presentados de manera errónea.

Ante esas liquidaciones provisionales, el retornado procede a realizar las alegaciones pertinentes, concretamente en la línea de justificar, con base al tipo de invalidez reconocida por el estado pagador diferente al español, que las autoliquidaciones efectuadas en cada ejercicio fiscal eran correctas y ajustadas a Ley.

Y es aquí donde empiezan los problemas.

Pero antes de avanzar debemos conocer que en nuestro Estado español atendiendo a la Ley General de la Seguridad Social (LGSS art.196, redacción dado por el Real Decreto-ley 28/2018)<sup>2</sup> se distinguen cuatro supuestos de incapacidad permanente:

- La incapacidad permanente parcial para la profesión habitual: no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.
- La incapacidad permanente total para la profesión habitual: inhabilita al trabajador para realizar de todas o las fundamentales tareas propias de su profesión, siempre que puede dedicarse a otra distinta.
- La incapacidad permanente absoluta para todo trabajo: inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.
- Y la gran invalidez: referida a situaciones de incapacidad permanente absoluta en las que, además, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, es necesaria la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Esta diferenciación en grados de invalidez no existe en la mayor parte de los estados miembros.

2. Ley General de la Seguridad Social (LGSS, art.196, redacción dada por el Real Decreto-ley 28/2018).

Desgranados los tipos de invalidez en nuestro país, nos centraremos en su tratamiento fiscal:

Las prestaciones de incapacidad permanente en sus dos primeros grados (parcial y total) no están exentas, mientras que las de grados máximos (absoluta y gran invalidez) sí lo están (DGT CV 23-3-16).

Así, los beneficiarios de pensiones de invalidez absoluta y gran invalidez no deberán tributar por las prestaciones percibidas con arreglo al apartado f del artículo 7 de la Ley de IRPF<sup>3</sup>, por tanto las prestaciones estarán exentas de tributación.

Esto quiere decir que tributan como rendimientos de trabajo, las pensiones de incapacidad permanente parcial o de incapacidad permanente total. Y a efectos de la Renta (IRPF) en los supuestos de invalidez permanente total, que significa que al menos tienen un 33% de discapacidad, su mínimo personal y familiar aumenta en 3.000 euros más. Este mínimo es la cantidad general que no se somete al impuesto. En 2020, el mínimo del contribuyente es de 5.550 euros. Por tanto, un pensionista de incapacidad permanente total tendrá un mínimo personal y familiar de 8.550 euros.

En caso de personas con una discapacidad igual o superior al 65%, el mínimo por discapacidad total aplicable es de 12.000 euros. Lo que a efectos prácticos se traduce en una disminución considerable e incluso cuota 0, del pago del impuesto de sobre la Renta de las Personas Físicas.

De esta exposición se extrae la importancia del reconocimiento de la invalidez, de la que no habría duda alguna si el organismo pagador es el español; estando la raíz del problema, precisamente, en las prestaciones de invalidez reconocidas y abonadas por otros estados miembros en los que la existencia de grados en el reconocimiento de la invalidez no existe y que el hecho de percibir una prestación de invalidez de un estado miembro no es automáticamente aceptado por el estado español.

¿Qué tratamiento le da la Agencia Tributaria española a las prestaciones de invalidez extranjeras?

En cuanto a las pensiones procedentes del extranjero percibidas por contribuyentes del IRPF y que deban someterse a tributación en España gozarán de exención, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el grado de incapacidad reconocido pueda equipararse en sus características a la incapacidad absoluta o gran invalidez.
- Que la entidad que satisface la prestación goce, según la normativa del país de procedencia de la pensión, del carácter de sustitutoria de la Seguridad Social.

Y respecto a los documentos que la AEAT requiere de los perceptores de pensiones por incapacidad de Estados extranjeros que aleguen la aplicación de la exención del artículo 7.f) de la Ley del IRPF son los que a continuación se indican:

3. Apartado f) del artículo 7 de la Ley de IRPF. DGT CV 23-3-16.

- Resolución por la que se le reconoce la prestación o renta de que se trate.
- Informe médico oficial, descriptivo de las patologías, lesiones, secuelas y limitaciones funcionales tomadas en consideración para la valoración de la incapacidad laboral.
- Dictamen pericial oficial en el que se concrete y determine el alcance e impacto de las limitaciones funcionales sobre la capacidad laboral.

Dicha documentación deberá ir acompañada de su correspondiente traducción al castellano.

Estas exigencias son aplicables también caso de que el retornado tenga una invalidez permanente total, en cuyo supuesto no da lugar a excepción pero sí como hemos visto con anterioridad a una disminución del mínimo personal y familiar que se somete al impuesto.

Y es precisamente en este proceso de homologación, como decíamos antes, donde surgen los problemas.

En todo este proceso la Administración no le pone nada fácil al retornado esta homologación. En la práctica a lo largo de estos años nos hemos encontrado con muchas casuísticas pero todos con una línea común: Por una parte la dificultad y angustia que supone recibir requerimientos y tener que justificar el grado de invalidez, ya que hemos de partir del perfil del retornado, persona de avanzada edad, retornada desde hace muchos años o bien declarada en invalidez con cierta antigüedad, que no tiene un manejo de documentación de la época en la que estuvo enfermo/a y posteriormente reconocida la invalidez, que puede o no conservar documentos sobre las patologías tomadas en consideración en el momento de ser evaluada por equipo médico y que no estaba muy claro el dictamen pericial qué organismo debe ponerlo en marcha y cómo iniciar este proceso y los costes que esto suponen. A parte de la exigencia de traducción de toda la documentación al castellano.

De otra parte, el proceso de homologación y la falta de criterios claros. Ya que cuando la AEAT requiere a un contribuyente retornado, ya que según los datos suministrados por la administración tributaria de otro país de la Unión Europea, éste ha percibido una pensión que se encuentra sujeta a imposición en España y se alega que la pensión percibida lo es en concepto de incapacidad permanente total o absoluta, y que es equiparable su grado de invalidez, ¿cuál es la respuesta de la Agencia Tributaria? Pues en los casos atendidos en nuestras entidades, la respuesta siempre ha sido negativa pero con argumentaciones diferentes. Si el contribuyente retornado atendiendo a la existencia de una circular del INSS, donde se refería una especie de procedimiento de homologación, solicitaba ante la AEAT que se iniciara el proceso de convalidación, ésta alegaba que dicha petición era improcedente indicando que es el interesado el que debe recabar el reconocimiento pretendido de la autoridad correspondiente y obtenida ésta presentarla ante la AEAT, convenientemente traducida.

La circular comentada, someramente establecía el proceso de convalidación, por la cual, en resumen, el interesado debe proceder presentando su solicitud ante la AEAT quien a su vez la remite al INSS con toda la documentación aportada y el INSS

emite informe dan traslado del mismo a la AEAT, quién tiene la potestad de decidir los efectos fiscales.

Sin embargo, pese a solicitarlo reiteraban la negativa, debiendo llegar hasta el Tribunal económico administrativo (TEARA); donde finalmente son desestimadas las pretensiones de homologación al considerar que según documentación analizada por Dirección Provincial de la Seguridad Social a través del Equipo de Valoración de Incapacidades se dictamina que la prestación que percibe, el grado de incapacidad que se hubiera declarado por el INSS habría sido diferente, es decir, que las enfermedades padecidas que dieron lugar a la prestación extranjera de invalidez, no le hubieran otorgado el mismo grado de invalidez de haberse valorado en nuestro país, haciendo alusión a un dictamen emitido por el equipo de valoraciones que en ningún caso se nos da traslado, ni en qué se basan para ello y por tanto por qué justifican esa calificación.

En muchos casos nos hemos encontrado que el retornado era evaluado por personal médico español cuyos informes trasladaban al estado miembro para la concesión de la prestación de invalidez extranjera ya que el proceso de la enfermedad se les presentó estando en nuestro país o retornaron para recibir cuidados de sus familiares, pues ni siquiera en estos supuestos existe interés alguno de recabar la documentación que fue emitida por nuestro país.

En otras ocasiones, el argumento esgrimido por la AEAT, para desestimar las alegaciones presentadas, es manifestar que no se ha instado el procedimiento especial para la homologación de su pensión con la normativa española ante el INSS. Ya que al considerar que al no ser pagada la prestación por Seguridad social u organismo que le sustituya y provenir del extranjero se debe realizar un dictamen previo y reconocimiento con emisión de informe del INSS, en el que se evalúen las secuelas y el menoscabo funcional del interesado y su impacto en la capacidad laboral, en base a la situación en la que se encontraba el interesado a la fecha de concesión de la prestación en el estado miembro.

Pero en medio de todo este conflicto de argumentaciones contradictorias y consultado el Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre este procedimiento especial responden que no existe tal procedimiento y es la propia Agencia Tributaria la que debe instar a solicitud del interesado la valoración correspondiente ante el INSS, y por lo tanto, desconocen en qué consiste exactamente ese procedimiento especial. Además, para hacer más compleja la cuestión, el contribuyente traslada la respuesta del INSS al departamento correspondiente de la Agencia Tributaria y no se obtiene ninguna respuesta concluyente. Generando una manifiesta indefensión y una falta de coordinación entre Administraciones.

¿Cómo requerir que se ponga en marcha un procedimiento que no está desarrollado? ¿Cómo las informaciones entre los estados miembros llegan al nivel de conocimiento relativos a lo económico de las prestaciones pero no hay nada de información sobre el proceso de invalidez?

En los inicios contábamos con una prueba de mucha importancia, concretamente en los supuestos de prestaciones de Alemania, con la certificación expedida por el

organismo pagador, con su correspondiente traducción; así como por el consulado General de España, Dusseldorf, sección de empleo y seguridad social y de la Subdelegación de Gobierno de Sevilla que constataba esta recepción. En la que certificaba el grado de invalidez de la prestación extranjera. Dicho certificado y su traducción se aportaba junto a la resolución que da lugar al pago de esta prestación y la fecha que se inició la misma estando comprendidas las cantidades percibidas en los ejercicios regularizados. Pese a ello, se seguía rechazando la homologación. En estos certificados se hacía mención expresa a que la prestación percibida por el organismo alemán tenía la calificación de invalidez permanente absoluta, pero era desestimada.

Poco después, nos comunicaron que tenían órdenes de no remitir más certificados de este tipo, pero no se nos dieron más explicaciones.

A lo largo de todos estos años hemos estado sometidos a esta incertidumbre y a desestimaciones, y en el año 2019 a efectos de la homologación de prestaciones por incapacidad permanente, el Tribunal Supremo a fijado unos criterios interpretativos en la sentencia 346/2019, de 14 de marzo en la que determina al INSS órgano competente para ello<sup>4</sup>.

Esta STS tiene su origen en la sentencia de fecha 4 de octubre de 2017 dictada por la Sección 4 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia contra la que se interpone recurso de casación, que tiene por objeto la anulación total de dicha sentencia.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, desestimó las pretensiones del contribuyente retornado, y en su resolución indicaba que “la Dirección Provincial de la Seguridad Social en A Coruña, a través del Equipo de Valoración de Incapacidades determinó que no se dispone de la documentación necesaria que permita tal valoración, ya que al expediente del INSS no fue aportado la resolución por la que se le reconoce la prestación o renta, el informe médico oficial tomado en consideración para la valoración de la incapacidad laboral ni dictamen pericial oficial sobre la capacidad laboral del individuo. Y, en consecuencia, a la vista de lo expuesto, tras analizar su solicitud, y teniendo en cuenta que la Dirección Provincial de la Seguridad Social no ha podido emitir informe acerca de la calificación de su incapacidad, informe que permitiría calificar su renta como exenta, procede confirmar la desestimación de su solicitud”.

Se esgrime en el recurso de casación la infracción denunciada que habría cometido la sentencia recurrida (y los actos administrativos combatidos en el litigio seguido en la instancia que la precedieron) por no haber aceptado, en lo concerniente a esa equiparación de la invalidez causante de la pensión suiza con los grados de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez del sistema español de Seguridad Social, cualquier medio de prueba; y haberse exigido que esa acreditación se hubiera efectuado de una determinada forma (mediante un acto dictado del Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS– en el ejercicio de la competencia que tiene reconocida para la evaluación de la incapacidad).

4. STS 346/2019, de 14 de marzo, y STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Secc. 4ª, <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NFJ072870.pdf>.

Y el TS debate si debe ser una homologación automática o si es preciso que exista una valoración o reconocimiento previo del grado de incapacidad por parte del órgano competente de la Seguridad Social española. Porque en base al artículo 105 y 106 de la Ley 58/2003, General Tributaria<sup>5</sup>, corresponde al sujeto pasivo probar que la pensión percibida del exterior se corresponde con las consideradas en España. Y para el TS recae indiscutiblemente la carga de la prueba en el contribuyente que debe aportar un conjunto de pruebas adicionales.

El TS cuestiona que sean automáticamente equiparables, y en la STS referida se hace alusión a la falta de competencia de la Agencia Tributaria en base dictamen de la Dirección General de Tributos que ha señalado recientemente, entre otras, en consulta V0602-14, que “no corresponde a este Órgano pronunciarse sobre si existe equiparación o, en su caso, homologación de prestaciones por incapacidad permanente en sus grados de absoluta o gran invalidez, entre los distintos regímenes públicos de la Seguridad Social, es decir; el propio de la normativa española en comparación o en referencia a cualquiera otras que regulen la Seguridad Social en el extranjero, por no ser competente por razón de la materia sobre este particular”.

Y sí tiene muy claro que en nuestro país los competentes para emitir los correspondientes certificados los Institutos Nacionales de la Seguridad Social, de la Salud y los Servicios Sociales, o los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas.

Y es que tanto el TRLGSS 2015 (art. 200) como el TR/LGSS 1994 (art. 14)<sup>6</sup> asignado al INSS, a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan, la competencia para declarar la situación de invalidez permanente a los efectos de reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas.

Como tiene también que señalarse que el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio<sup>7</sup>, fue el que reguló el procedimiento por el que el INSS debía ejercer de la competencia de evaluación de la incapacidad y estableció los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI) con la fundación de examinar la situación incapacidad del trabajador y formular al Director provincial del INSS dictámenes propuesta.

La sentencia del Tribunal Supremo 346/2019, de 22 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, viene a cerrar la discusión sobre la equiparación de las pensiones por incapacidad reconocidas en el extranjero a las categorías fijadas en el sistema de Seguridad Social española. El Tribunal Supremo considera que al igual que la pensión de jubilación por incapacidad permanente para el servicio del régimen de Clases Pasivas no es coincidente con la pensión por incapacidad permanente absoluta del sistema de Seguridad Social, y que no es suficiente para obtener la exención tributaria, y para obtener dicha exención hay que instar la declaración de que su situación de incapacidad es encuadrable o equiparable a dicha incapacidad permanente absoluta del sistema de Seguridad Social, aportando las pruebas de su

5. Artículo 105 y 106 de la Ley 58/2003 General Tributaria. Dictamen Dirección General de Tributos consulta V0602-14.

6. Artículo 200 TRLGSS/ 2015 y artículo 14 TR/LGSS 1994.

7. Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio

situación ante el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS; pues esta doctrina es de aplicación a las incapacidades reconocidas en países extranjeros, cuando no existe en ellos, a diferencia de lo que ocurre en España, una distinción entre los grados de invalidez permanente total e invalidez permanente absoluta. Proviene este criterio de la jurisprudencia sentada a partir de lo proclamado por esta Sala en la STS de 19 de febrero de 2007<sup>8</sup>.

Y fija unos criterios interpretativos:

1. El reconocimiento de una pensión de invalidez en otro estado no basta, por sí solo, para equiparar dicha pensión con una prestación de incapacidad del sistema español de Seguridad Social; porque en aquel Estado, a diferencia de lo que acontece en España, no se distingue entre un grado de incapacidad que está referida sólo a la profesión que ejercía el interesado (aunque la impida en la totalidad de los cometidos de esa profesión) y otro grado superior que se proyecta también sobre otras profesiones.
2. La calificación de si una situación merece la consideración de incapacidad permanente corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de los órganos reglamentariamente establecidos para examinar al interesado y emitir el correspondiente dictamen propuesta; y recae sobre el interesado la carga de aportar ante esos órganos todos los elementos que permitan probar cual fue la concreta situación que determinó la pensión extranjera cuya equiparación se pretenda con una pensión de invalidez absoluta del sistema español de Seguridad Social.

Y desestima el recurso de casación interpuesto por el contribuyente retornado.

Mientras, lo que estamos llevando a la práctica para paliar esta situación gravosa, es remitir a los emigrantes con dictámenes médicos a los equipos de valoración de minusvalías de la Junta de Andalucía, y así que puedan obtener al menos el 33% que le de derecho a deducción en el impuesto de la Renta de las personas físicas (IRPF); por punto desde el año 2013 fue equiparado este grado concedido con los grados de invalidez reconocidos por el INSS.

Llegados a este punto, la Federación Andaluza de asociaciones de emigrantes y retornados solicita el amparo de Europa y remite solicitud a la Comisión de peticiones teniendo como resultado su admisión en Petición 0278/2021<sup>9</sup> y se procede a su estudio. En sus respuestas nos manifiestan que la Organización Mundial de la salud ha lanzado una iniciativa a la Clasificación Internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la Salud (CIF) que las autoridades nacionales pueden utilizar

8. STS de 19 de febrero de 2007.

9. Petición 0278/2021. Comisión de peticiones del Parlamento Europeo <https://www.europarl.europa.eu/petitions/es/petition/content/0278%252F2021/html/Petici%25C3%25B3n-n.%25C2%25BA%25C2%25A00278%252F2021%252C-presentada-por-Mario-Alonso%252C-de-nacionalidad-espa%25C3%25B1ola%252C-en-nombre-de-la-Federaci%25C3%25B3n-Andaluza-de-Asociaciones-de-Emigrantes-y-Retornados%252C-sobre-el-reconocimiento-de-la-condici%25C3%25B3n-y-el-grado-de-discapacidad-en-toda-la-UE>.

en sus evaluaciones a fin de garantizar criterios justos, equitativos y uniformes. ICF by WHO<sup>10</sup>

Del mismo modo nos informan de la existencia del proyecto piloto de la tarjeta europea de discapacidad que garantice a las personas con discapacidad un acceso igualitario a prestaciones más allá de las fronteras, principalmente en los ámbitos de la cultural ocio, el deporte y el transporte. Desgraciadamente España todavía no participa en dicho proyecto de Tarjeta Europea de Discapacidad<sup>11</sup>.

Las observaciones de la Comisión fueron las siguientes: “El derecho de la Unión, en particular el artículo 48 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) aplicado por el Reglamento (CE) n° 883/2004<sup>12</sup> prevé la coordinación, no la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de seguridad social. Dicho Reglamento establece normas y principios comunes que deben observar todas las autoridades nacionales al aplicar la legislación. Esto quiere decir que cada Estado Miembro es libre de determinar los pormenores de su propio sistema de seguridad social, incluidas las prestaciones que se ofrecen, las condiciones para beneficiarse de ellas, la forma de calcularlas y las cotizaciones que deben pagarse. Los estados miembros siguen siendo competentes para determinar las condiciones para tener derecho a prestaciones de invalidez. El grado de invalidez y el porcentaje son fijados caso por caso, de conformidad con la legislación nacional. Los criterios se definen de forma diferente en la legislación nacional y pueden dar lugar a diferencias considerables en el grado y en el importe. El estado competente para la evaluación de la invalidez es el Estado Miembro de residencia no siendo vinculante esta evaluación para la autoridad de seguridad social del otro estado miembro.

Por lo que se refiere al aspecto fiscal, cabe señalar que la fiscalidad directa, en el estado actual de la Unión, es esencialmente competencia de los Estados Miembros. El derecho derivado de la Unión en el ámbito de fiscalidad es limitado. Es competencia de cada Estado Miembro el diseño de sus propios sistemas tributarios y las decisiones con respecto a quién, qué, cuándo y cómo se grava y qué tipos impositivos se aplican. Aun cuando debe cumplir las obligaciones en virtudes TFUE, y por consiguiente sus leyes no deben discriminar a los nacionales de los Estados Miembros de la Unión, incluido el propio, por razones de nacionalidad o residencia, así como a ninguna persona que ejerza las libertades garantizadas por la TFUE. Tampoco pueden aplicar restricciones injustificadas y desproporcionadas en el ejercicio de esas libertades.

La cualificación de discapacidad realizada con arreglo a la legislación de otro Estado miembro puede no coincidir con la cualificación con arreglo a la pensión española. Con el finde establecer la fiscalidad correspondiente a cada pensión de invalidez, España califica la discapacidad con arreglo a su legislación. Sobre la base de esta calificación,

10. ICF by WHO. <https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-functioning-disability-and-health>.

11. Tarjeta europea de discapacidad <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1139&langId=es>.

12. 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 (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza) (DO L 166 de 30.4.2004, pp. 1-123).

España aplica el régimen fiscal correspondiente a la pensión con arreglo a la Ley española del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Esta situación es conforme con el Derecho de la Unión siempre que España no vulnere el principio de igualdad de trato. En concreto, España debe tratar las pensiones de invalidez extranjeras de la misma forma que trata las pensiones de invalidez nacionales con la misma cualificación.

En conclusión, la Comisión no tiene motivos para dar curso a la cuestión planteada por el peticionario, ya que el asunto está relacionado con competencias nacionales. Si el peticionario no está satisfecho con la decisión de la autoridad tributaria española, tiene la posibilidad de recurrir a las autoridades administrativas o judiciales nacionales (incluidos los defensores del pueblo nacional o regionales) o a través de los procedimientos de arbitraje y conciliación a su disposición. La Comisión aconseja al peticionario que use estas vías de recurso nacionales."

Ante esta respuesta y el cierre de la petición planteada a Europa, la FAER acude al Defensor del Pueblo estatal interponiendo queja. Dando lugar al expediente nº 22016174. La respuesta del Defensor del Pueblo va en la misma línea y considera que el reconocimiento o no de la exención a efectos de IRPF de las pensiones extranjeras por incapacidad permanente u otra denominación equiparable, está atribuida en España al INSS, quien interviene con carácter pericial en el procedimiento administrativo correspondiente ante la AEAT, sin que ésta se separe del informe elaborado por el INSS. Concluye que no cabe apreciar irregularidad y añade que en realidad no se trata de la homologación a efectos de Seguridad social entre pensiones por incapacidad reconocidas dentro o fuera de España, sino de una exención tributaria que en España tienen reconocidas exclusivamente las pensiones por incapacidad absoluta y gran invalidez. Y sólo corresponde al INSS determinar si una pensión de incapacidad extranjera puede o no ser equiparada en función de las limitaciones orgánicas y funcionales, a una pensión española por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

En conclusión, volvemos a la casilla de salida: Ya que, en resumen, para la aplicación de la exención o la disminución de la base en el IRPF es necesaria la calificación por parte de nuestros equipos de valoración internos dependientes del INSS y con obligada carga de la prueba por parte del pensionista interesado.

Nos deja claro la sentencia del TS y los informes de la comisión de peticiones del Parlamento Europeo así como del Defensor del Pueblo que el órgano competente es el INSS, que no es una homologación automática, y que la carga de la prueba recae en el retornado.

Pero continuamos con el farragoso desencuentro entre administraciones y la complicada y angustiosa situación que estos trámites les generan. Y lo que es peor, no soluciona aquellos supuestos en los que, como en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que se recurre y da origen a la sentencia que estamos del TS 346/2019, la Dirección Provincial del INSS por sus Equipos de Valoración, no entran al estudio del grado de invalidez que les hubiera correspondido, por carecer el contribuyente retornado de los documentos requeridos.

Con lo que poco nos resuelve la situación en la que viven nuestros retornados, siendo muchos los que carecen de cualquier tipo de documentación, dejándolos en el abandono total por las administraciones españolas.

Nosotros propugnamos que no se trata de un asunto meramente fiscal, que sí se trata de iniciar o facilitar un procedimiento de homologación de la calificación del grado de invalidez; debiendo instar a una cooperación entre estados para que todo este proceso de homologación se protocolice, poniendo a disposición de los estados miembros los recursos necesarios para ello. Y habilitar un sistema para facilitar la homologación de las prestaciones por invalidez y la calificación del grado.

### III. CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN HISPANO-ALEMÁN. CONSECUENCIAS FISCALES EN EL IRPF EN ESPAÑA

En este asunto, hasta el año 2012 fue de aplicación el Convenio para evitar doble imposición suscrito entre España y Alemania de 5 de diciembre de 1966 (BOE de 8 de abril de 1968).<sup>13</sup> Concretamente en su artículo 19.2 se disponía "(...) las pensiones y remuneraciones similares pagadas por o con cargo a fondos creados por un estado contratante, un *land*, o uno de sus organismos autónomos, autoridades o administraciones locales, en consideración a un empleo anterior, están exentos de impuestos en el otro estado contratante".

La norma dispositiva era clara, si la pensión es pagada con fondos públicos, es pública y no tributa en España. Si es privada, se somete a imposición en nuestro país. No depende este criterio ni este carácter de la condición que ostentaba el trabajo remunerado en Alemania, sino el criterio a tener en cuenta es los fondos de donde salen estas prestaciones.

Sin embargo este criterio no fue el mantenido por la Agencia Tributaria, salvo el caso resuelto por la Administración de Chiclana, en resolución emitida el 18 de febrero de 1999, y es un claro ejemplo de lo que citábamos en el resumen de este trabajo al considerar que las administraciones implicadas en demasiadas ocasiones interpretan con carácter restrictivo la normativa existente. Y es que todas las alegaciones que se realizaban en los recursos eran desestimadas por cuanto consideraba la AEAT que las prestaciones recibidas del estado alemán no estaban exentas y la aplicación del artículo 19.2 del Convenio de Doble Imposición Hispano-Alemán sólo resultaba aplicable cuando se percibía una prestación con arreglo a la realización de un empleo público.

Esta situación hubo de ser corregida por los tribunales y fueron numerosas las resoluciones que estimaron las pretenciones de los emigrantes retornados, citamos como ejemplos la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de fecha 22 de octubre de 2008 a las que le siguieron numerosas sentencias que siguen la línea jurisprudencial, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de octubre de 2012 que se refiere a un anterior recurso de esa misma sala, con nº 1527/2008, en el que establece que el citado artículo 19 del convenio, cuando habla de la naturaleza pública de las pensiones, se refiere a la procedencia de los

13. Instrumento de ratificación del Convenio Hispano-Alemán para evitar la doble imposición, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1968-450>.

fondos con los que se abonan las pensiones y remuneraciones similares y no, como manifestaba la administración, a la naturaleza pública o privada del empleo anterior.

Del mismo modo, la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Galicia, secc. 4ª, en sentencias emitidas en los procedimientos nº 744/2014, 587/2014 y 607/2014; Sentencia del TSJ de Andalucía con sede en Sevilla, secc. 3ª nº 635/2015. A estas sentencias les siguieron las resoluciones del TEARA, donde antes eran desestimadas, ahora ya no recitábamos de acudir al contencioso administrativo ya que este tribunal nos daba la razón.

Pero nuestra alegría duró poco, y no queremos pensar que fruto del éxito de las resoluciones judiciales, se procediera a la reforma del mencionado convenio, pero ya es mucha casualidad que este artículo fuera remodelado de tal manera que hizo desaparecer la herramienta que servía de base para nuestras peticiones y toda mención a la exención de tributación en el estado de residencia de las prestaciones pagadas con cargo a fondos públicos.

A cambio de esto, en el nuevo convenio de doble imposición<sup>14</sup>, firmado en febrero de 2011 y que entró en vigor en octubre de 2012, nos encontramos con una desagradable sorpresa, y es la novedad introducida en su artículo 17.2 del gravamen de las prestaciones, a partir del 1 de enero de 2015, por parte del país del que proceden al tipo máximo del 5% hasta 2029 y al 10% a partir de 2030.

Esta situación está generando una doble imposición sobre la pensión satisfecha desde Alemania, provocando en nuestros emigrantes retornados una situación de angustia y de procesos de recuperación del impuesto satisfecho en Alemania.

La forma en la que se está procediendo en estos casos varía según la fecha en la que el estado alemán requiera e informe de la cuantía a abonar por el 5% de la pensión percibida. En la mayoría de los casos, como quiera que esta notificación se recibe con posterioridad a la presentación de la correspondiente declaración de la Renta (IRPF), no es posible marcar en la casilla de doble imposición la cuantía abonada, y por tanto una vez presentada la liquidación, se realiza escrito dirigido a la AEAT solicitando la devolución de ingresos indebidos, conforme a lo establecido en los artículos 120.3 y 221 de la Ley General Tributaria<sup>15</sup> aportando la liquidación presentada en su día, la notificación del estado alemán en la que requiere el pago y el justificante bancario del abono. Tras lo cual la AEAT procede a realizar los cálculos con arreglo a la doble tributación que se ha soportado.

Para ello, se ha realizado por FAER un modelo normalizado para facilitar a sus Asociaciones estas gestiones y ayudar a sus asociados en esta tarea.

En las escasas ocasiones en las que el estado alemán notifica antes del plazo para la realización de la liquidación del Impuesto sobre la Renta, las cantidades abonadas al estado alemán se introducen en la casilla correspondiente del modelo de autoliquidación del impuesto. (casilla 588: Deducción por doble imposición internacional, por las rentas obtenidas y gravadas en el extranjero)

14. Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición, [https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/02/03/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/02/03/(1)).

15. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>.

Por su parte, la Agencia Tributaria, ante la petición realizada por esta Federación de impulsar una negociación bilateral para proceder a modificar estos términos del convenio, excluyendo de esta aplicación a los emigrantes que retornan, (ya que todo apunta a que nació más bien para ciudadanos del país pagador que pasan largas temporadas en otros países con climas más favorables pero no para ciudadanos que emigraron y trabajaron en el estado miembro pagador de la prestación y que al término de su actividad laboral regresan a su país de origen), nos contesta que se trata de una competencia propia de la Dirección General de Tributos, pero que tiene la intención de crear una base de datos en la que se incluyan los que tributan en Alemania con arreglo a la aplicación del artículo 17.2 del convenio y que les facilitaría el rellenar la casilla de doble imposición sin comprobaciones en lugar de un largo proceso de solicitud de devolución de ingresos indebidos que sí daría lugar a un proceso de comprobación. Pero claro, esto tiene un problema, y es que no siempre las cuantías son las mismas y podría dar lugar a que se anote como doble imposición una cuantía que no coincide con la realidad y una posterior reclamación por la AEAT al obtener información de las prestaciones recibidas por el estado alemán y comprobar que no coinciden.

En conclusión, esto supone como hemos comentado, un farragoso y angustioso proceso para los emigrantes retornados que no alcanzan a comprender lo que está sucediendo. Teniendo que soportar el coste de una doble tributación hasta que se da curso a la solicitud presentada y a la devolución de las cuantías indebidas.

Y por otra parte, que no en todos los casos se obtiene la devolución ya que de esta casuística se encuentran fuera aquellos cuya cuota resultante en el IRPF sea 0€, así como los que han obtenido la devolución de todo lo retenido.

Por tanto hemos de concluir, que se trata de un convenio que ha venido a gravar más aún la situación de nuestro colectivo de emigrantes retornados que nuevamente ven cómo por el hecho de haber emigrado se ven perjudicados en sus derechos y tienen un trato discriminatorio respecto a los que no emigraron, debiendo soportar una tributación por el mero hecho de percibir prestación del estado alemán; cuando ya se tributa en nuestro país con arreglo a la legislación española al ser residentes fiscales no haciendo uso de servicios públicos del estado alemán sufragados por los impuestos. Pagan impuesto por el mero hecho de percibir prestación pero no por causar gastos o hacer uso de servicios públicos. No entendemos el fundamento para suscribir este convenio e instamos a las autoridades a que lleven a cabo las acciones oportunas para paliar esta injusta situación.



# La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo como motor de las reformas legislativas: prestación por desempleo y servicio doméstico\*

## THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF LUXEMBOURG AS THE ENGINE OF LEGISLATIVE REFORMS: UNEMPLOYMENT BENEFIT AND DOMESTIC SERVICE

**María Salas Porras**

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

[mariasalas@uma.es](mailto:mariasalas@uma.es) ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1146-6880>

Recibido: 26.10.2022 | Aceptado: 01.12.2022

### RESUMEN

El estudio que de seguida se presenta tiene como objetivo fundamental realizar una relectura de la más reciente jurisprudencia comunitaria a fin de conocer cuál ha sido y es el grado de afectación en las novedades legislativas habidas en el ordenamiento jurídico español respecto a la configuración de la protección social por desempleo de quienes prestan servicios en el hogar familiar. Para alcanzar tal finalidad se ha procedido a la revisión normativa, jurisprudencial y de doctrina judicial existente sobre esta materia a nivel comunitario y nacional.

### ABSTRACT

The study that is presented below has as its fundamental objective to carry out a rereading of the most recent community jurisprudence to know what has been and is the degree of affectation in the legislative novelties in the Spanish legal system regarding the configuration of protection. social unemployment of those who provide services in the family home. To achieve this goal, a regulatory, jurisprudential and existing judicial doctrine review on this matter has been carried out at the community and national levels.

### PALABRAS CLAVE

Prestación por desempleo  
Trabajadores domésticos  
TJUE  
España

### KEYWORDS

Unemployment benefit  
Domestic workers  
CJEU  
Spain

\* El estudio que se publica ha sido objeto de discusión y defensa oral previa en las Jornadas Jurídicas de Guadalupe sobre "Coordinación de Sistemas de Seguridad Social: Un puente jurídico entre la Unión Europea e Iberoamérica", organizadas por Acciones de Dinamización "Redes de Investigación" 2018. Ayuda RED2018-102508-financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN EL SERVICIO DOMÉSTICO DESDE LAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAL Y COMUNITARIA
- III. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICO-POLÍTICA DE EUROPA A PARTIR DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: ¿ACASO NO SON GOTAS JUNTAS LAS QUE CONFORMAN LOS OCÉANOS?
  - A. Apuntes breves sobre el papel del Tribunal de Luxemburgo en el proceso comunitario de integración
  - B. El asunto C-389/20: una reciente invitación para que el ordenamiento español contribuya a la coordinación europea de sistemas de Seguridad Social
- IV. EL REAL DECRETO-LEY 16/2022 PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR COMO RESPUESTA. ESPECIAL ATENCIÓN A LA REFORMULACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO
  - A. Un breve ejercicio de exégesis normativa
  - B. La ordenación de la prestación por desempleo
- V. OTRAS REPERCUSIONES EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA
- VI. CONCLUSIONES  
Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

La inclusión de quienes desempeñan su labor en el servicio doméstico como beneficiarios potenciales de las prestaciones por desempleo, al menos en el ordenamiento jurídico español, a todas luces ha de considerarse consecuencia directa de la reciente publicación de la Sentencia del TJUE C-389/20.

Esta relación causa-efecto apenas afirmada pone de manifiesto, además, dos consideraciones.

La primera relativa a que España puede, por fin, entrar en el grupo de países que no solo política, sino especialmente jurídico-normativamente se alinean a favor de eliminar algunas de las causas que contribuyen a debilitar al colectivo de trabajadores domésticos, una idea esta –la del debilitamiento– sobre la que se volverá más adelante en el desarrollo del ensayo, pero que era preciso dejar anotada aún en estas líneas introductorias puesto que pone de manifiesto el relevante papel de las instituciones –también las jurídico-normativas– en el logro del objetivo de la Justicia social y relacional.

La consideración segunda aludiría a la conexión existente entre el tema de las Jornadas celebradas y la temática elegida por nuestra parte, dado que, precisamente, es la coordinación la función que asume y ejerce el Tribunal de Luxemburgo a nivel comunitario. Esta labor, directamente derivada de aquella otra principal centrada en la interpretación de la normativa comunitaria, queda mostrada y demostrada en el cambio normativo ut supra mencionado puesto que afecta especialmente a la coordinación de los sistemas de seguridad social de los países del entorno europeo.

Con estos mimbres construimos el trabajo que de seguida se presenta estructurado en cuatro apartados. El primero de ellos destinado a ofrecer una idea general del tratamiento jurídico-normativo que a nivel internacional y europeo recibe la presta-

ción por desempleo cuando referido al trabajo desarrollado en el servicio doméstico. Para ello se estudia *grosso modo* la normativa de aplicación si bien limitada a estos niveles supranacionales. El segundo apartado se centra tanto en presentar el diseño normativo del papel que desempeña el TJUE y las consecuencias que, en relación con la coordinación de sistemas, la doctrina ata a tal previsión, como el contenido del asunto que detona el cambio normativo operado en España en relación con el tema que nos ocupa. De ahí que el apartado tercero se centre en el recién elaborado Real Decreto-ley que ordena la prestación por desempleo para el servicio doméstico. Para finalizar querríamos dejar apuntadas otras alteraciones que en el ámbito sociolaboral de nuestro ordenamiento jurídico se producen a raíz de la inclusión de este colectivo de trabajadores en la precitada prestación. Las reflexiones finales quedan agrupadas en el apartado conclusivo.

## II. LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN EL SERVICIO DOMÉSTICO DESDE LAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAL Y COMUNITARIA

El Convenio nº 189 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>1</sup> es y debe ser el objeto principal de referencia en un apartado como este destinado a observar cuál es la dinámica global en materia de protección por desempleo cuando se refiere a quienes prestan servicios en el hogar familiar. Y ello no tanto porque no se disponga de otras disposiciones de derecho positivo que aborden, de forma directa o indirecta esta temática que nos ocupa, sino especialmente debido a que es un verdadero y continuo punto de referencia para otras organizaciones internacionales sea de países<sup>2</sup> o de asociaciones de empresarios y sindicatos<sup>3</sup>.

Así, ratificada por un total de treinta y cinco países en todo el mundo<sup>4</sup>, la precitada norma establece con prístina claridad en su artículo catorce la esencialidad de que los trabajadores domésticos “disfruten de condiciones no menos favorables que las aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social”. Ciertamente se introduce este apartado primero del referido precepto señalando la necesaria adecuación a las características del trabajo doméstico y la legislación nacional, sin embargo, tales apreciaciones no parecen permitir la excepcionalidad de inobservar aquel mandato escudándose –tal excepción– en la idiosincrasia

1. Este Convenio es de 2011; su rúbrica exacta es “Sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos” y cuenta con una Recomendación que lo complementa a efectos interpretativos y de aplicación. Nos referimos a la nº 201 del mismo año 2011.

2. Así acontece con Europa como de seguida se pone de manifiesto en este estudio aunque pueden avanzarse en esta nota las recientes publicaciones de la Comisión Europea relativas al llamamiento que hace a la alianza para implementar el Convenio nº 189. Una convocatoria cuyo contenido puede conocerse a través de la web <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&furtherNews=yes&langId=en&newsId=10037>, último acceso a fecha de 07/09/2022.

3. Ejemplo de ello son las continuas invocaciones que a la suscripción de este Convenio se hacen desde la Federación europea de Sindicatos de los Sectores de la Alimentación, la Agricultura y el Turismo (disponibles a través de la web <https://effat.org/in-the-spotlight/european-alliance-calls-on-eu-governments-to-ratify-convention-on-domestic-workers/>, último acceso a fecha de 07/09/2022).

4. El exhaustivo listado de ratificaciones puede consultarse en la web de la OIT [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=normlexpub:11300:0::no::p11300\\_instrument\\_id:2551460](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=normlexpub:11300:0::no::p11300_instrument_id:2551460), último acceso a fecha de 09/09/2022.

del ordenamiento del Estado signatario. Ello conlleva la lógica imposibilidad de poder ser ratificado –el Convenio– por los países que otorguen un trato discriminatorio y peyorativo al servicio doméstico si parangonado con el régimen general de seguridad social del resto de trabajadores por cuenta ajena.

En este sentido y, en tanto que es una de las contingencias más frecuentemente amparadas por los sistemas nacionales –también regionales– de seguridad social, la protección por desempleo satisface sobradamente la exigencia contemplada en el artículo 14 del Convenio, puesto que no solo es un instituto de protección de los regímenes de seguridad social, sino que, de forma extendida en todo el mundo, es reconocida al grupo mayoritario de los trabajadores incluidos en regímenes generales. Al menos así se puso de manifiesto en el Informe de la OIT sobre “La seguridad de los ingresos y la protección social en un mundo en plena transformación”<sup>5</sup> en el que, a pesar de constatarse una reducción continua de esta prestación –especialmente en los países hiper-desarrollados como sucede con Australia, Canadá, Estados Unidos, Irlanda, Japón, Nueva Zelanda y el Reino Unido– se concluye que es una de las fórmulas de protección con mayor predicamento a nivel global.

El descenso de nuestro ámbito de estudio a la región europea permitiría reafirmar la centralidad del Convenio n° 189 en la ordenación coordinada de los sistemas de seguridad social cuando afecta al servicio doméstico. Así se busca poner de manifiesto por la Decisión del Consejo de 28 de enero de 2014<sup>6</sup> desde la que, de conformidad con los artículos 153 y 218 –en sus apartados 6 y 8– del Tratado de Funcionamiento, la Unión a través del Parlamento, el Consejo y la Comisión y con base en la competencia reconocida en los preceptos apenas citados autoriza a los Estados miembros a ratificarlo –por lo que respecta a las partes que son competencia de la Comunidad–. De este modo no solo se promueve la suscripción por los Altos Socios del referido Convenio, sino que también Europa encara así su compromiso con el fomento de los derechos humanos y el trabajo digno, incluidas unas condiciones de trabajo seguras y saludables, la igualdad entre mujeres y hombres y el fin de la discriminación también en materia de Seguridad Social.

Un aspecto este que halla reverberaciones en los más actuales los instrumentos comunitarios que, de naturaleza plural, pero siempre en materia de política y protección social, de seguida se refieren.

De una parte, el Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>7</sup> –y su correlativo Plan de Acción<sup>8</sup>– en cuyos puntos números siete y trece –si realizada de forma conjunta su lectura– aborda directamente la protección en caso de desempleo, respecto de la que

5. El contenido del informe puede consultarse a través de la web [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_008584/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008584/lang--es/index.htm), último acceso a fecha de 09/09/2022.

6. Publicada en el DOUE L 32/32 de 01/02/2014.

7. Para una lectura más ampliada se recomienda la consulta de la web [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_en), último acceso a fecha de 09/09/2022.

8. La información al respecto de este otro instrumento está disponible en la web <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/en/>, último acceso a fecha de 09/09/2022.

destaca la importancia de que sea adecuada y con una duración razonable si bien no desincentivadora de la búsqueda activa de empleo.

En segundo lugar, a partir de la Recomendación del Consejo europeo<sup>9</sup> relativa al acceso a la protección social de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, los cuales abogan por que los Estados miembros brinden a los ciudadanos que prestan servicios –ya sea bajo fórmulas regulares o irregulares– el acceso a un estándar mínimo de protección social. De acuerdo con el espíritu de la Recomendación, los sistemas de protección social de los Altos Socios habrían de ofrecer a las personas que prestan servicios bajo fórmulas regulares o irregulares de trabajo por cuenta ajena o como trabajadores autónomos, una cobertura transparente, formal, efectiva, adecuada a sus necesidades productivas y vitales. En concreto, el acceso formal a los sistemas de protección social se refiere a si un trabajador está incluido formalmente (principalmente por mandato legal) en un esquema u otro de protección social; mientras que el acceso efectivo, por su parte, se relaciona con si un trabajador que tiene acceso formal puede acumular derechos y cumplir con las condiciones de elegibilidad para acceder al esquema. La Recomendación insta a los Estados miembros a garantizar la protección social obligatoria para todos los trabajadores y los autónomos “al menos de forma voluntaria y, cuando proceda, de forma obligatoria”. En cuanto a la adecuación de la cobertura proporcionada, una de las principales recomendaciones a los Socios es garantizar que las condiciones de elegibilidad y el diseño de los regímenes “no impidan que las personas obtengan o accedan a prestaciones debido a su tipo de relación laboral o situación en el mercado laboral”.

Por último querríamos referir el denominado Mecanismo de Recuperación y Resiliencia<sup>10</sup> por ser uno de los fondos configurados por la UE para afrontar no solo la situación socio-económica y sanitaria que se ha generado a partir de la pandemia, sino especialmente por su vinculación con el Pilar Europeo de Derechos Sociales tal y como permitiría entrever el que se autodefina el Mecanismo en su Considerando décimo séptimo como la respuesta a la carencia existente en la UE de instrumentos financieros destinados a apoyar –económicamente– la realización de reformas e inversiones públicas en atención a los retos incluidos –entre otros– en el mencionado Pilar de Derechos Sociales. En este sentido, como apenas hemos apuntado, el Pilar abunda en la trascendencia de fortalecer los sistemas de protección social, de modo que este objetivo se hace comulgar con el genérico planteado desde el Mecanismo de Recuperación, *id est*, fomentar la resiliencia económica, institucional, pero también social de los Estados miembros.

En absoluto puede señalarse como novedoso que la Unión se preocupe – al menos sobre el papel– por acompasar los ámbitos económico y social, siendo muestras de ello, entre otras, el que en la década de los años setenta se aprobase el primero de los Reglamentos sobre aplicación de los regímenes de seguridad social a trabajadores

9. Publicada en el DOUE C 387, de 15/11/2019.

10. Aprobado por el Reglamento 2021/241, de 12 de febrero de 2021 y publicado en el DOUE L 57, del día 18 de los mismos mes y año.

por cuenta ajena, propia y sus familiares con el objetivo de contribuir a mejorar el nivel de vida y condiciones de empleo de las personas, el Reglamento 1408/71; que en los años noventa –a finales– se aprobase el Tratado de Ámsterdam y la inclusión en él del Título VIII sobre Política de Empleo y Título X sobre Política Social y la configuración del Método Abierto de Coordinación y, como más actual, la presentación del Pilar Europeo y este concreto Mecanismo financiero que aquí referimos. La especialidad que, sin embargo, sería atribuible a esta herramienta es que propone la financiación de las inversiones en infraestructuras sociales sólidas –ex Considerando 28–. Para ello, de una parte, diseña las ayudas para los Estados solicitantes sobre el requisito de que sus propuestas –las de los países– contribuyan a aplicar el Pilar Europeo de los Derechos Sociales. Y, de otra, prevé, en aras de conceder la financiación y como esquema de valoración y evaluación, el grado de satisfacción de tal requisito. De otro modo expuesto, hace del Pilar una variable transversal en todo el procedimiento de concesión de la subvención, en la medida en que debe estar presente en la propuesta del país candidato y ha de mensurarse su logro por el concedente –Considerando 42–. El que en la cultura de la evaluación de las políticas públicas –que desde Europa se pretende implantar– se otorgue especial atención a este aspecto –el fomento de los derechos incluidos en el Pilar europeo en justo equilibrio con otros económicos y de sostenibilidad productiva y medioambiental– como ítem evaluable para conceder la financiación, así como el diseño de indicadores comunes –por parte de la UE– para informar sobre los avances realizados, la evaluación y seguimiento de la implementación de los fondos desembolsados por el Mecanismo –Considerando 63 del mismo Reglamento 2021/241–, entendemos que pueden ser unos interesantes instrumentos cuya materialización habrá de ser objeto de seguimiento por nuestra parte para contribuir –si quiera desde la opinión crítica– a perfilar el proyecto europeo que se presenta como plausible. En tal proyecto, la resiliencia social, como indicábamos, va a jugar un papel esencial puesto que si algo ha puesto de manifiesto esta crisis sanitaria precisamente es que los países han de fortalecer su capacidad para hacer frente a perturbaciones económicas, medioambientales y sociales, pero no de cualquier forma, sino de una manera justa, sostenible e inclusiva –ex artículo 2.5) del Reglamento 2021/241–.

La aprobación de este Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, en febrero de 2021, podría, pues, ser el detonante de que hasta tres nuevos Estados europeos hayan ratificado el Convenio nº 189 o estén en vías de hacerlo<sup>11</sup>. Y es que la reticencia de los socios de la OIT y, de los de la UE, a dar cumplimiento a la homogeneización de los colectivos en lo que a la protección social se refiere –como demuestra el escaso número de países signatarios del Convenio nº 189– ha hallado un revulsivo sin parangón en la pandemia ocasionada por el Covid-19, en la medida en que no ha permitido tregua alguna para implementar, de una u otra forma, acciones encaminadas a fijar, si

11. En mayo y julio del año 2021 Malta y Noruega ratificaron el Convenio nº 189, en abril de 2022 España presentó el documento de ratificación, sin embargo nuestro ordenamiento jurídico, al menos en lo que respecta a reconocer la prestación por desempleo a quienes trabajan en el servicio doméstico no se ha producido hasta el día 8 de septiembre del mismo año a partir de la publicación del Real Decreto-ley 16/2022 que de seguida se comenta.

quiera temporalmente, la supervivencia económica y la protección social de la ciudadanía independientemente de su vinculación productiva.

El colapso socio-económico –simultáneo al hospital-sanitario– que ha ocasionado la expansión de la infección ha golpeado duramente a los colectivos ubicados en los extramuros de los sistemas de protección y, entre ellos, lo acontecido entre los trabajadores domésticos resulta especialmente remarcable por dos motivos. En primer lugar, porque ha permitido constatar la trascendencia de contar con sistemas de protección con capacidad de resiliencia y de calidad destinados a atender, como se apunta, a la totalidad de la ciudadanía y no solo a la trabajadora por cuenta ajena que obedece a parámetros estandarizados. Una finalidad esta que, como tratamos de destacar, sería objeto de una importante financiación por parte de la UE a través del denominado Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Por otra parte, ha sido posible conocer las verdaderas y esenciales necesidades de varios colectivos, también de quienes prestan servicios en el domicilio, con relación a la protección social, de manera que pueden desecharse políticas populistas que buscan la urgencia del voto, pero no su integración social.

En los días en que se elabora este estudio, un total de veintiséis Estados miembros<sup>12</sup> han sido admitidos como beneficiarios del Mecanismo de Recuperación. Ello podría significar, siguiendo el hilo argumental que planteamos que, aunque la Recomendación del Consejo del año 2019 sobre fortalecimiento de las redes de protección social para autónomos y trabajadores irregulares y el propio Pilar Europeo de Derechos Sociales pertenezcan al ámbito de las herramientas de *soft-law*, el hecho de estar vinculadas a mecanismos financieros –como este– convierte en especialmente apetecible su observancia –por los suntuosos beneficios económicos que de ello se derivan– y finalmente acontezca lo que con las políticas activas de empleo; es decir, que se transformen en fórmulas de coordinación rayanas en la armonización. Este Mecanismo de Recuperación y Resiliencia podría erigirse, por tanto, en un importante punto de partida para la materialización de profundas reestructuraciones en el ámbito de la protección social. Sin embargo, el camino que resta por recorrer parece extenso y en el momento temporal en que se elabora este ensayo poca más información podemos aportar al respecto más que nuestra esperanza por que así sea.

Se infiere, pues, que el escenario que se dibuja en Europa en materia de protección social –en general y para el colectivo de trabajadores domésticos en particular– tras la revisión de los instrumentos apenas mencionados obedece al diseño competencial existente en los Tratados de Derecho originario. Conforme a este planteamiento, la UE que está limitada por su propia atribución competencial a fomentar la colaboración de los Estados miembros, *a priori* solo puede impulsar iniciativas que induzcan a reflexionar sobre el acceso a los sistemas de protección social por parte de los trabajadores por cuenta ajena, propia y aquellos otros que prestan servicios bajo fórmulas

12. El listado de los países y los planes presentados de forma individualizada pueden consultarse en la web [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility\\_es](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_es), último acceso a fecha de 09/09/2022.

irregulares. De ahí que los intentos por avanzar en este sentido se vean reducidos en la actualidad a los ya mencionados –sea el Pilar Europeo, sea la Recomendación del Consejo del año 2019– si bien el vincularlos a otros económicos, como el Mecanismo de Resiliencia, pueda traer como consecuencia el que resulte apetecible su satisfacción, no tanto por el compromiso social, como por los pingües beneficios que lleve aparejada su observancia.

La disparidad de sistemas de Seguridad Social existente en Europa permite concluir que abordar la prestación por desempleo en el colectivo de quienes presten servicios en el hogar exige detenernos en el caso por caso, un estudio este que, aun siendo merecedor de la mayor de las atenciones, no permitiría ser abordado en un trabajo como este que nos ocupa, puesto que su propia morfología e incardinación condiciona el que debamos limitar nuestra observación. En este sentido de las concreciones en el tema de investigación se estima adecuado justificarla en la más reciente actualidad jurídico-normativa de manera que permita tomar el pulso a la realidad más próxima. De ahí que, ante la ausencia de nuevas disposiciones normativas a nivel comunitario sobre la materia, nos hayamos decantado por los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo en tanto que no solo son una materialización del Derecho Vivo sino que, como se trata de poner de manifiesto en el apartado siguiente, también contribuyen a construir Europa si entendida esta como realidad político-jurídica que se construye a partir de logros concretos asentados en una solidaridad *de facto*<sup>13</sup>.

### III. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA-POLÍTICA DE EUROPA A PARTIR DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: ¿ACASO NO SON GOTAS JUNTAS LAS QUE CONFORMAN LOS OCÉANOS?

129

El epígrafe anterior finalizaba subrayando que recurrir a la jurisprudencia comunitaria había sido utilizado por nuestra parte como estrategia para abordar el tratamiento jurídico-normativo que a nivel comunitario se está realizando de la prestación por desempleo respecto de los trabajadores domésticos. Así, al menos es nuestro objetivo, se quiere ofrecer datos recientes del estado de la situación en que se halla esta concreta materia ante la ausencia –a todas luces insalvable por ahora– de disposiciones de derecho positivo existentes a nivel comunitario que aborden directa o indirectamente la cuestión.

La revisión de la jurisprudencia comunitaria con esta finalidad permite centrarnos en la sentencia C-389/20 sin descuidar insistir, aunque sea de forma generalista, en otra de las consecuencias derivadas de los pronunciamientos del TJUE, *id est*, su nada desdeñable papel en la materialización de la Unión dada su capacidad de influir en los ordenamientos jurídicos de los países miembros. Y es que esta realidad jurídi-

13. Esta es nuestra traducción de la expresión enunciada por Robert Schuman en la Declaración del 9 de mayo de 1950 con motivo de la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. El texto está disponible en la web [https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950\\_en](https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_en), último acceso a fecha de 09/09/2022.

co-política que es Europa resulta de la suma de los esfuerzos que proceden tanto de la voluntad de los países que la componen como de las instituciones que como tal le dan sentido.

Se comienza este apartado, pues, por presentar al Tribunal si bien no tanto desde una perspectiva morfológica y funcional, sino desde el prisma de su aportación en la construcción comunitaria; en segundo lugar, se estudia el referido pronunciamiento de modo que nos permita continuar con la línea central de investigación, la prestación por desempleo para trabajadores domésticos y su ordenación jurídico-normativa.

### A. Apuntes breves sobre el papel del Tribunal de Luxemburgo en el proceso comunitario de integración

El TJUE es una de las siete instituciones de la Unión. Prevista su creación y atribuidas sus funciones en los artículos 19 TUE y 251 a 281 TFUE<sup>14</sup> es concretamente el artículo 267 el que declara la competencia de esta institución para conocer y pronunciarse con carácter prejudicial respecto de la interpretación del Derecho primario y derivado en el territorio comunitario, lo cual lleva aparejada la correlativa obligación para los Estados miembros de someter, al criterio de aquel, las cuestiones que al respecto surjan y a acatar la decisión manifestada. Así, respecto de la fuerza ejecutiva de las sentencias del TJUE, la lectura conjunta de los artículos 280 y 299 TFUE a la luz del principio de primacía del Derecho comunitario permite reforzar el deber de observancia que se espera respecto de quienes voluntariamente se han adherido al selecto club de países que es la Unión Europea.

Los estudios doctrinales<sup>15</sup> realizados sobre la capacidad vinculante de los pronunciamientos del TJUE y, por ende, su valiosa contribución en el proceso de integración comunitario, aunque concluyen proclamando ambas conclusiones, también permiten reflexionar acerca de lo que podría entereverse como el talón de Aquiles de esta institución, *id est*: que su toma de decisiones –la del TJUE– estuviera constreñida por la amenaza de anulación por parte de los Gobiernos nacionales, actuando colectivamente, y por la amenaza de incumplimiento de forma individual por el Estado miembro afectado por el pronunciamiento. De esta forma se concluiría que los pronunciamientos del Tribunal del Luxemburgo se dictasen no exclusivamente en la observancia del derecho –sea positivo, sea vivo– sino también teniendo presente el potencial cumplimiento por parte de los Estados miembros. Llegándose, incluso, al extremo de forzar el sentido de ciertas sentencias a causa de que se conozcan contrarias la opinión del Estado afectado, sea de un grupo mayoritario de Altos Socios. Por tanto, la conclusión

14. Rastros también pueden hallarse aún en el artículo 136 del Tratado del Euratom y un mayor desarrollo normativo en el Protocolo nº 3 anejo a los Trabajados sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento 2015/2422 del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifica el precitado Protocolo nº 3 (Publicado en el DOUE L 341/14, de 24/12/2015).

15. Escasos son estos, si bien el último de ellos, salvo error u omisión por nuestra parte es el elaborado por Alec Stone Sweet y Thomas Brunell, intitulado "The European Court of Justice, State Noncompliance, and the Politics of Override", *American Political Science Review*, vol. 106, nº 1, febrero 2012, pp. 204-213.

de algunos de estos estudios<sup>16</sup> es que cuanto más creíble sea la amenaza de anulación por incumplimiento, más probable es que el Tribunal falle a favor de la posición de mayor acogida por los Gobiernos nacionales.

Empero concluye de forma totalmente opuesta el más actual en el tiempo de los ensayos que se ocupan de abordar esta temática<sup>17</sup>. El referido análisis toma como objeto de observancia los datos cuantitativos que arroja la lectura del total de asuntos solventados por el TJUE en un intervalo temporal de once años –comprendido entre 1987 y 1997–. Más en concreto, la técnica de análisis consistió en revisar tanto los pronunciamientos del Tribunal como los informes presentados por los Estados miembros cuando fueron cuestionados sobre el asunto en litigio. De esta forma y puesto que, sobre cualquier cuestión elevada al Tribunal, los Altos Socios desean señalar sus preferencias legales –por consiguiente dejar entrever cierta advertencia de inobservancia–, pueden presentar escritos que son los que, a la postre, han sido analizados por este estudio al que aludimos. El cual ha consistido en rastrear la toma de decisiones del Tribunal con referencia a las posiciones nacionales informadas para evaluar no solo la influencia de estas posiciones sino también la amenaza de anulación de aquellos pronunciamientos<sup>18</sup>. Y, en este sentido, se detecta que no solo en raras ocasiones el amago de anulación era creíble –y, por tanto, *de facto* no obligó al Tribunal de forma sistemática–, sino que, además, cuando los Estados miembros tomaron alguna medida para anular los efectos de las controvertidas sentencias del TJUE, no lograron imponer restricciones al Tribunal, puesto que este continuó por las sendas ya abiertas o indicadas en otras sentencias anteriores.

De ello se deriva, de una parte, que no se consiguiera demostrar cómo el desarrollo sustantivo de cualquier disposición normativa –e interpretativa– del acervo comunitario UE se hubiera visto atrofiado por la amenaza de incumplimiento. Y, de otra, permitiría afirmar que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo haya continuado creciendo hasta convertirse en lo que actualmente es: un edificio denso e imponente. El incumplimiento estatal pareciera no solo haber estimulado –en lugar de paralizar como se temía– el desarrollo del sistema legal de la UE, sino, también, haber contribuido positivamente al proceso de integración comunitario, en el que, como se plasma en la rúbrica que encabeza este epígrafe, el papel del TJUE resulta ser crucial. Un

16. En concreto nos referimos al publicado en 2008 por Clifford Carrubba, Mathew Gabel y Charles Hankla, titulado “Judicial Behavior under Political Constraints: Evidence from the European Court of Justice” y publicado en la *American Political Science Review*, vol. 102, nº 4, noviembre 2008, pp. 435-452.

17. Con argumentos más que constatados se pronuncia en contrario el ensayo de Alec Stone Sweet y Thomas Brunell, intitulado “The European Court of Justice, State Noncompliance...”, ob. cit. Debemos destacar, al respecto de esta proclamada independencia del TJUE, que ha sido puesta en entredicho en el asunto *Sharpston* –identificado oficialmente como Auto del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2021, C-685/20 P, ECLI:EU:C:2021:485–, en el que los Estados miembros –con la connivencia del propio Tribunal de Luxemburgo– ha denegado el acceso a un proceso justo a uno de sus miembros. Para un mayor abundamiento se recomienda la lectura de las reflexiones vertidas por los Prof. Kochenov y Butler en su “Independence of the Court of Justice of the European Union: Unchecked Member States power after the Sharpston Affair”, *European Law Journal*, vol. 27, nº 1-3, 2021, pp. 262-296.

18. El desarrollo más exhaustivo de la metodología empleada puede hallarse en la página 205 de “The European Court of Justice, State Noncompliance...”, ob. cit.

ejemplo de ello es el surgimiento de la doctrina de la responsabilidad estatal<sup>19</sup>, a la que se opusieron enérgicamente los Estados miembros pero que la Comisión apoyó y que recientemente, de nuevo, ha hecho variar la balanza de la justicia comunitaria en detrimento de nuestro ordenamiento jurídico<sup>20</sup>.

En este contexto la sentencia de 24 de febrero de 2022 (C-389/20)<sup>21</sup> que de seguida nos ocupa, se presenta como otra gota de agua más en el océano que ya es la jurisprudencia comunitaria y que, por la temática abordada referida a la prestación por desempleo para un colectivo tradicionalmente preterido en las legislaciones nacionales europeas, bien podría presentarse –en la medida de sus posibilidades y por los motivos que se argumentarán en los apartados contiguos– como otro nuevo puente hacia la integración social comunitaria.

## B. El asunto C-389/20: una reciente invitación para que el ordenamiento español contribuya a la coordinación europea de sistemas de Seguridad Social

La elección por nuestra parte del asunto referenciado en el título del epígrafe que ahora comienza se presenta como botón de muestra de una dinámica mayor y más compleja que impulsa de forma fehaciente tanto el Tribunal de Luxemburgo –como apenas se ha introducido– como el propio derecho positivo comunitario, concretado a los efectos que interesan a las Jornadas en que se inserta este ensayo, en el Reglamento 883/2004. En este sentido y, sin ánimo de abundar en su estudio puesto que otros trabajos con mayor pericia lo abordan, baste con recodar aquí que, como ha subrayado la más autorizada doctrina<sup>22</sup> –de forma acertada a nuestro criterio–, de conformidad con los Considerandos 4 y 45 del citado cuerpo normativo, la coordinación<sup>23</sup> de los sistemas nacionales de Seguridad Social a la que desde él se apunta, no es considerada 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. Una libertad esta que, a la postre, vendría a redundar en la integración social comunitaria como objetivo finalista último de la realidad político-jurídica que es Europa.

19. Esta teoría es de construcción jurisprudencial y pueden rastrearse sus orígenes en los siguientes pronunciamientos: sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros* (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428), apartado 35; de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame* (C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79), apartado 31; de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas* (C-5/94, EU:C:1996:205), apartado 24, y de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales* (C-118/08, EU:C:2010:39), apartado 29.

20. Nos referimos a la sentencia de 28 de junio de 2022, *Comisión Europea y Reino de España* (C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503).

21. ECLI:EU:C:2022:120.

22. 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, pág. 1.

23. 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 del Profesor Miranda Boto “El Estadio Previo: Algunos Problemas Terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria” en VV.AA.: *El Reglamento Comunitario. Nuevas Cuestiones. Viejos Problemas*, Laborum, Murcia, 2008, pp. 11-28.

Y es que las repercusiones que este pronunciamiento ha generado en el ordenamiento español –lejos de ser livianas– han puesto de manifiesto el infinito camino que resta por recorrer a los Estados miembros para alcanzar aquella integración, puesto que esta debe comprenderse como un proceso inacabado, pero no en el sentido de incompleto sino continuamente abierto a la novedad que introduce la relación viva entre los Altos socios y entre estos y la Unión percibida como realidad con una dinámica propia.

En concreto, descender al plano jurídico-normativo de la litis en cuestión permite entrever que, en efecto, como párvulamente se apuntó en el apartado introductorio de este trabajo, la vulnerabilidad que se predica de ciertos colectivos de trabajadores hunde sus raíces de forma clara en causas, algunas de las cuales, están directamente relacionadas y dependen exclusivamente del tratamiento jurídico-normativo que se les otorga en los ordenamientos nacionales y también comunitarios.

Esto acontece, precisamente, con las personas que prestan servicios en el hogar y cuyo régimen jurídico aplicable es el ordenado por el legislador español, siendo puesto de relieve por el TJUE la oposición a los dictados de la normativa comunitaria del tratamiento diferenciado que por prescripción legal excluya a tales trabajadores del acceso a la prestación por desempleo. Aunque el asunto ha sido afrontado desde la perspectiva del trato discriminatorio indirecto que por razón de género sufre un colectivo de trabajadores mayoritariamente femenino –argumentándose la transgresión de la Directiva 79/7–, lo cierto es que la decisión del Tribunal pivota sobre un argumento que excede a aquel para centrarse en la obligación para los Estados miembros de demostrar que la norma presuntamente discriminatoria de la que se les acusa responde a tres objetivos. En primer lugar, que la disposición sospechosa alberga una finalidad legítima; por otra parte, que la norma es adecuada para alcanzar dicha meta y, finalmente, ha de demostrarse su necesidad para ello, entendiéndose en este sentido que solo puede considerarse adecuada para garantizar el objetivo invocado si responde verdaderamente a la inquietud de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática –apartado 48–.

Para el caso que nos ocupa, la cuestión planteada alude a la razón de género y se integra en la materia de la protección social, pero igualmente sería extrapolable este juicio de proporcionalidad al ámbito personal de cualquier otra esfera del ordenamiento jurídico. Así, estimamos que la solución del Tribunal de Luxemburgo en absoluto habría sido distante de la obtenida en el asunto C-389/20 si, en lugar de una discriminación por razón de sexo, el argumento esgrimido hubiera sido un trato desigual para un colectivo de trabajadores –no feminizado– respecto de quienes también estuviera proscrita esta prestación o, cualesquiera otras incardinables entre las interpretables del tenor literal del artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>24</sup>, dedicado a proclamar el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan protección a la ciudadanía. La salvedad

24. Publicada en el DOUE C-364/1 de 18/12/2000, la Carta, como se sabe, es jurídicamente vinculante desde diciembre de 2009 en la medida en que así quedó prescrito en el artículo 6.1 TUE.

que de seguida se incluye en el texto del precepto, relativa a que se respeten las modalidades establecidas por el Derecho comunitario, las legislaciones y prácticas nacionales permite introducir y exigir a los Estados miembros aquel juicio de proporcionalidad que el TJUE señala como *conditio sine qua non* para declarar ajustada al Derecho comunitario toda excepción a esta regla general predicada en la Carta que, como apenas se ha señalado, se garantiza “a toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión”. Un concepto este de persona más extenso, por tanto, que el de trabajador por cuenta ajena y propia, que sin duda es el acicate perfecto para que el Tribunal se haya aventurado a demandar de los Estados miembros una solidaridad *de facto*; aquella piedra angular sobre la que ha de asentarse la Unión y que Schuman identificaba como tal allá por los años 50 en el discurso manifestado con ocasión de la creación de Comunidad Económica del Carbón y del Acero y que nosotros recogemos en la cita que abre este ensayo.

Cierto es que, para este caso concreto, el asunto C-389/20, no asistimos a una ampliación sin precedentes de la prestación por desempleo que abarque supuestos insospechados; antes al contrario. Lo que el Tribunal ha acometido ha sido una tarea que ya la doctrina *iuslaboralista* española<sup>25</sup> venía reclamando desde tiempo atrás y que generaba una situación que bien podría presentarse como una quiebra del Estado Social español proclamado en el artículo 1.1 de nuestro texto constitucional.

En concreto, la cuestión prejudicial fue planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo a la altura del mes de julio del año 2020 y tenía por objeto la interpretación del artículo 4.1 de la 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 y de los artículos 5.b), y 9.1, letras e) y k), de la 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. La petición se presentó en el contexto de un litigio entre la señora identificada con las siglas CJ, empleada de hogar, y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS, en adelante), relativo a la denegación por parte de esta de la solicitud realizada por CJ de cotizar por la protección frente a la contingencia de desempleo. Aunque la solicitud iba acompañada del consentimiento escrito de su empleadora, una persona física para quien CJ prestaba servicios desde el año 2011, la TGSS denegó tal solicitud por considerar que, al encontrarse CJ de alta en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, la posibilidad de cotizar en ese sistema por la contingencia de desempleo

25. Sin duda muy numerosos son los estudios en este sentido y sin afán alguno de completitud solo traemos a colación aquí los más recientes que, a su vez, hacen acopio de los pioneros. Tal acontece con el estudio de Francisco Xabiere Gómez García: “Empleados de hogar y su protección desde la Seguridad Social: Una situación aún deficitaria”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 11, núm. 2 (2021), pp. 824-841; de Francisco Lozano Lares: “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021 (febrero), pp. 1-42 y, finalmente, de los Profesores José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta: “La legislación española que excluye constitutivamente de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea (Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C-389/20)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 29, 2021 (4º trimestre), pp. 13-23.

estaba expresamente excluida por el artículo 251, letra d), de la Ley General de Seguridad Social. Tras la confirmación de esta resolución desestimatoria, se planteó el recurso contencioso-administrativo en el cual CJ alegaba, en esencia, que el artículo 251, letra d), LGSS supone una discriminación indirecta por razón de sexo en materia de seguridad social para con los empleados de hogar de sexo femenino, dado que constituyen la práctica totalidad de este colectivo de trabajadores. A este respecto, la recurrente subrayaba que, aunque los empleados de hogar estuvieran protegidos contra una situación de incapacidad temporal, cuando esta perdura, terminan por perder su empleo bien por acuerdo mutuo, bien como consecuencia del desistimiento del empleador, quedando desprotegidos contra el desempleo, a diferencia de los demás trabajadores por cuenta ajena. Sostenía también que, dado que la situación de los empleados de hogar que han perdido su empleo no está asimilada a la de los trabajadores en situación de alta en la seguridad social, la exclusión de la protección contra el desempleo implica asimismo la imposibilidad para dichos empleados de acceder a cualquier otra prestación o subsidio supeditados a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo. De ese modo, el artículo 251, letra d), LGSS colocaría a dichos trabajadores en una situación de desamparo social que se traduce no solo, directamente, en la imposibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo, sino también, indirectamente, en la de acceder a las demás ayudas sociales.

En este contexto y puesto que el órgano jurisdiccional remitente albergaba dudas acerca de la compatibilidad de esta disposición nacional con el Derecho de la Unión se planteó la cuestión prejudicial que dio origen al caso que nos ocupa.

La respuesta del Tribunal, en esencia, ha sido adelantada por nuestra parte si bien extractamos aquí el apartado 69 que es el que recoge la decisión final del TJUE conforme a la cual se indica expresamente “que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

De ella puede derivarse la rotundidad de su pronunciamiento a pesar de que, como no podía ser de otro modo, invoca al órgano jurisdiccional remitente para que compruebe el juicio de proporcionalidad antes evocado, así como la discriminación que indirectamente por razón de sexo se estaría produciendo en el colectivo de trabajadores dedicados al servicio doméstico –apartados 61 y 59 respectivamente–. La conclusión alcanzada definitivamente pone en evidencia al ordenamiento jurídico español y la inobservancia de responsabilidad para con la construcción comunitaria en la medida en que con este tipo de disposiciones normativas elude la aplicación de los principios básicos de integración, entre ellos, garantizar la igualdad efectiva de los ciudadanos –por razón de género también, pero no solo– y el acceso a los sistemas de protección social, ello sin omitir la contradicción técnica que suponía el que estos trabajadores cotizasen por tal contingencia a pesar de no poder disfrutar

de ella. Especialmente interesante resulta esta problemática cuando se trata de trabajadores comunitarios y extranjeros puesto que, siendo elevada su participación<sup>26</sup>, no se ha previsto para ellos –al menos no desde el ordenamiento jurídico español– una fórmula que les permita exportar tal específica contribución. Lo cual dificulta –aunque desconocemos el grado– tanto el acceso a sistemas de protección en otros países –sean del entorno comunitario o no– como la libertad de circulación europea.

Las repercusiones de esta sentencia en nuestro país no se han hecho esperar demasiado, siendo la norma que de seguida se aborda ejemplo de ello.

#### IV. EL REAL DECRETO-LEY 16/2022 PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR COMO RESPUESTA. ESPECIAL ATENCIÓN A LA REFORMULACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Resulta evidente que España ha aprovechado el trampolín político que le brinda esta sentencia para implementar la prestación por desempleo entre aquellas a las que tienen derecho los trabajadores en el sector doméstico, a pesar de que contaba con suficientes mimbres como para haber podido preverlo así desde los comienzos de la ordenación de su respectivo régimen jurídico.

En este sentido, de forma consciente y siguiendo la propia exposición de motivos de la norma, subrayamos el carácter político de la decisión puesto que con dificultad cabría argumentar otro distinto, como aconteciera con el jurídico-normativo. Y es que, en efecto, tal y como ha sido observado por la doctrina, no solo el propio artículo 41 del texto constitucional permite –lo ha permitido siempre– que la opción de política del Derecho en España hubiera sido la contraria, –esto es, incluir en esta prestación a aquellos trabajadores–, sino que, además, su propia interpretación habría debido realizarse de conformidad con el denominado “cánon hermeneúutico”<sup>27</sup>. Es decir, que la lectura conjunta de aquel precepto y los artículos 10.2, 93 a 96 CE permite interpretarlo –al 41 CE– de forma abierta e integradora, dejándose informar y completar por el acervo normativo internacional de derechos humanos.

La promulgación de la STJUE de referencia, decimos, ha constituido la crónica de una muerte anunciada. A tenor suyo se publicó en el BOE de 8 de septiembre de 2022 el Real Decreto-ley 16/2022 al que dedicamos las siguientes líneas y de cuyo contenido destacaremos especialmente, aunque no de forma exclusiva, aquellos aspectos relacionados con la prestación por desempleo para este colectivo.

26. Al respecto de los elevados porcentajes en que los trabajadores extranjeros prestan servicios en el domicilio, indican diferentes informes de la OIT que es una práctica extendida a nivel global. Datos recientes en este sentido pueden hallarse en el *Informe sobre el trabajo doméstico a nivel global en números*, disponible en <https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/who/lang--en/index.htm>, último acceso a fecha de 07/09/2022.

27. Esta expresión entrecomillada es la utilizada por los Prof. Monereo Pérez y Rodríguez Iñiesta en su “La legislación española que excluye constitutivamente de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea (Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C-389/20)”, ob. cit., p. 20.

## A. Un breve ejercicio de exégesis normativa

Motivados por la necesidad de presentar en su contexto normativo la nueva ordenación de la prestación por desempleo, estimamos necesario dedicar siquiera unas pocas líneas a la presentación de aquellos otros aspectos jurídicos del trabajo doméstico que se ven afectados por el Real Decreto-ley 16/2022. De este modo se facilita que a lo largo de nuestro comentario deba realizarse alguna ulterior referencia a las disposiciones conectadas con esta del desempleo.

La norma que nos ocupa está compuesta por seis artículos, seis disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales, siendo el total de las destinadas a la prestación por desempleo –directa o indirectamente– el artículo tercero, las disposiciones adicionales primera y segunda, así como la disposición transitoria segunda. El resto de preceptos queda destinado a otros menesteres de los que damos cuenta si bien solo de forma resumida. Y ello no por falta de interés o valía de la materia, sino por exceder de nuestro objetivo e intentar ser fieles al principio de economía del espacio que siempre apremia.

Así, en lo que respecta al cuerpo normativo *strictu sensu*, el primero de los artículos que lo configura se destina a introducir una nueva disposición adicional, la décimo octava de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, conforme a la cual se hace mención expresa del derecho de estas personas trabajadoras a una protección eficaz, haciéndose especial hincapié en la prevención de la violencia contra las mujeres. Por su parte, el artículo segundo modifica el apartado 2 del artículo 33 ET que extiende la cobertura del FOGASA a los casos en que se extinga la relación contractual. El artículo tercero, aunque destinado a la prestación por desempleo, interesa mencionarlo también en este párrafo consagrado al comentario genérico de la norma porque abarca otras cuestiones relacionadas con las bases y tipos de cotización –incardinadas en la disposición transitoria decimosexta LGSS–. El artículo cuarto modifica el Real Decreto 505/1985 sobre organización y funcionamiento del FOGASA e introduce la cuantía de la indemnización que habrán de percibir estos trabajadores en caso de extinción del contrato de trabajo. Una cuantía esta que se calcula a razón de 12 días de salario por año de servicio con un máximo de seis mensualidades y sin que el salario base exceda del doble del SMI. El quinto de los artículos aborda la normalización de los contratos celebrados con los trabajadores domésticos y por ello altera el contenido de ciertos preceptos del Real Decreto 1620/2011; especialmente los destinados a regular la forma, la extinción del contrato –suprimiéndose el desistimiento unilateral e injustificado del empleador–. Finalmente, el artículo sexto modifica la información que habrá de facilitarse a la Seguridad Social respecto del trabajador doméstico, de ahí que se vea afectado el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social –Real Decreto 84/1996–.

En sede de disposiciones distinguibles del texto articulado por estar destinadas a ordenar aquellas consideraciones que deban tenerse en cuenta a la hora de implementar las previsiones normativas, la primera de entre las seis adicionales proclama

el derecho a una cierta reducción en las aportaciones empresariales a la cotización a la Seguridad Social correspondiente al Sistema Especial para Empleados de Hogar que será aplicable a partir del día 1 de octubre de 2022 –ex disposición final séptima apartado tercero del Real Decreto-ley 16/2022–. La bonificación alcanza el 20% para las contingencias comunes y el 80% para la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial en este Sistema Especial<sup>28</sup>. Cuando el alta se produzca en el Régimen General solo a partir del 1 de abril de 2023 –ex disposición final séptima apartado cuarto del Real Decreto-ley 16/2022– la bonificación será del 45% o del 30% respecto de las contingencias comunes. La determinación de la reducción –que habrá de realizarla el Servicio Público de Empleo Estatal– está prevista que se realice por desarrollo reglamentario, si bien en el párrafo final del apartado segundo de esta disposición adicional primera se concreta que solo una persona empleadora y empleada podrán beneficiarse del descuento, siendo aplicable –en caso de existir varios empleados– a quien figure en alta en primer lugar.

La segunda disposición adicional pone a cargo del empleador la obligación de cotizar aun cuando se trate de trabajadores que prestan servicios en el hogar durante menos de 60 horas mensuales. A nuestro criterio y, en aras de contribuir a fortalecer las condiciones de protección social de este colectivo, más adecuado habría sido que se mantuviera así la prescripción legal, es decir, sin ulteriores condicionantes. Sin embargo se somete tal opción a la necesidad de que exista acuerdo entre ambas partes contratantes; un acuerdo que además ha de ser previo al día 1 de enero de 2023. Una fecha esta que sirve como *dies a quo* para que se entienda derogada la disposición adicional vigesimocuarta del texto refundido de la LGSS en virtud de la cual se estipula la proscripción en la percepción de bonificaciones a las cuotas empresariales cuando los empleados domésticos no superen las 60 horas mensuales de trabajo –ex disposición final séptima apartado segundo del Real Decreto-ley 16/2022–.

Las disposiciones tercera, cuarta, quinta y sexta ordenan cuestiones cuya destinataria exclusiva es la propia Administración. El contenido de la tercera está relacionado con el suministro de información al SPEE y el de la cuarta con la creación de una comisión para la integración de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales ordenado por el Real Decreto 1299/2006. La quinta parece introducir de forma subrepticia un límite a la vigencia de las bonificaciones reconocidas en la

---

28. Con la intención de no dificultar el seguimiento de nuestro hilo argumental hemos decidido omitir en el texto principal la previsión contenida en el apartado quinto de esta disposición adicional primera conforme al cual podrá incrementarse la bonificación a las cuotas empresariales puesto que se reconoce que sean de aplicación de forma sumativa y sin límite las deducciones establecidas en otros preceptos normativos que afectan al Sistema Especial para Empleados de Hogar. Tal y como acontece con el artículo 2.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; en el 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, y en la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, no resultándoles aplicables las exclusiones que pudieran establecerse para las relaciones laborales de carácter especial.

precitada disposición adicional primera puesto que establece en dos años vista –desde la entrada en vigor de la norma– la necesidad de evaluar su eficacia y conveniencia. Y la sexta propone *ad futurum* la elaboración de cuadros de competencias que permitan a este colectivo acreditarlas para profesionalizar este servicio.

Las disposiciones transitorias, con exclusión de la segunda que, como se anunció, está destinada íntegramente a la prestación por desempleo, aglutinan tal mezcla de temáticas plurales e inconexas con la rúbrica de la norma que las alberga que casi resulta imposible presentarlas de forma coherente. Así, mientras que la primera alude a los requisitos de forma del contrato cuyo objeto sea el trabajo doméstico, la segunda alude al mantenimiento de los beneficios por la contratación de cuidadores en las familias numerosas y la declaración de su incompatibilidad con las bonificaciones contenidas en la disposición adicional primera de esta norma –tercera–. La cuarta y la quinta, sin embargo, se destinan a ampliar la vigencia de ayudas al transporte público –incluso para concretas regiones españolas–. Una temática esta que será recurrente en la segunda de las disposiciones finales, las cuales si por algo se caracterizan es por el vicio de la incoherencia apenas apuntado y que permite adjetivar como deleznable esta técnica legislativa. Ejemplo de ello hallamos, entre las disposiciones finales<sup>29</sup>, en la primera destinada a modificar la organización interna y funciones de la Fundación Estatal para la Prevención de Riesgos Laborales –contenida en la disposición adicional quinta de la Ley 31/1995– y en la segunda, centrada en incrementar hasta los dos años el tiempo de adaptación de los programas comunes de activación para el empleo contenidos en la disposición final novena del Real Decreto 818/2021.

## B. La ordenación de la prestación por desempleo

El artículo tercero del Real Decreto-ley 16/2022 contiene la esperada previsión legal conforme a la cual el colectivo de trabajadores que presta servicios en cualquier hogar español tiene derecho a que en su acción protectora esté incluida la correspondiente al desempleo.

Este reconocimiento entraña una serie de repercusiones de no menor calado en disposiciones pertenecientes al ámbito de la protección social, las cuales serán abordadas en el apartado que prosigue a este, pero, de forma simultánea y principal, a lo que ahora interesa conlleva que sea de aplicación a este colectivo el régimen general previsto para la prestación, si bien con las especificidades que de seguida se subrayan.

La prestación por desempleo, regulada como se sabe en el Título III del texto refundido de la LGSS contempla dos niveles públicos y obligatorios de protección –ex arts. 42 y 263 LGSS– a los que la doctrina más reconocida ha identificado como

29. Las disposiciones finales cuarta, quinta y sexta ordenan cuestiones de procedimiento como el rango de las disposiciones reglamentarias que desarrollen el precepto, los títulos competenciales y la habilitación para el desarrollo reglamentario.

igualmente “transidos de contributividad”<sup>30</sup>. Y es que, en efecto, para acceder a esta acción protectora los trabajadores domésticos han de cumplir –en idénticos términos a los previstos para el resto de trabajadores por cuenta ajena conforme al artículo 165 LGSS– los requisitos establecidos en los artículos 266 LGSS –para el contributivo– y, 274 y 275 LGSS –para el asistencial–, los cuales contemplan entre otros la *conditio sine qua non* relativa a haber cubierto un período mínimo de cotización que también ha de ser exigible a quienes prestan servicios en el hogar familiar. En este sentido calla la norma respecto a cómo solventar el peliagudo trance que supone para la Administración de la Seguridad Social tener en cuenta –a efectos de cotización– computar las contribuciones por desempleo que ya han sido satisfechas por trabajadores y empleadores de este ámbito. Y ello porque, como se sabe, el artículo 18.1 LGSS dispone claramente que la cotización por desempleo es obligatoria para todos los trabajadores. Así, puesto que estos trabajadores sí que han cotizado por esta carencia, aun no habiendo sido nunca beneficiario de la prestación, nos surge la duda de cómo resolverá el legislador la cuestión cuando las reclamaciones se presenten ante la Administración y el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Así, siendo la contingencia protegida idéntica para ambos niveles –art. 267 LGSS– y siendo aplicable en los supuestos de desempleo total y parcial –ex art. 262 LGSS– interesa destacar que las causas que generan la situación legal de desempleo para el colectivo de trabajadores del hogar son las previstas en el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011 por remisión expresa de la letra a), apartado 1 del artículo 267 LGSS, sin perjuicio de aquellas otras establecidas en el artículo 49.1 ET y que no resulten incompatibles con las peculiaridades de esta prestación de servicios. A ellas habrá de sumarse la decisión de la trabajadora que sea víctima de violencia de género al amparo de lo previsto en el artículo 45.1.n) ET –ex art. 267.1.b.2º LGSS–. En lo que se refiere al efecto vinculado a la suspensión de la relación contractual –letra b) apartado 1 del artículo 267 LGSS– entendemos que también es de aplicación a los trabajadores domésticos que sea considerada –tal suspensión– como causa que desencadena la situación legal de desempleo, puesto que no existe exclusión en este sentido legalmente prevista en ninguna de las normas de aplicación.

Por su parte, la acreditación legal de desempleo –exigida por el artículo 267.3 LGSS– no parece que entrañe mayores problemas que la aplicación por analogía de lo previsto para los apartados 1.a) y siguientes de este mismo precepto, *id est*, mediante la comunicación escrita del empresario. Ello resulta de fácil cumplimiento para los trabajadores del hogar puesto que, conforme al artículo 11 del Real Decreto 1620/2011 la decisión de extinguir deberá comunicarse por escrito a la persona empleada.

30. Así se indica expresamente por el Prof. Márquez Prieto en la página 176 de su obra *Seguridad Social y Protección Social: Un Enfoque Conceptual*, Servicio de Publicación de la Universidad, Colección Estudios y Ensayos, nº 72, 2002.

En lo que se refiere a la solicitud<sup>31</sup>, nacimiento<sup>32</sup>, cuantía<sup>33</sup>, duración<sup>34</sup>, conservación, cotización y extinción –sea de la prestación<sup>35</sup> o del subsidio<sup>36</sup>– hemos de destacar varios aspectos.

El primero está relacionado con la aplicación del principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo respecto de la protección por desempleo. En efecto, tal y como se indica en el artículo 245 LGSS la protección social derivada de los contratos a tiempo parcial ha de regirse por este principio de manera que, por analogía con el dictado contenido en la STC 91/2019<sup>37</sup>, aquellos supuestos en los que el trabajador haya desempeñado trabajos a tiempo parcial, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la prestación por desempleo han de tomarse en consideración los periodos en los que dicho trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada.

Respecto de la conservación resulta necesario destacar que la preceptiva inscripción como demandante de empleo no solo deberá mantenerse durante todo el período de duración sea de la prestación o del subsidio –ex artículos 267 y 277 LGSS–, sino que ello conlleva firmar el compromiso de actividad –art. 300 LGSS– y aceptar la ofertada como colocación adecuada –art. 301 LGSS– so pena de causar baja en la prestación –ex arts. 17.2 y 25.4 LISOS–.

La cotización, por su parte, también se ha visto afectada tanto en los sujetos obligados como en su determinación. Así, en lo que se refiere al ámbito personal los artículos 298 y 299 LGSS establecen el deber de empleadores y trabajadores de cotizar por la aportación a la contingencia de desempleo, aun cuando se produzcan reducción de jornada o la suspensión del contrato de trabajo –ex art. 153 bis LGSS–. En este sentido, el régimen para trabajadores domésticos diseñado por el Real Decreto-ley 16/2022 introduce como novedad en su disposición adicional segunda que también resulten obligados a cotizar los empleadores de trabajadores cuyas prestaciones de servicios no superen las 60 horas mensuales por persona empleadora siempre que, con anterioridad al día 1 de enero de 2023, existiera acuerdo en este sentido entre ambas partes contratantes. Entendemos –dado que en contra nada se ha prescrito en la normativa de referencia– que, tanto en este como en los demás supuestos, resulta aplicable la salvedad contenida en el artículo 152 LGSS que excluye de la obligación a cotizar por desempleo –y contingencias comunes– cuando el trabajador haya alcanzado la edad de acceso a la pensión de jubilación que resulte de aplicación en cada caso. De manera que, corresponderá al erario público saldar esta deuda contributiva. De otra parte, aludíamos a la determinación de la cotización a la que deben

31. Lógicamente son de aplicación también los preceptos que ordenan la relación con la Seguridad Social a través de medios telemáticos. Es decir los artículos 129 a 132 LGSS.

32. Regulado en los artículos 268 y 276 LGSS para la prestación y el subsidio respectivamente.

33. Está regulada en el artículo 278 LGSS para el nivel asistencial y en el artículo 270 para el prestacional.

34. Está prevista en el artículo 269 LGSS para la prestación y en el artículo 277 LGSS para el subsidio.

35. Regulados quedan estos aspectos en los artículos 268 a 273 LGSS.

36. Para este otro nivel la ordenación se contiene en los artículos 276 a 280 LGSS.

37. STC 91/2019, rec. 688/2019, de 3 de julio de 2019, ECLI:ES:TC:2019:91.

hacer frente los sujetos contratantes y, en este sentido, el artículo 3 del Real Decreto-ley 16/2022 –que modifica la disposición transitoria decimosexta de la LGSS– dispone que se aplicarán los tipos de cotización y la distribución que se establezca en la correspondiente Ley de Presupuestos del Estado, si bien en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 16/2022 se prevén bonificaciones –revisables a los dos años conforme a la disposición adicional quinta– que serán del 80% en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial en el Sistema Especial y del 45% o del 30%<sup>38</sup> cuando se den de alta en el Régimen General. La determinación del porcentaje que corresponda está prevista que se desarrolle vía reglamentaria, sin embargo debería preocuparnos sobremanera la potencial perentoriedad de esta puesto que, siendo obligado al pago trabajadores y empleadores, los errores que cometan habrán de ser saldados con el abono no ya solo de la diferencia entre cantidades –pagada y efectivamente debida–, sino también los recargos y las eventuales sanciones por incumplimiento. Aun cuando, como destacamos, sea el legislador el que retrase tales ordenaciones complementarias.

Para finalizar querríamos afirmar la aplicación uniforme –entre el régimen general y el especial– de las cuestiones que de seguida se presentan, puesto que no se ha hallado por nuestra parte especialidad alguna. Así acontece en lo que respecta a la consideración de situación asimilada al alta prevista en el artículo 166 LGSS cuando la persona trabajadora del servicio doméstico se encuentre en situación de desempleo total; de igual forma sucede con la posibilidad de jubilarse anticipadamente percibiéndose de forma simultánea el subsidio por desempleo y siempre que se satisfagan los requisitos previstos en el artículo 208 LGSS, relativos a obtener el beneficio por cuidado de hijos o menores –ex art. 236 LGSS–, así como a concatenar la prestación por desempleo, sea con la de incapacidad temporal –ex art. 283 LGSS–, con la de maternidad y paternidad –art. 284 LGSS–, con el subsidio por desempleo para mayores de 52 años y alcance la edad ordinaria que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación –art. 285 LGSS– y, finalmente, con el subsidio extraordinario por desempleo –ex disposición adicional vigésima séptima LGSS–.

## V. OTRAS REPERCUSIONES EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA

El objetivo de este apartado es presentar si quiera de forma generalista otras reverberaciones que cause el reconocimiento de la prestación por desempleo al colectivo de trabajadores domésticos en el ámbito de la protección social habida cuenta la denuncia de desamparo social que se evocaba en la STJUE C-389/20 como uno de los efectos colaterales de la restricción en el acceso a la prestación de estos trabajadores.

38. Se indicó en el sub-epígrafe anterior destinado a la exégesis del Real Decreto-ley 16/2022 que reglamentariamente se determinarán estos porcentajes en función de los requisitos de patrimonio, renta de la unidad familiar y otras condiciones que allí se establezcan.

En este sentido, además de las enunciadas en el apartado anterior y referidas al subsidio por cotización insuficiente, la ayuda familiar, el subsidio para mayores de 45 años, para mayores de 52, hemos de subrayar que el haber sido perceptor de una prestación o subsidio por desempleo permite ser candidato a solicitar la Renta Activa de Inserción<sup>39</sup> de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1.c) del Real Decreto 1369/2006. Sin embargo, excluye la posibilidad de ser beneficiario del Ingreso Mínimo Vital –ex art. 13.2.6 de la Ley 19/2021<sup>40</sup>– puesto que se considera “renta garantizada” independientemente de su cuantía si no se ha agotado en el año en curso en que se solicite aquel.

Las Comunidades Autónomas en tanto que disponen de competencia legislativa para configurar sus propias acciones asistenciales han optado por intervenciones con distinta denominación, entre los que presentamos como botones de muestra la “renta mínima de inserción social”<sup>41</sup>, la “renta garantizada de ciudadanía”<sup>42</sup>, el “ingreso mínimo de solidaridad”<sup>43</sup>, la “renta de inclusión social”<sup>44</sup>, la “renta mínima de inserción”<sup>45</sup>, la “renta de inclusión”<sup>46</sup>, la “renta garantizada”<sup>47</sup>, la “renta básica de inserción”<sup>48</sup>, la “renta de garantía de ingresos”<sup>49</sup> o, la “renta de ciudadanía”<sup>50</sup>. Todos estos instrumentos convergen en establecer como requisito ineludible –además del empadronamiento y carecer de rentas– el haber agotado las ayudas existentes a nivel nacional. Por lo tanto, haber sido beneficiario sea de la prestación o del subsidio por desempleo abre también estas otras puertas de protección social que permanecían cerradas a quienes prestan servicios en el hogar y ahondaban en su vulnerabilidad jurídico-social.

## VI. CONCLUSIONES

El desafío que supone extender la acción protectora a la ciudadanía –no sólo a aquella trabajadora– es una utopía cada vez más realizable. Y ejemplo de tal aproximación,

39. Regulada en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre.

40. Publicada en el BOE núm. 304, de 21 de diciembre.

41. Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre que regula la Renta Mínima de Inserción Social (BOJA núm. 245, de 26 de diciembre).

42. Ley 14/2017, de 20 de julio, de la Renta Garantizada de Ciudadanía (DOC núm. 7418, de 24 de julio de 2017).

43. Decreto 179/2002, de 17 de diciembre, que regula el Ingreso Mínimo de Solidaridad (DOCLM núm. 158, de 20 de diciembre).

44. Decreto 14/2019, de 31 de enero, que regula la tramitación de la renta de inclusión social (DOG núm. 43, de 1 de marzo).

45. Ley 15/2001, de 27 de diciembre, por la que se aprueba la Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 310, de 31 diciembre).

46. Ley 19/2017, de 20 de diciembre, que regula la Renta Valenciana de Inclusión (DOGV núm. 8196, de 22 de diciembre).

47. Ley Foral 15/2016, de 11 de noviembre, que regula los derechos a la Inclusión Social y a la Renta Garantizada (BON núm. 223, de 18 de noviembre).

48. Ley 3/2007, de 16 de marzo que regula la Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM nº 83, de 12 de abril).

49. Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social (BOPV núm. 250, de 31 de diciembre).

50. Ley 4/2017, de 28 de abril, que regula la Renta de Ciudadanía de La Rioja (BOLR núm. 51, de 5 de mayo).

por lejano que parezca, bien podría ser la inclusión del colectivo de trabajadores domésticos en la dinámica de los regímenes generales de Seguridad Social.

Así, en la medida en que se incremente el número de países que ratifican el Convenio nº 189 OIT y aumenten en cantidad y calidad las actuaciones en este sentido por parte de otras organizaciones supranacionales como acontece con la Unión Europea, podemos aventurar la materialización de la meta, *id est*, superar situaciones de vulnerabilidad ocasionadas por los propios ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. A tal finalidad contribuye no sólo desde instrumentos de *soft-law* –respaldados convenientemente con otros de naturaleza económica que los fortalecen sobremanera al menos a efectos de resultar atractivo su integración en términos crematísticos para los Estados miembros–, sino también a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

La capacidad vinculante de estos pronunciamientos ha conducido a nuestro país hacia un punto de no retorno: la equiparación continua de regímenes especiales al general de Seguridad Social, empezando por los trabajadores domésticos.

La aprobación del Real Decreto-ley 16/2022, como consecuencia directa de la Sentencia C-389/20, no solo ha incorporado el sentir de aquel fallo sino que lo ha trascendido dotando a este colectivo de mayores garantías laborales y de protección social.

Concretamente, en lo que respecta a la prestación por desempleo, se concluye que, a pesar del esfuerzo y de la reversión del desamparo social al que quedaba sometido este colectivo de trabajadores, algunos aspectos de no menor calado han permanecido irresueltos o, sencillamente, incontestados, tal y como acontece con los efectos que pudieran derivarse de la suspensión de la relación contractual, la situación en que quedan los empleadores que no acuerden asumir el abono de la cotización por desempleo por desarrollar su empleado un número de horas de servicio en su hogar inferior a las 60 mensuales o, el reconocimiento que pudiera dársele a las cotizaciones que por esta contingencia ya se están realizando.

## Bibliografía

- Carrubba, C.; Gabel, M. y Hankla, C.: "Judicial Behavior under Political Constraints: Evidence from the European Court of Justice", *American Political Science Review*, vol. 102, nº 4, noviembre 2008, pp. 435-452.
- Comisión Europea: *Llamamiento a la alianza europea para implementar el Convenio sobre trabajo doméstico*, disponible en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&furtherNews=yes&langId=en&newsId=10037>, último acceso a fecha de 07/09/2022.
- Degani, P.: "Domestic/Care Work and Severe Exploitation. The Limits of Italian Migrant Regularization Schemes", *Frontiers in Human Dynamics*, 17 Mayo 2022, DOI: 10.3389/fhumd.2022.818351, disponible en <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fhumd.2022.818351/full>, último acceso a fecha de 07/09/2022.
- Federación Europea de Sindicatos de los Sectores de la Alimentación, Agricultura y Turismo: *Informe sobre el Décimo Aniversario del Convenio nº 189 OIT sobre trabajadores domésticos*, disponible en <https://effat.org/in-the-spotlight/european-alliance-calls-on-eu-governments-to-ratify-convention-on-domestic-workers/>, último acceso a fecha de 07/09/2022.

- Gómez García, F. X.: "Empleados de hogar y su protección desde la Seguridad Social: Una situación aún deficitaria", *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 11, núm. 2, 2021, pp. 824-841.
- Instituto Europeo del Sindicato: *Informe sobre el status de trabajadora migrante en Europa que presta servicios en el hogar*, disponible en <https://www.etui.org/topics/health-safety-working-conditions/hesamag/migrant-workers-in-fortress-europe/the-status-of-migrant-female-domestic-workers-in-europe-time-for-an-overhaul>, último acceso a fecha de 07/09/2022.
- Kochenov, D. V. y Butler, G.: "Independence of the Court of Justice of the European Union: Unchecked Member States power after the Sharpston Affair", *European Law Journal*, vol. 27, nº 1-3, 2021, pp. 262-296.
- Lozano Lares, F.: "Los déficits de protección social del trabajo femenino", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021 (febrero), pp. 1-42.
- Márquez Prieto, A.: *Seguridad Social y Protección Social: Un Enfoque Conceptual*, Servicio de Publicación de la Universidad, Colección Estudios y Ensayos, nº 72, 2002.
- Miranda Boto, J. M.: "El Estadio Previo: Algunos Problemas Terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria" en VV.AA.: *El Reglamento Comunitario. Nuevas Cuestiones. Viejos Problemas*, Laborum, Murcia, 2008, pp. 11-28.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "La legislación española que excluye constitutivamente de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea (Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C-389/20)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 29, 2021 (4º trimestre), pp. 13-23.
- Organización Internacional del Trabajo: *Informe sobre el trabajo doméstico a nivel global en números*, disponible en <https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/who/lang--en/index.htm>, último acceso a fecha de 07/09/2022.
- Organización Internacional del Trabajo: *Informe sobre protección social y laboral para trabajadores domésticos*, disponible en [https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS\\_614987/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS_614987/lang--en/index.htm), último acceso a fecha de último acceso a fecha de 07/09/2022.
- Organización Internacional del Trabajo: *Informe sobre la expansión de la seguridad social a los trabajadores domésticos*, disponible en <https://www.social-protection.org/gimi/Emodule.action?id=58>, último acceso a fecha de 07/09/2022.
- Pazó Argibay, J. M.: *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Cinca, Madrid, 2021.
- 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.
- Stone Sweet, A. y Brunell, T.: "The European Court of Justice, State Noncompliance, and the Politics of Override", *American Political Science Review*, vol. 106, nº 1, febrero 2012, pp. 204-213.
- Vela Díaz, R.: "Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos 2011 (núm. 189)", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019, pp. 1515-1532.



# El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social española para los marroquíes en situación legal e ilegal en territorio nacional

## THE SCOPE OF THE PROTECTIVE ACTION OF THE SPANISH SOCIAL SECURITY FOR MOROCCANS IN A LEGAL AND ILLEGAL SITUATION IN NATIONAL TERRITORY

**Carlos García-Giralda Casas**

Juez de Carrera

Juzgado de lo Social Único de Melilla

[c.garcia-giralda@poderjudicial.es](mailto:c.garcia-giralda@poderjudicial.es)  0000-0002-1883-8915

Recibido: 25.10.2022 | Aceptado: 13.12.2022

### RESUMEN

Las relaciones de España, como miembro de la Unión Europea, con otros países extra comunitarios, en especial con Marruecos, determinan una serie de especialidades en la aplicación de nuestro Sistema de la Seguridad Social que tienen diversa amplitud dependiendo de la condición de residente legal o ilegal en España de los ciudadanos extra comunitarios, en nuestro caso, de los ciudadanos marroquíes, lo que implica que ostenten una serie de derechos en relación a las prestaciones que se incluyen dentro de la acción protectora del Sistema Público de la Seguridad Social que tienen distinta intensidad en uno y otro supuesto de residencia legal o ilegal, aunque en determinadas prestaciones, como las de asistencia sanitaria, nos encontremos ante casi una plena equiparación de situaciones prestacionales, en todo caso, resulta trascendental concretar el derecho de cada sujeto beneficiario y el alcance del derecho en el momento de tener que ejercerlo.

### ABSTRACT

The relations of Spain, as a member of the European Union, with other non-community countries, especially with Morocco, determine a series of specialties in the application of our Social Security System that have different amplitudes depending on the status of legal resident or illegal in Spain of non-EU citizens, in our case, of Moroccan citizens, which implies that they have a series of rights in relation to the benefits that are included within the protective action of the Public Social Security System that they have different intensity in one or the other case of legal or illegal residence, although in certain benefits, such as health care, we are faced with almost full equality of benefit situations, in any case, it is transcendental to specify the right of each beneficiary subject and the scope of the right at the time of having to exercise it.

### PALABRAS CLAVE

Seguridad Social  
Convenio bilateral  
España  
Marruecos  
Inmigrantes

### KEYWORDS

Social Security  
Bilateral agreement  
Spain  
Morocco  
Immigrants

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE ESPAÑA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL, CON INCIDENCIA DE LOS REGLAMENTOS 883/2004 Y 987/2009 Y LA DIRECTIVA 2011/24 DE LA UNIÓN EUROPEA
  - A. El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social en la Ley General de la Seguridad Social y normativa concordante
  - B. La regulación de los sistemas de coordinación de Seguridad Social a través de los reglamentos base y de ejecución. Ámbito de aplicación de la Directiva 2011/24 UE
- III. EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS Y EL ACUERDO DE COOPERACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y EL REINO DE MARRUECOS
  - A. Firma, publicación, entrada en vigor
  - B. Alcance de la protección social de los marroquíes legales e ilegales en territorio español
- IV. LA PROBLEMÁTICA DE LOS APÁTRIDAS E INDOCUMENTADOS: PRIVILEGIOS JUSTIFICADOS O DISCRIMINATORIOS
- V. CONCLUSIONES  
Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

La acción protectora del Sistema de la Seguridad Social de España ostenta diversa amplitud dependiendo del sujeto beneficiario. En la presente comunicación deberán exponerse los marcos normativos de nuestro Sistema y la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo, Salas de lo Social y Contencioso-Administrativo, y de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, haciendo especial hincapié a la normativa de la Unión Europea sobre los sistemas de coordinación en materia de Seguridad Social y de Asistencia Sanitaria, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que como no puede ser de otra manera inciden de manera directa en la forma de entender nuestras instituciones y en la manera en la que las mismas se aplican.

Una vez determinado el ámbito en el que nos situamos en la actualidad, deberá concretarse el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social para nacionales, comunitarios y extracomunitarios, y dentro de este último grupo, en el que se encuentran los marroquíes no nacionalizados, se incidirá sobre las diversas prestaciones a las que tienen derecho y las diferencias fundamentales en el supuesto de encontrarse en España en situación legal y en la de ilegal y de qué manera el Convenio Bilateral en materia de Seguridad Social suscrito entre España y Marruecos incide en el trato que deba darse a los nacionales del país vecino en territorio español, si la normativa y los lazos entre Estados permite asemejar a sus nacionales a nuestros nacionales o miembros de la Unión Europea, o incluso, de los Estados Parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo o por el contrario debe dárseles el mismo trato que a cualquier otro ciudadano extra comunitario.

Finalmente, resulta obligatorio, a colación con las anteriores cuestiones, dar una respuesta a la problemática de los apátridas e indocumentados que se encuentren en territorio español, con frecuencia de procedencia africana o asiática, pero que en todo caso ostentan unos derechos en materia de Seguridad Social que se asemejan más a los nacionales y comunitarios que a los extra comunitarios, lo que desde el punto de vista de los ciudadanos de Marruecos que se encuentren en España podría suponer una clara discriminación toda vez que gozan de una protección mayor que los marroquíes no nacionalizados españoles, aunque solo respecto de los que se encuentran en situación irregular en territorio nacional.

## II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE ESPAÑA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL, CON INCIDENCIA DE LOS REGLAMENTOS 883/2004 Y 987/2009 Y LA DIRECTIVA 2011/24 DE LA UNIÓN EUROPEA

Cuando tratamos del Derecho a la Seguridad Social, al menos en España, nos estamos refiriendo a un derecho constitucional consistente en el establecimiento y mantenimiento por el Estado Social y Democrático de Derecho de un sistema que reúne la doble condición de técnico y jurídico y que viene caracterizado por la finalidad primordial última de proteger, mediante prestaciones o subsidios económicos, a las personas y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo dichas personas, que se encuentran bajo su cobertura frente a ciertos riesgos o contingencias<sup>1</sup>.

Como caracteres esenciales de esta rama del Derecho deben resaltarse los de público<sup>2</sup> y autónomo<sup>3</sup> con vocación de protección universal.

La autonomía del Derecho de la Seguridad Social se desprende, además de por su objeto específico: “la protección económica de quienes lo necesiten”, de la circunstancia de ostentar un cuerpo normativo específico, unas fuentes del Derecho y unas instituciones propias.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de efectuar diversos pronunciamientos acerca de nuestro Sistema Público de la Seguridad Social desde el panorama de los principios rectores de la política social y económica, habiendo llegado a declarar que:

1. En este sentido, artículo 2 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre (Boletín Oficial del Estado núm. 261, de 31 de octubre de 2015, pp. 103291 a 103519), recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>, visto a las 09:00 h del día 22 de octubre de 2022. Puede afirmarse que el Sistema de la Seguridad Social, tal y como está configurada en nuestro país, es un remedio contra la inseguridad económica. Cfr. Turnbull, J.; Williams, A. y Cheit, E.: *Economic and Social Security: Social insurance and Other Approaches*, Wiley, Nueva York, 1982.

2. Este carácter de derecho público deriva inevitablemente de que el conjunto de sus normas y medidas son públicas, Cfr. Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, p. 38

3. Sin perjuicio de los ríos de tinta que se han vertido sobre la cuestión de si el Derecho de la Seguridad Social es un Derecho Autónomo, o por el contrario forma parte del Derecho del Trabajo, y aunque ciertamente en determinados aspectos pueda afirmarse de la existencia de un Derecho de Seguridad Social laboral, lo cierto es que la doctrina dominante, entre los que me encuentro, consideran que estamos ante una rama del ordenamiento jurídico autónoma, Cfr. Almansa Pastor, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.

1. “La garantía institucional del sistema de Seguridad Social es compatible con la admisión de varios modelos de protección”<sup>4</sup>.
2. “El carácter público del sistema de la Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en su conjunto”<sup>5</sup>.
3. “La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico, ni vulnera el principio de igualdad”<sup>6</sup>.
4. “Las prestaciones complementarias tienen encaje en el modelo constitucional de Seguridad Social”<sup>7</sup>.

En España, normas de diverso rango y naturaleza normativa regulan el Derecho de la Seguridad Social. Debemos comenzar reseñando la cúspide de la pirámide normativa, esto es, la Constitución Española de 1978<sup>8</sup> que, sin perjuicio de contar con diversos preceptos que inciden de manera directa o indirecta en el Derecho o Sistema Público de Seguridad Social, consagra en el artículo 41 el modelo constitucional en esta materia al disponer la garantía de todo ciudadano a la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad<sup>9</sup>.

Descendiendo en los peldaños de esta pirámide nos encontraríamos con las normas internacionales y de la Unión Europea. En todo caso, y sin perjuicio de las múltiples normativas internacionales, tanto del Consejo de Europa (véase Declaración Universal de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, los Pactos Internacionales de Nueva York o la Carta Social Europea) como de la Organización Internacional del Trabajo (como los Convenios 48, 102, 121, 128, 130, 157 y 168), y europeas en materia de Seguridad Social, del Parlamento Europeo y del Consejo, a nosotros la que nos interesa en esta sede es la de la Unión Europea relativa a los sistemas de coordinación en materia de Seguridad Social y a la Asistencia Sanitaria, pues es la que con posterioridad debe ser interconectada con la normativa española-marroquí para determinar el alcance de la acción protectora, así

4. En este sentido, sentencia 206/1997 de 27 de noviembre.

5. *Vid.* entre otras, sentencias 37/1994 y 129/1994.

6. Así se desprende de las sentencias 38/1995 y 77/1995.

7. *Vid.* sentencia 208/1998 de 10 de noviembre.

8. *Vid.* Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313 a 29424. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>, visto a las 10:00 h del día 22 de octubre de 2022.

9. Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido múltiples ocasiones de pronunciarse acerca de esta garantía constitucional a la que tilda de institucional llegando a la conclusión de que el margen de actuación del legislador es amplio en esta materia (v. entre otras, sentencia 213/2005 de 21 de julio), cabe entender esta afirmación al tratarse no solo de un precepto ubicado como principio rector de la política social económica, con menor relevancia que los derechos fundamentales o los deberes y derechos de los ciudadanos incardinados en el Capítulo II del mismo Título I, sino además por la propia materia de la Seguridad Social, tratándose esta de una rama de Derecho Público cuyas disposiciones, en opinión de este escritor y al contrario de lo que sucede con el Derecho del Trabajo, deben ser interpretadas en sentido estricto.

como el Convenio Internacional Bilateral de España con Marruecos y con el Acuerdo de la Comunidad Económica Europea con el Reino Marroquí.

A continuación se sitúan las normas con rango de ley, ordinarias, orgánicas e incluso decretos leyes y decretos legislativos, siendo la norma más relevante de nuestro sistema la Ley General de la Seguridad Social, sin perjuicio de otras normas complementarias o accesorias relativas a diversos aspectos como procesales (Ley reguladora de la Jurisdicción Social), de tutela administrativa (Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social), de protección de la salud (Ley General de la Sanidad), de las pensiones (con la última reforma de finales de 2021) o de las situaciones de dependencia entre otras (con la Ley 39/2006)<sup>10</sup>.

Finalmente, por lo que se refiere a la normativa de ámbito interno, sin entrar en el estudio de las disposiciones legislativas de las Comunidades Autónomas (las cuales ostentan escasa o nula intervención en materia legislativa de Seguridad Social, aunque diversa amplitud en el ámbito concreto de asistencia sanitaria<sup>11</sup>) o de la escasa aplicación de la autonomía (individual o colectiva) en esta rama autónoma del Derecho<sup>12</sup>, viene complementada con múltiples normas de rango reglamentario, podemos citar entre ellas, y por lo que al ámbito de protección social comporta, el Reglamento de colaboración de las Mutuas de 1995, que regula las diversas intervenciones y de cobertura frente a contingencias de este tipo de organismo, inicialmente de carácter privado aunque con una clara vocación de servicio público.

## A. El alcance de la acción protectora de la Seguridad Social en la Ley General de Seguridad Social y normativa concordante

150

En primer lugar, el artículo 42 de la Ley General de la Seguridad Social establece las prestaciones económicas que se integran dentro de la acción protectora de la Seguridad Social diversificándolas en: a) contributivas, dentro de las que se encuentran la incapacidad temporal, el nacimiento y cuidado del menor, riesgos durante el embarazo y la lactancia natural, ejercicio corresponsable en el cuidado del lactante, cuidados de menores afectados por cáncer o enfermedad grave, incapacidad permanente, jubilación, desempleo, protección por cese de actividad, pensión de viudedad, pensión de orfandad, auxilio por defunción, indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, etc.; b) no contributivas, tales como las de desempleo, prestación

10. Goerlich Peset, J. M.: "El derecho de la Seguridad Social", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 48.

11. Para comprobar el alcance de la potestad legislativa y normativa de las Comunidades Autónomas en la materia puede acudir a la distribución de competencias con el Estado Español que proclaman los artículos 148.1.20º y 149.1.16º y 17º de la Constitución Española de 1978, así como a los respectivos Estatutos de Autonomía, sin perjuicio de la amplia capacidad en materia de ejecución normativa y de la posibilidad de establecer prestaciones complementarias por parte de las Comunidades Autónomas, en este sentido se pronuncian, entre otras, las sentencias 39/2014 y 40/2014 del Tribunal Constitucional.

12. Así se deriva del artículo 3 de la Ley General de la Seguridad Social que proclama la nulidad de todo pacto de carácter individual o colectivo que implique la renuncia de los derechos reconocidos en esta Ley.

por nacimiento, asistencia social, invalidez, jubilación, prestación de orfandad, prestación de viudedad, pensión y subsidio en favor de familiares, ingreso mínimo vital, etc.

En segundo lugar, el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social consagra los requisitos generales para determinar la inclusión en el campo de aplicación del sistema a las prestaciones contributivas (nivel de protección de carácter universalista) y no contributivas (nivel de protección para contingencias concretas) dentro de las cuales diferencia la protección que asiste a los nacionales residentes en España, cabe entender que también a los comunitarios residentes (incluso a los nacionales de países del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo), y a los extranjeros residentes legalmente en territorio español (los que están asemejados a los nacionales<sup>13</sup>, como es el caso de los marroquíes en situación regular, y ello aunque se efectúe una remisión a la legislación de extranjería interna e internacional), aunque no resulta aplicable esta equiparación cuando se trata de trabajadores extra comunitarios en situación legal pero que ostenten la condición de trabajadores fronterizos, autónomos, gente del mar, artistas, y profesionales liberales que ejerzan su actividad por un corto lapso temporal, los cuales se registrarán por los acuerdos o convenios de reciprocidad que les sean de aplicación, caso de los marroquíes que ostenten alguna de estas condiciones profesionales o laborales, como veremos al tratar del Convenio Bilateral entre España y Marruecos y el Acuerdo entre la Unión Europea y Marruecos<sup>14</sup>.

La norma contemplada de la Seguridad Social silencia, por lo tanto, a los extranjeros extra comunitarios que se encuentren en situación ilegal o irregular en nuestro país, ya que estos ciudadanos se rigen por lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de Extranjería, así como en lo dispuesto, en lo que a nosotros interesa, en los convenios y acuerdos de España y la Unión Europea con Marruecos, así como por las diversas leyes internas sanitarias, más en concreto, por la Ley 16/2003 de 28 de mayo sobre el Sistema Nacional de la Salud<sup>15</sup>.

Debe partirse de la premisa de que los ciudadanos españoles y los comunitarios (incluso nacionales de países del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo) pueden acceder a todo tipo de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, siempre y cuando reúnan los requisitos que se exigen para cada una de ellas, mientras que a los ciudadanos extra comunitarios, en nuestro caso marroquíes, se les suele exigir para el acceso a determinadas prestaciones, con carácter adicional, en el supuesto de que se encuentren legalmente en territorio nacional, el requisito de cumplir un periodo mínimo de residencia legal en territorio español, mientras que a los que se encuentran ilegalmente en territorio nacional únicamente se les reconoce el derecho a la Asistencia Sanitaria y a recibir otro tipo de prestaciones a las que pudieran tener derecho, tales como las prestaciones que pudieran derivarse de accidente de trabajo

13. Debe insistirse en todo caso en la necesidad de residencia legal para la equiparación total entre nacionales y, en nuestro caso concreto, marroquíes en situación legal a los efectos de acceder a las mismas prestaciones (v. entre otras, sentencia de 7 de noviembre de 1980 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo).

14. Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, p. 666.

15. Cavas Martínez, F.: *Lecciones de Seguridad Social*, Diego Marín, Murcia, 2021, pp. 48-49.

o enfermedad profesional cuando fueran contratados irregularmente<sup>16</sup>, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial<sup>17</sup>.

## B. La regulación de los sistemas de coordinación de Seguridad Social a través de los reglamentos base y de ejecución. Ámbito de aplicación de la Directiva 2011/24 UE

El Derecho de la Unión Europea en materia de Seguridad Social se divide o clasifica en dos ramas fundamentales: A) El Derecho de Armonización y B) El Derecho de Coordinación<sup>18</sup>.

El Derecho de Armonización es el que se dirige, como su propio nombre indica, a la armonización de las legislaciones de los Estados Miembros a través de la trasposición de las diversas normas del Derecho de la Unión Europea, si bien, en esta sede únicamente nos vamos a detener en el estudio del Derecho de Coordinación que está dirigido a resolver los conflictos de leyes entre los Estados en materia de prestaciones de Seguridad Social, requiriéndose en todo caso un movimiento transnacional de ciudadanos entre dos o más Estados Miembros para que resulte de aplicación.

En todo caso, y con carácter previo al estudio de este Derecho europeo de Coordinación, es necesario reseñar que es cada Estado Miembro quién organiza su propio sistema de la Seguridad Social, y por lo tanto, a los ciudadanos de cualquier Estado Miembro de la Unión Europea o del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, o incluso de Suiza, se les aplica en España nuestra normativa en materia de Seguridad Social, aunque resulta obligado que dicha normativa respete el ordenamiento de la Unión Europea, la libre circulación de los ciudadanos, trabajadores y sus familias, así como la libertad de establecimiento<sup>19</sup>.

Con carácter previo al estudio en concreto de los Reglamentos y Directiva citados en el presente apartado, debe partirse de la idea de que estas disposiciones constituyen parte del Derecho Derivado o Secundario de la Unión Europea, pero es necesario incidir en que el Derecho de la Unión Europea en materia de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social también dispone de un Derecho Originario o Primario que viene constituido por los artículos 21, 48, 151 y 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que consagran los derechos a la libre circulación y la Seguridad Social como un aspecto de la política social, además de la remisión que se efectúa a la normativa social contenida tanto en la Carta Social Europea de 1961 como en la

16. En todo caso, puede afirmarse que carecen del derecho a obtener la prestaciones por desempleo (en este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en las sentencias de 18 de marzo de 2008 y de 31 de enero de 2017 recaídas en los recursos de casación 800/2007 y 3345/2015 respectivamente).

17. López Terrada, E.: "La asistencia sanitaria", "La asistencia sanitaria", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 256-257.

18. Agís Dasilva, M.: "El derecho europeo de coordinación en materia de Seguridad Social. Principios generales", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 57.

19. En este sentido, v. entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2017, en el asunto *Espadas Recio* C-98/15, de 19 de septiembre de 2019, asunto *F. van der Ver y otros* recaída en los casos acumulados C-95 y 96/18.

Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, y finalmente, al ostentar el mismo valor jurídico que los tratados, debe incluirse el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

Entrando en el estudio de los Reglamentos base (Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social)<sup>20</sup> y de aplicación o ejecución (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 (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social)<sup>21</sup>, los cuales, al contrario de lo que sucede con las Directivas de la Unión Europea, no necesitan acto de trasposición alguno al poseer ya de por sí efecto directo, y por lo que a la problemática de esta obra asiste, esta normativa comunitaria, al no crear una armonización ni uniformización de las legislaciones de los Estados parte con la finalidad de salvaguardar y respetar los intereses de los Estados Miembros frente a la intervención de la Unión Europea<sup>22</sup>, no tiene relevancia en el alcance de la acción protectora de los marroquíes, legales o ilegales, más que cuando siendo legales y con residencia o nacionalizados españoles, desempeñen su actividad profesional o decidan trasladar su residencia a otro Estado de los que se aplica la normativa de coordinación, pero no determina, dentro del territorio español, más derechos a prestaciones concretas que para el marroquí en situación irregular, aunque sí que puede verse beneficiado el marroquí en situación legal en España de los derechos que le asisten como ciudadano de un Estado Miembro de la Unión Europea.

Por su parte, la Directiva 2011/24 (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, la cual fue traspuesta a nuestro Derecho a través del Real Decreto 81/2014 de 7 de febrero sobre normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza)<sup>23</sup> se circunscribe al ámbito estrictamente sanitario, si bien, al contrario de lo que sucede con los Reglamentos de Coordinación, se aplica no solo a los Sistemas de Seguridad Social, sino a todo el ámbito sanitario, ya sea de carácter público o privado, si bien, al igual que sucede con los Reglamentos, no tiene relevancia en el alcance de la acción protectora de los marroquíes, legales o ilegales, más que cuando siendo legales y con residencia o nacionalizados españoles, desempeñen su actividad profesional o decidan trasladar su residencia a otro Estado de los que se aplica la normativa de coordinación, pero no determina, dentro del territorio español, más derechos a prestaciones concretas que para el marroquí en

20. DOUE núm. 166, de 30 de abril de 2004, páginas 1 a 123. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81111>, visto el día 20 de octubre de 2022 a las 17:30 h.

21. DOUE núm. 284, de 30 de octubre de 2009, páginas 1 a 42. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2009-82043>, visto el día 20 de octubre de 2022 a las 17:30 h.

22. Cfr. García Murcia, J.: "Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa", en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, p. 31.

23. DOUE núm. 88, de 4 de abril de 2011, páginas 45 a 65. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80723>, visto el día 21 de octubre de 2022 a las 18:00 h.

situación irregular, aunque sí que puede verse beneficiado el marroquí en situación legal en España de los derechos que le asisten como ciudadano de un Estado Miembro de la Unión Europea.

### III. EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS Y EL ACUERDO DE COOPERACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y EL REINO DE MARRUECOS

Pese a que a los ciudadanos de Marruecos se les aplica estando en territorio español la normativa española, existen dos mecanismos de cooperación en materia de Seguridad Social, uno entre España y Marruecos y otro entre la Unión Europea y Marruecos, que determinan una especialidad de la normativa española aplicable a los marroquíes que difiere tanto de la propia española, como no puede ser de otra manera al disponer en muchos casos de familiares y otro tipo de vinculaciones con su Estado de origen, como de otros extranjeros no comunitarios, bien porque también exista convenio bilateral aplicable, como es el caso de Estados Unidos, Australia, Japón o Filipinas, o incluso multilateral con los países Iberoamericanos, o bien porque no existe norma de cooperación alguna, en cuyo caso se aplicará la normativa española en los términos influenciados por la Europea.

No obstante lo anterior, y dada la temática que estamos tratando, debemos prescindir del estudio de las normativas internacionales ajenas a la problemática marroquí y proceder a examinar, con el detalle que se merece, el Convenio Bilateral de Seguridad Social de España y Marruecos<sup>24</sup> así como el Acuerdo de Cooperación de Seguridad Social de la Unión Europea con Marruecos<sup>25</sup>.

#### A. Firma, publicación, entrada en vigor

En primer lugar, resulta obligatorio examinar brevemente el Convenio Bilateral de España con Marruecos en materia de Seguridad Social, normativa que goza de carácter de norma internacional con las consecuencias a ello inherentes consagradas en nuestra Constitución Española de 1978.

Este Convenio, pese a que data de 1982, se firmó el día 8 de noviembre de 1979 entrando en vigor el día el 1 de octubre de 1982, si bien, no fue publicado oficialmente en nuestro Boletín Oficial del Estado hasta el día 13 de octubre de 1982.

Sin embargo, no se redujo a esa norma la colaboración intercontinental, sino que el día 8 de febrero de 1984 se firmó en España, publicado el 10 de junio de 1985 en el Boletín Oficial del Estado, un Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos.

24. BOE, núm. 245, de 13 de octubre de 1982, páginas 28185 a 28189. Recuperado de [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1982-26519](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1982-26519), visto a las 09.00 h del día 25 de octubre de 2022.

25. DOCE, núm. 264, de 27 de septiembre de 1978, páginas 1 a 115. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1978-80303>, visto a las 10.00 h del día 25 de octubre de 2022.

Finalmente, el Convenio ha sido modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998 y publicado de forma oficial en el Boletín Oficial del Estado de 24 de noviembre de 2011.

Este Convenio Bilateral reduce su ámbito de aplicación a los trabajadores españoles o marroquíes que estén o hayan estado sujetos a la legislación de la Seguridad Social de uno o de ambos países, así como a sus familiares y supervivientes, sin hacer exclusión expresa de trabajadores calificados como de ilegales o irregulares, lo que debería llevar a la aplicación en su integridad del Convenio, al menos a quienes ostenten la condición de trabajadores, tanto para los nacionales legales como ilegales de ambos países, aunque en la realidad práctica jurídica ello no suceda.

En segundo lugar, debe analizarse sintéticamente el Acuerdo de Cooperación de Seguridad Social de la Unión Europea con Marruecos celebrado al amparo del artículo 41 del Reglamento (CEE) n°. 2211/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978, e insistimos en la calificación de análisis sintético puesto que en realidad este Acuerdo no aporta nada que difiera del Convenio Bilateral examinado, debiendo llegarse a la misma conclusión de que, aunque reduce su ámbito de aplicación a los trabajadores de la comunidad europea o marroquíes que estén o hayan estado sujetos a la legislación de la Seguridad Social de Marruecos o de un país miembro de la Unión Europea (en el momento de su conclusión, Comunidad Económica Europea) así como a sus familiares y supervivientes, sin hacer exclusión expresa de trabajadores calificados como de ilegales o irregulares lo que debería llevar a la aplicación en su integridad del Acuerdo, al menos a quienes ostenten la condición de trabajadores, tanto para los nacionales legales como ilegales de Marruecos y de los ciudadanos de la Unión Europea, aunque en la realidad práctica jurídica ello no suceda.

## **B. Alcance de la protección social de los marroquíes legales e ilegales en territorio español**

Conclusión alcanzada a través de las disposiciones y jurisprudencia estudiadas en los anteriores apartados es la de la equiparación total, a efectos de acceder a todo tipo de prestaciones de nuestro Sistema Público de la Seguridad Social, de los trabajadores nacionales, comunitarios, del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo y extra comunitarios en situación legal así como los marroquíes con las excepciones ya examinadas de trabajadores fronterizos, autónomos, gente del mar, artistas, y profesionales liberales que ejerzan su actividad por un corto lapso temporal, los cuales se regirán por los acuerdos o convenios de reciprocidad que les sean de aplicación, caso de los marroquíes que ostenten esta condición al amparo de lo tratado en el Convenio Bilateral entre España y Marruecos y en el Acuerdo entre la Unión Europea y Marruecos.

En consecuencia, resta por determinar el alcance de la acción protectora que pueden ostentar los trabajadores marroquíes en situación irregular en España, sensiblemente reducida como igualmente se expuso en el apartado del alcance de la acción

protectora al no tener derecho a las mismas prestaciones, ni en igual amplitud en el supuesto de ostentar alguna de ellas, puesto que únicamente se les reconoce el derecho a la asistencia sanitaria, quizás a los Servicios Sociales de integración de los inmigrantes, y a recibir otro tipo de prestaciones a las que pudieran tener derecho, tales como las económicas y protectoras que pudieran derivarse de accidente de trabajo o enfermedad profesional con exclusión en todo caso de las prestaciones por desempleo, y ello al amparo de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de Extranjería, así como en lo dispuesto, en lo que a nosotros interesa, en los convenios y acuerdos de España y la Unión Europea con Marruecos, así como por las diversas leyes internas sanitarias, más en concreto, por la Ley 16/2003 de 28 de mayo sobre el Sistema Nacional de la Salud, sin perjuicio de que mi opinión es la de que estos trabajadores marroquíes ilegales deberían poder acceder a todo tipo de prestaciones en igualdad de condiciones que los anteriores sujetos beneficiarios, si bien con la precisión de que en ningún caso puedan ser sufragadas por el Sistema Público sino por el propio empresario privado que incumple las normas legales sobre contratación, sin perjuicio de la necesidad de mantener en cada caso el organismo público de reconocimiento y gestión de las diversas prestaciones (léase Instituto Nacional de la Seguridad Social, Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Servicio Público de Empleo Estatal, Instituto de Mayores y Servicios Sociales) y todo ello por aplicación del Acuerdo de Cooperación de Seguridad Social de la Unión Europea con Marruecos celebrado al amparo del artículo 41 del Reglamento (CEE) n°. 2211/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978 y del Convenio Bilateral de España con Marruecos en materia de Seguridad Social de 1982, posteriormente actualizado. Acuerdo y Convenio que no restringen de manera expresa su aplicación a la consideración de la adquisición de la condición de trabajador en situación legal, ni a sus familiares ni supervivientes.

#### **IV. LA PROBLEMÁTICA DE LOS APÁTRIDAS E INDOCUMENTADOS: PRIVILEGIOS JUSTIFICADOS O DISCRIMINATORIOS**

El supuesto jurídico que va ser tratado a continuación viene marcado por una enorme polémica a juicio de este escritor si comparamos la diferencia de trato entre sujetos extra comunitarios, y ello es así porque a los apátridas e indocumentados extra comunitarios, y en principio en situación ilegal, se les aplica la misma normativa que a un ciudadano comunitario o del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, mientras que a un ciudadano marroquí legal únicamente se le aplica la normativa comentada con las limitaciones propias de la misma, ostentando el marroquí ilegal una serie de derechos residuales de asistencia sanitaria y protección en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Aunque esta diferencia de trato esté amparada por la Convención sobre Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954 hecha en Nueva York, y ratificada por España, nos lleva a pensar en la solución a la que pueden acogerse los ciudadanos

marroquíes en situación irregular en el supuesto de que lleguen a conocer la mencionada legislación, con la inevitable tentación de llevar a cabo una serie de actuaciones que pueden conducir a su exportación, administrativa o penal, al encubrir su verdadera identidad y ello simplemente por intentar conseguir unos derechos que le son concedidos a otras personas de origen africano o asiático que no se quieren identificar.

## V. CONCLUSIONES

De lo expuesto puede extraerse que en España se aplica siempre la legislación española en materia de Seguridad Social, como resultado de una aplicación fiel y estricta al principio de territorialidad en esta materia.

La normativa española en materia de Seguridad Social es de variada índole y en la misma influyen, de modo directo o indirecto, las disposiciones de la Unión Europea y del Derecho Internacional Privado.

Los ciudadanos españoles, los comunitarios, los de los Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo y los marroquíes en situación legal en España, salvo las excepciones tasadas, están equiparados en Derechos y Deberes en relación con las distintas prestaciones que componen la acción protectora de la Seguridad Social, tanto en el nivel contributivo como en el no contributivo.

Puede considerarse que existe una diferencia fundamental, práctica y teórica, en el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social si se compara la situación de los marroquíes legales e ilegales en territorio español, puesto que a estos últimos únicamente se les reconocen determinadas prestaciones, inherentes al ser humano por ostentar esta condición, tales como las de asistencia sanitaria, servicios sociales de integración, cobertura en el supuesto de accidente de trabajo o enfermedad profesional, etc., con exclusión en todo caso de las prestaciones por desempleo.

La normativa de la Unión Europea, si bien es trascendente para los ciudadanos españoles, los comunitarios, los de los Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo y los marroquíes en situación legal en España en el supuesto de movimientos transnacionales de trabajadores, funcionarios, pensionistas, y personas en paro o que no quieran o no puedan trabajar, es irrelevante con respecto a los marroquíes, trabajadores o simple ciudadanos que radiquen de forma irregular en territorio español.

Debería estimarse, ante la ausencia de exclusión normativa expresa en el Convenio Bilateral de España con Marruecos y en el Acuerdo de la Unión Europea con Marruecos en materia de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, que los marroquíes en situación irregular ostentan los mismos derechos que sus compatriotas en situación legal en España, si bien, por aplicación de la normativa española, del principio de seguridad jurídica y de la protección de los daños caudales públicos, debe ser el empresario el que asuma los costes de las prestaciones que se puedan originar, incluso la de desempleo, por proceder al margen de la ley a la contratación de un trabajador en situación irregular, debiendo quedarse fuera obligatoriamente

de la protección los ciudadanos marroquíes en situación ilegal en territorio español que no hubiesen sido contratados por un empresario, puesto que en la normativa nacional y europea se insiste en la necesidad de ostentar la condición de residente legal, pero en la normativa de relación con Marruecos, que es en la que nos apoyamos para otorgar una mayor protección a los marroquíes en situación ilegal, aunque no se mencione la necesidad de ostentar tal condición de residente legal sí que se menciona expresamente que es aplicable la normativa a los trabajadores y a sus familiares y supervivientes, excluyéndose por lo tanto, a todo ciudadano ilegal que no se encuentre en una de estas situaciones, originarias o derivadas.

Finalmente, y aunque considero que deberían ser equiparados, un apátrida o indocumentado ostenta la misma protección, a efectos de acceder a las prestaciones de la Seguridad Social, que los ciudadanos españoles, los comunitarios, los de los Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo y los marroquíes en situación legal en España, lo que supone una clara discriminación con respecto de los marroquíes en situación ilegal en España, lo que puede conducir a la inevitable tentación de llevar a cabo una serie de actuaciones que pueden conducir a su exportación, administrativa o penal, al encubrir su verdadera identidad y ello simplemente por intentar conseguir unos derechos que le son concedidos a otras personas de origen africano o asiático que no se quieren identificar.

## Bibliografía

- Agís Dasilva, M.: "El derecho europeo de coordinación en materia de Seguridad Social. Principios generales", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Almansa Pastor, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.
- Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002.
- Cavas Martínez, F.: *Lecciones de Seguridad Social*, Diego Marín, Murcia, 2021.
- García Murcia, J.: "Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa", VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010.
- Goerlich Peset, J. M.: "El derecho de la Seguridad Social", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- López Terrada, E.: "La asistencia sanitaria", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021.
- Turnbull, J.; Williams, A. y Cheit, E.: *Economic and Social Security: Social insurance and Other Approaches*, Wiley, Nueva York, 1982.



## La inmigración desde una perspectiva garantista

### IMMIGRATION FROM A GUARANTEE PERSPECTIVE

**Farah Amaadachou Kaddur**

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

Universidad de Granada

farah@ugr.es  0000-0002-7704-0663

Recibido: 02.11.2022 | Aceptado: 12.12.2022

#### RESUMEN

Es bien sabido que el fenómeno migratorio es una realidad compleja y, por tanto, las políticas del Derecho también lo son. Asimismo, resulta remarcable su sometimiento a un proceso de continuos cambios que en modo alguno puede darse por concluido, es por ello que el legislador está llamado a readaptar la normativa reguladora para proporcionar soluciones efectivas a los nuevos retos que plantea. Es en este contexto donde el fenómeno migratorio adquiere tal dimensión en España y sus repercusiones en el orden social, económico y cultural revisten tal magnitud que exige a los poderes públicos que lleven a cabo una actuación decidida a fin de: lograr una canalización legal y ordenada de los flujos migratorios pero desde la reafirmación de su compromiso con la defensa de los derechos humanos y la dignidad de las personas, favoreciendo la plena integración social de los inmigrantes en nuestro país y garantizando tanto la convivencia como la cohesión social.

#### ABSTRACT

It is well known that the migratory phenomenon is a complex reality and, therefore, the policies of the Law are too. Likewise, its submission to a process of continuous changes that in no way can be concluded is remarkable, which is why the legislator is called to readapt the regulatory regulations to provide effective solutions to the new challenges it poses. It is in this context where the migratory phenomenon acquires such a dimension in Spain and its repercussions in the social, economic and cultural order are of such magnitude that it requires the public powers to carry out a decisive action in order to: achieve a legal and orderly channeling of migratory flows, but from the reaffirmation of its commitment to the defense of human rights and the dignity of people, favoring the full social integration of immigrants in our country and guaranteeing both coexistence and social cohesion.

#### PALABRAS CLAVE

Inmigración  
Derechos  
Régimen jurídico  
Garantismo  
Ciudadanía inclusiva

#### KEYWORDS

Immigration  
Rights  
Legal status  
Guarantees  
Inclusive citizenship

## SUMARIO

- I. UNAS BREVES ANOTACIONES INTRODUCTORIAS
- II. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS A TENER EN CUENTA: INMIGRACIÓN *VERSUS* EXTRANJERÍA
- III. ESTATUTO JURÍDICO BÁSICO: SUS PRINCIPALES GARANTÍAS Y LIMITACIONES
- IV. CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE MEJORA DESDE LA ÓPTICA GARANTISTA DE UNA CIUDADANÍA SOCIAL INCLUSIVA

### I. UNAS BREVES ANOTACIONES INTRODUCTORIAS

La complejidad que entraña el fenómeno migratorio radica fundamentalmente en su propia naturaleza multidimensional. Dicha complejidad inevitablemente se traslada al ámbito de las políticas del Derecho en la medida en que deben atender a la propia realidad social. Las migraciones constituyen un fenómeno connatural a las comunidades y sociedades humanas.

Así pues, desde un punto de vista histórico, lo cierto es que la regulación jurídico-legal del fenómeno migratorio en España es relativamente reciente. Esto se debe, principalmente, a que, con el transcurso del tiempo, hemos asistido a un cambio de tendencia que refleja cómo España ha pasado de ser un país predominantemente de emigración para convertirse en uno de los principales países de acogida de inmigrantes, en unas proporciones realmente impensables hasta hace apenas unos años. Esta transformación de la propia realidad social, evidentemente, lleva aparejada una serie de implicaciones, tales como, la incipiente tendencia de llevar a cabo múltiples reformas legislativas, cada una de ellas con sus luces y sus sombras. En la coyuntura actual, la última reforma introducida ha sido a raíz de la aprobación del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica 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 la Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Por tanto, nos encontramos inmersos en un proceso que en modo alguno no puede darse por concluido.

No obstante, dentro de esta vorágine de continuas reformas legislativas, conviene anotar que las primeras reformas acontecidas abordaban el fenómeno migratorio de manera incidental, marginal y posteriormente se ha ido acomodando al verdadero alcance estructural que ha ido adquiriendo en el marco de la realidad social, es decir, la preocupación por la regulación legal de la cuestión social migratoria en España ha ido acrecentándose paralelamente al incremento de la entrada de inmigrantes en España, desbordando todas las previsiones que se tenía al respecto.

El debate en torno a la configuración del régimen jurídico de derechos y libertades de los extranjeros en España conlleva aparejado irremediabilmente una serie de connotaciones de carácter socio-laboral, económico y también político, y todo ello en su conjunto queda reflejado en la legislación actualmente vigente<sup>1</sup>.

1. Véase al respecto Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010; Jover Gómez-Ferrer, R.; Ortega

## II. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS A TENER EN CUENTA: INMIGRACIÓN VERSUS EXTRANJERÍA

No cabe duda que definir la posición jurídica de los extranjeros ha sido y continúa siendo una constante en los debates propios en materia de extranjería e inmigración, esta cuestión controvertida no se dirime únicamente en el marco de nuestro derecho interno, sino también se extiende en el ámbito comunitario e internacional.

De ahí pues, la conveniencia de precisar la delimitación conceptual que a su vez permite diferenciar entre extranjero e inmigrante. Desde el punto de vista jurídico, cuando se emplea el concepto terminológico de «extranjería» se hace referencia a todas aquellas personas que carecen de la nacionalidad española y que adquieren su significado en función de la realidad socio-política de un Estado soberano, en nuestro caso, España. A los efectos señalados, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEXIS), en concreto, su artículo 1.1 contiene la delimitación conceptual de extranjeros, empleando para ello un criterio de exclusión, es decir, a los efectos de la aplicación de dicha ley, se consideran extranjeros a los que carezcan de la nacionalidad española. Desde esta perspectiva, el término «extranjería» conlleva implícito una situación jurídica diferencial entre el ciudadano nacional y el no nacional o extranjero. Este hecho diferencial queda reflejado en las principales limitaciones que se manifiestan en cuanto a la titularidad y el ejercicio de los derechos. Desde la propia lógica jurídica, lo cierto es que sigue llamando la atención que el elemento de «extranjería» instituya la razón de ser de la discriminación y, por consiguiente, de la diferenciación entre ambos sectores poblacionales<sup>2</sup>.

A la vista de lo hasta aquí expuesto, cabe anotar la importancia y repercusión que han tenido algunos ordenamientos jurídicos de tinte universalista que han tomado como valor central la dignidad de la persona, lo cual ha propiciado que se haya extendido el principio de equiparación entre nacionales y extranjeros en cuanto a la titularidad y al ejercicio de los derechos<sup>3</sup>. Sin embargo, pese a los intentos reiterados de reducir las divergencias detectadas en materia de derechos, lo cierto es que aún persisten limitaciones que avocan a los extranjeros a una situación de especial vulnerabilidad<sup>4</sup>.

---

Carballo, C. y Ripol Carulla, S.: *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010; Aja, E.: *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; Ceinos Suárez, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006; Fernández Collados, B.: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum, Murcia, 2008; Valdueza Blanco, M. D.: *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008; Triguero Martínez, L.Á.: *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bormarzo, Albacete, 2008; Amaadachou Kaddur, F.: "La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?", *Temas Laborales*, núm. 110, 2011, pp. 215-228.

2. Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.: "La Ley Orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoque jurídico", *Migraciones. Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, núm. 7, 2000, p. 62.

3. Véase al respecto: Monereo Pérez, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Laborum, Murcia, 2019.

4. Taribini-Castellani Aznar, M.: "Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pp. 198-201.

Cabe anotar que a pesar de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Española en cuanto a que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I «De los derechos y deberes fundamentales» en los términos que establezcan los tratados y la ley, se constata una de las limitaciones más reseñables, en términos comparativos, entre los nacionales y los extranjeros. En concreto, en lo concerniente al acceso a los derechos sociales y laborales, desde el punto de vista de la residencia, en la medida en que, como regla general, se requiere un visado para la entrada, así como un permiso de residencia y/o trabajo para permanecer y residir en él, de este modo, actúa como filtro para la inserción estable del extranjero en el país de acogida. Este elemento distintivo determina finalmente el estatuto jurídico básico de la extranjería en España y, al mismo tiempo, permite diferenciar entre los extranjeros en situación administrativa regular o irregular, recurriendo para ello a tres elementos clave, la entrada mediante visado como elemento básico de control, permanencia bajo autorización de residencia y trabajo a través de la concesión de la autorización pertinente y, en última instancia, tomando en consideración el régimen sancionador<sup>5</sup>. A la vista de lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que el disfrute pleno de los derechos propios del Estado de Bienestar viene condicionado por la situación administrativa del extranjero en territorio español<sup>6</sup>.

En lo que respecta a la «inmigración» la doctrina científica la concibe como un fenómeno socio-económico basado en el tránsito asociado a la entrada de personas a un lugar distinto a su país de origen. Como viene siendo habitual, la inmigración se produce desde territorios subdesarrollados hacia países desarrollados, por razones de trabajo, salud y, en general, para mejorar la calidad de vida.

Cuando median razones por trabajo, se plantea la cuestión de la integración social de los inmigrantes lo cual implica conciliar, por un lado, la capacidad de absorción en función de las necesidades en este caso de España como país de acogida y, por otro lado, la presión inmigratoria entendida como la cantidad de inmigrantes dispuestos a venir a nuestro país<sup>7</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que la LOEXIS emplea indistintamente ambas categorías conceptuales como resultado de una confusión entre los planos técnico-jurídico y material. Así pues, el concepto teleológico de extranjero contemplado en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, realmente corresponde al de inmigrante. Con lo cual, desde el punto de vista de la Ley de extranjería esta diferenciación léxica no debe conducir a una diversificación semántica, de modo que cabe emplear indistintamente sendas expresiones terminológicas para referirse a una misma realidad<sup>8</sup>.

5. Taribini-Castellani Aznar, M.: *Reforma y Contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 36.

6. SSTC 107/1984, de 23 de noviembre; 95/2000, de 10 de abril; 95/2003, de 22 de mayo y 72/2005, de 4 de abril, entre otras.

7. Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.: "La Ley Orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoco jurídico", ob. cit., p. 64.

8. Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.: "Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración", *Revista Migraciones*, núm. 4, 1998, p. 291; López Insua, B. M.: "El derecho a las prestaciones por desempleo de las personas inmigrantes", *Lex Social: Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 11, 2021, pp. 144 y ss.

A continuación, conviene distinguir y precisar entre situación administrativa regular e irregular de las personas inmigrantes dentro del territorio español, dado que va a resultar determinante a efectos del derecho al disfrute de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social en igualdad de condiciones con los nacionales españoles<sup>9</sup>.

Ya de entrada hay que diferenciar entre, por un lado, la denominada «irregularidad total o absoluta», cuando la persona extranjera carece de la correspondiente autorización para trabajar y residir en territorio español y, por otro lado, la «irregularidad relativa» o también conocida como «laboral», reservada a los inmigrantes que no cuentan con la pertinente autorización para trabajar. No obstante, para un sector de la doctrina científica ésta última carecería de sentido en tanto que, como regla general, la autorización para trabajar y residir se suelen conceder en un único acto administrativo<sup>10</sup>.

### III. ESTATUTO JURÍDICO BÁSICO: SUS PRINCIPALES GARANTÍAS Y LIMITACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Dicha proclamación constitucional supone la incorporación de un catálogo de derechos y libertades que no pueden ser modificados por el legislador ordinario.

Por su parte, el artículo 13 CE ubicado sistemáticamente en el Título I «De los derechos y deberes fundamentales» y dentro del mismo en el Capítulo Primero «De los españoles y los extranjeros» dispone lo siguiente:

- «1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garanticen el presente Título en los términos que establecerán los tratados y la ley».
2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, puede establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.
3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.
4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.»

9. González Ortega, S.: «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes», en González Ortega, S. (coord.): *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 241; Charro Baena, P.: «El derecho a la Seguridad Social de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional», en Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L.Á. (dirs. y coords.): *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho*, Comares, Granada, 2016, pp. 258-259.

10. Valdueza Blanco, M. D.: «Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2003, pp. 168-200.

Por tanto, el artículo 13 CE establece un estatuto común o general de extranjería con la salvedad de la remisión a los tratados y a la ley que vendrían a establecer estatutos que podemos calificar como especiales<sup>11</sup>. En esta materia, la Constitución opta por enunciar los derechos y libertades de los extranjeros y, al mismo tiempo, emplea la técnica de remisión para la concreción de la titularidad y ejercicio de los mismos, tanto a lo establecido en el ámbito internacional, en los tratados y pactos internacionales de referencia, como a nivel infraconstitucional, por la vía del desarrollo legal de los mismos, en nuestro caso, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIS). Por tanto, una de las conclusiones que se extrae es que el artículo 13 de la CE no comporta una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros, sino que sólo remite las condiciones de ejercicio al desarrollo legal junto con el sometimiento a los límites derivados del Título I de la CE y, en concreto, del artículo 10 de nuestra Norma Fundamental.

Sea como fuere, uno de los grandes desafíos que debe afrontar nuestra Carta magna no se restringe a la consecución de la integración de los extranjeros comunitarios, que, como bien es sabido, gozan de un principio de favor, sino también la plena integración y adaptación de los inmigrantes extracomunitarios o procedentes de terceros Estados<sup>12</sup>.

Cabe anotar que el artículo 13 CE adolece de un cierto grado de imprecisión lo que ha propiciado diferentes interpretaciones, en ocasiones restrictivas, cuando consideran que la remisión que contempla este precepto constitucional hacia el legislador para su completo desarrollo implica, en cierto modo, la desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros, por la dependencia de la correspondiente titularidad a lo dispuesto en la ley o tratados que se acuerden. Por otro, en sentido opuesto, cabría la posibilidad de efectuar una interpretación amplia, que a su vez, ha sido avalada por el propio Tribunal Constitucional, partiendo de la percepción de que dicha remisión al legislador no implica desconstitucionalizar los derechos fundamentales de los extranjeros en España, sino que las personas extranjeras podrán ser titulares del conjunto de derechos reconocidos en el Título I del texto constitucional, y dependerá del legislador que el ejercicio de los mismos se reconozca en mayor o menor grado de equiparación con los españoles, todo ello tomando siempre en consideración las limitaciones contenidas en el artículo 10 CE. Dicho lo cual, cabe concluir que el artículo 13 CE ni puede ni debe ser interpretado de manera aislada.

A la vista de la evolución que ha venido experimentado el fenómeno migratorio en España y a tenor de las dimensiones que éste ha ido adquiriendo con el transcurrir de los años, se ha propiciado la introducción de múltiples reformas legislativas. La primera

11. Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: "Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes", en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.):

*Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 209-210.

12. Sobre esta cuestión véase al respecto: Martínez Abascal, V. A.: "Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008.

regulación en materia de inmigración y extranjería en España data de 1985 y se concretó en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. A este respecto sería conveniente tener en cuenta el contexto en el que surge dado que por aquella época España entra a formar parte de la Unión Europea, lo que supuso el cumplimiento de una serie de requisitos. En esencia, esta primera regulación jurídica del estatuto de los extranjeros en nuestro país se caracterizó por ser una ley inflexible y rígida, debido fundamentalmente a su inclinación hacia la dispensa de un tratamiento de carácter policial del fenómeno migratorio, abordándolo desde una perspectiva coyuntural<sup>13</sup>.

Además, fue una ley claramente restrictiva en materia de derechos humanos y derechos fundamentales. Tal es así, que el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio establecía lo siguiente: “los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y que tendrán una duración máxima de cinco años”. A fin de complementar lo dispuesto en este precepto legal, se tenía en cuenta el artículo 71.2 del Real Decreto 155/1966, a merced del cual ningún empresario podía contratar a un extranjero que no tuviera autorización para trabajar en España, salvo que haya sido exceptuado de la obligación de preverse de dicho permiso de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica 7/1985.

A la vista de ello, en un primer momento, la jurisdicción social se mostraba mucho más proclive para declarar nulo de pleno derecho cuando concurrían tales circunstancias. En algunas ocasiones, la fundamentación jurídica esgrimida se sustentaba sobre la base de la falta de capacidad del trabajador extranjero en situación administrativa irregular para prestar válidamente su consentimiento [STS 5612/1986, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:1986:5612)], y otras, sin embargo, su justificación jurídica venía avalada mediante la contraposición de normas de carácter imperativas o de orden público [STS de 21 de marzo de 1997 (R) 1997, 3391)].

No obstante, con el fin de evitar el enriquecimiento injusto por parte del empresario se recurría a la aplicación del artículo 9.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) para brindarle al trabajador la posibilidad de exigir a cambio de los servicios prestados la remuneración que correspondería si el contrato fuera considerado válido.

De conformidad con la argumentación jurídica esgrimida en la archiconocida sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:107) sobre la problemática que suscita la cuestión relativa a la titularidad y ejercicio de los derechos y, en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, es que hay que distinguir entre los derechos que corresponden por igual a españoles y

13. Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á.: “El modelo de protección jurídico-legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, en Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010, pp. 2 y ss.

extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos al tratarse de derechos que son los que pertenecen a la persona y no como ciudadanos (STC 91/2000), por tanto, son derechos inherentes a la dignidad humana, que conforme al art. 10.1 de la CE es el fundamento del orden político español (SSTC 99/1985 y 130/1995) y que, además, como ya se ha dicho y ahora se reitera, están sometidos al canon hermenéutico consagrado en el artículo 10.2 CE (SSTC 78/1982; 84/1989; 139/1989, 236 y 259/2007). Hay que tener en cuenta que la dignidad humana impone el reconocimiento a toda persona con independencia de la situación administrativa en la que se encuentre (art. 10 CE), con lo cual, constituye un mínimo infranqueable por imperativo constitucional. Por otro lado, están los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (para ello se remite a los derechos reconocidos en el artículo 23 CE, según lo dispuesto en artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); la existencia de aquellos derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Bajo este planteamiento y en aras a solventar la cuestión controvertida, entendió que constitucionalmente no resultaba exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo y ante la ausencia de un tratado, ya sea multilateral o bilateral, que así lo disponga. De modo que, la existencia de una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución Española. Por consiguiente, la desigualdad resultante en relación a los españoles no cabe ser entendida inconstitucional, y no porque encuentre justificación en razones atendibles, sino porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato<sup>14</sup>.

Pese a los inconvenientes que venían planteándose durante la vigencia de esta primera Ley sobre extranjería e inmigración, fue determinante el papel que desempeñó el Tribunal Supremo en aras al reconocimiento del derecho a percibir la prestación por desempleo a los inmigrantes con permiso de residencia en España, aun habiendo expirado el permiso para trabajar, en este sentido cabe mencionar la STS de 21 de diciembre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:8668); la STS de 25 de septiembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:10682). En líneas generales, el TS entendía la autorización administrativa como técnica de intervención pública perteneciente al tipo de la denominada actividad administrativa de limitación. A su vez, ésta se define por la doctrina científica como la que, de conformidad con la ley, opera en el ámbito de la restricción de la libertad de los particulares, pero sin sustituir la actividad de éstos, y presenta distintos grados. Por un lado, la denominada técnica autorizatoria, que debe ser diferenciada de la prohibición absoluta, y suele manifestarse de dos formas, en primer lugar, como un acto de naturaleza administrativa que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de policía (es decir, prohibición con reserva de autorización) o como con-

14. *Vid.* Díaz Aznarte, M. T.: "El trabajador extranjero en situación administrativa irregular", en Monereo Pérez, J.L., Triguero Martínez, L. Á. y Fernández Avilés, J. A. (coords.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010, pp. 407 y ss.

trol meramente declarativo para el ejercicio de un derecho o facultad ya preexistente. No obstante, aunque se admite que en el caso del permiso de trabajo estamos ante la primera modalidad de intervención, la misma no puede confundirse con una prohibición entendida en términos absolutos, de forma que impida el trabajo y elimine la situación de desempleo, dado que el trabajador extranjero puede continuar en el territorio español si dispone del permiso de residencia; también puede buscar otro empleo y, en ese caso, puede solicitar el permiso de trabajo. En consecuencia, no elimina de forma absoluta la posibilidad de trabajo y, por ende, resulta apreciable la existencia de una posible situación de desempleo.

A la vista de lo ya expuesto, el Tribunal Supremo contribuyó a flexibilizar el requisito de la autorización administrativa<sup>15</sup>. Asimismo, cabe anotar que a partir de esta jurisprudencia se consolidó el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros extracomunitarios residentes en España en materia de prestaciones por desempleo en el nivel contributivo.

La aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, supuso un giro absoluto porque rompe con la lógica policial predicada y aplicada hasta esa fecha por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. Con motivo de su aprobación se incorporaron las políticas destinadas a conseguir una integración social plena y efectiva, tal es así que se agregó a la propia denominación de la esta ley, lo cual, ya es bastante indicativo<sup>16</sup>. La LOEXIS optó por una ampliación considerable del conjunto de derechos fundamentales de los extranjeros como instrumento de liberalización social. Esta ley se caracterizó por ser más social, abierta y progresista, entre varias razones, debido a la necesidad de mano de obra en el momento de su aprobación, principalmente en sectores de la actividad económica tales como la agricultura, la construcción, el sector servicios, todo ello unido a la sensibilización del conjunto de la sociedad española, la baja tasa de natalidad existente en nuestro país, etcétera.

De su contenido cabe destacar un principio básico de la política migratoria (figura en quinto lugar en el artículo 2 bis LOEXIS) como es el reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones para aquellos extranjeros inmigrantes que residen o trabajan legalmente en nuestro país, sobre la base del principio de no discriminación. El propósito de este principio básico es proteger a los extranjeros en relación a los ciudadanos nacionales y comunitarios, garantizando una igualdad de derechos como elemento clave para la consecución de su integración social. Bajo tales premisas, la política de inmigración y su conjunto de acciones deben funcionar como un instrumento político-jurídico cuyo cometido principal es la consecución de la igualdad de

15. Para conocer la repercusión de las autorizaciones administrativas a la hora de reconocer o no los derechos a las personas extranjeras véase al respecto el interesante artículo de Valdueza Blanco, M. D.: "Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales", ob. cit., pp. 167-204.

16. Ramos Quintana, M. I.: "Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida", *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008, pp. 45 y ss. Véase al respecto Ramos Quintana, M. I.: "El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social", en Aja Fernández, E. (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

trato y no discriminación en materia de derechos a este sector poblacional sobre la base de los términos previstos en la ley y para aquellos que se encuentren en situación administrativa regular en España (es decir, con las pertinentes autorizaciones de residencia y trabajo). Ahora bien, desde una perspectiva jurídico-protectora de la política de inmigración, este planteamiento no responde completamente a la realidad social, pues carece de una mención expresa referida a los extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular en nuestro país. A este respecto, conviene recordar que dicha situación irregular en términos administrativos puede tener causa desde el mismo momento en el que se produce la entrada a territorio español fuera de los cauces previstos para ello o bien puede originarse después de haber estado en situación administrativa regular durante un periodo de tiempo anterior. De este modo se origina una fractura social como consecuencia de un trato discriminatorio y desigual que genera, a su vez, una brecha de tratamiento diferenciado, desde el punto de vista jurídico-legal, a unas mismas personas, pero con diferente condición administrativa, lo cual termina revelando una clara y manifiesta involución desde el punto de vista de la política de inmigración, contraviniendo la propia lógica imperante con la que se aprobó la LOEXIS y las demás reformas introducidas<sup>17</sup>.

Asimismo, resulta remarcable la garantía del ejercicio de los derechos humanos fundamentales en concordancia con la Constitución, las leyes y los tratados internacionales (principio sexto ex artículo 2 bis LOEXIS). Por tanto, se configura como un principio político-jurídico de carácter garantista que integra de manera explícita la vertiente relativa al ejercicio de los derechos, e implícitamente también conecta con la titularidad. En este sentido, conviene recordar que precisamente este fue uno de los principales motivos que determinaron la aprobación de esta ley, adecuar la regulación en materia de titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales reconocidos a todas las personas, dado que el marco legal precedente restringía su ejercicio, afectando principalmente a los extranjeros en situación administrativa irregular. Esta situación se prolongó hasta la resolución de los recursos de inconstitucionalidad dilucidados en la STC 236/2007, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TC:2007:236) y en la STC 259/2007, de 19 diciembre (ECLI:ES:TC:2007:259). A la vista de ello, hay que concluir que este principio político-jurídico de carácter garantista no solo vino a consolidar y reafirmar una de las motivaciones técnicas de la reforma acometida, sino que vino a extender los derechos de la ciudadanía a este colectivo. Por tanto, la doctrina del TC ha tenido un papel central en la configuración de nuestro modelo garantista de atribución de los derechos fundamentales a las personas inmigrantes y, muy en particular, estas dos sentencias. Todo ello en cumplimiento de los mandatos constitucionales y, en concreto, al amparo del canon interpretativo de apertura al sis-

17. Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L.Á.: "Ordenación normativa e institucional del trabajo de los extranjeros en España: una reflexión crítica", en Fernández Avilés, J. A. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, pp. 383 y ss.; Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L.Á.: "El Derecho regulador de las migraciones en España: Análisis sistemático desde la vinculación político-jurídica entre migración y mercado de trabajo", en Monereo Pérez, J. L. (dir.): *El derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Comares, Granada, 2013, pp. XIII y ss.

tema multinivel de garantía de los derechos humanos fundamentales contenido en el artículo 10.2 CE<sup>18</sup>.

Al hilo de lo recién señalado, conviene recordar el carácter universal de los derechos humanos y la necesidad de ajustarse a los estándares mínimos internacionales por parte de nuestro derecho interno, de ahí que, los individuos pasan a ser sujetos de derecho internacional. De modo que, se han de respetar los mínimos internacionales establecidos en la Declaración Internacional de los Derechos Humanos (1948), en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (1966), en la Carta Social Europea (1961), etcétera.

El contenido del artículo 36.3 LOEXIS supuso un avance significativo porque fue el primer paso que se dio a nivel legislativo para que un contrato de trabajo celebrado por un extranjero en situación administrativa irregular en España sea reconocido como válido, lo que conlleva aparejado una serie de implicaciones que no fueron concretadas.

Desde el punto de vista de la doctrina científica, a pesar de estos importantes avances, había una vertiente que mantuvo firme su posicionamiento a la hora de considerar que este hecho no suponía un obstáculo para que un contrato de trabajo celebrado por un trabajador extranjero carente de las autorizaciones administrativas pertinentes sea declarado nulo de pleno derecho. Sin embargo, otros sectores de la doctrina consideraban que por esta nueva vía el legislador ofrecía la posibilidad de que el contrato de trabajo, bajo estas circunstancias concretas, pudiera ser considerado válido. En última instancia, estaban quienes se decantaban por la declaración de nulidad de pleno derecho o por la validez según las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Sea como fuere, no solo han coexistido diversas posturas en torno a la declaración de la nulidad o validez del contrato de trabajo suscritas en tales circunstancias, sino también en cuanto al alcance de los derechos. En este sentido, había quienes optaron claramente por una interpretación extensiva y otros, sin embargo, se mostraban partidarios de adoptar una interpretación de índole más restrictiva. Lo cierto es que estas divergencias de opiniones terminaron incidiendo negativamente sobre el principio de seguridad jurídica.

Dicho esto, con la entrada en vigor de esta ley se reconoció a los extranjeros residentes en España la posibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo en el nivel no contributivo del sistema público de Seguridad Social, reafirmando, de este modo, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo<sup>19</sup>.

18. Véase el completo estudio de Monereo Pérez, J. L.: *La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009; Monereo Pérez, J. L.: "El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160, 2013, pp.17-62; Monereo Pérez, J. L.: "Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 21, 2014, pp.143-194; Monereo Pérez, J. L.: "Niveles de protección (La garantía multinivel de los derechos fundamentales)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (dirs. y coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012; Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016.

19. Vid. De la Casa Quesada, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.

Según el reconocimiento expreso contemplado en el artículo 14.1 LOEXIS, los extranjeros residentes en territorio español tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, por consiguiente, solo beneficiaría a los extranjeros que tienen una autorización para residir en España y, en consecuencia, quedarían excluidos de este ámbito de protección los extranjeros que se encuentren en situación administrativa irregular<sup>20</sup>. De esta manera, se abunda en el debilitamiento de la posición jurídica de los trabajadores inmigrantes en situación irregular, que son precisamente, los más vulnerables.

En cambio, en el apartado tercero del artículo 14 LOEXIS dispone que los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, por tanto, los inmigrantes que se encuentran en situación administrativa irregular tienen derecho a la cobertura de situaciones de necesidad básicas.

A este respecto, la noción de asistencia social<sup>21</sup> ha sido delimitada por el propio Tribunal Constitucional, como el conjunto de acciones y técnicas de protección fuera del sistema público de Seguridad Social, con una serie de caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella, en este sentido, cabe referenciar la STC 146/1986, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TC:1986:146).

En la misma lógica, cabe destacar la STS de 7 de octubre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:6101) en la que se pone de manifiesto la tendencia progresiva hacia la protección social cuando se prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, en virtud de lo estipulado en las Leyes Orgánicas 4 y 8 de 2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que a su vez responde a las obligaciones contraídas a través de los tratados y convenios suscritos por España, así como de conformidad con la declaración de principios rectores de la política social contenidos en el artículo 41 CE, sobre el régimen público de Seguridad Social. Es por ello que, en el caso que se dirime en la sentencia referenciada, concluye que el trabajador extranjero hispanoamericano está incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo, dado que su país de origen ratificó el Convenio núm. 19 de la OIT y al estar también ratificado por España obliga a este miembro a conceder a los nacionales del otro Estado, que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquel, el mismo trato que otorgue a sus nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo. Ello conlleva la aplicación de lo dispuesto en la Orden de 28 de diciembre de 1966 y Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968 en relación con el artículo 7.1 LGSS en su versión de 1994.

20. Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: "Artículo 14: Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales", en Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (dirs.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001, pp. 253-265; Olarte Encabo, S.: "Extranjeros sin permiso de trabajo. Responsabilidad empresarial en orden a prestaciones por contingencias comunes. Especial referencia al desempleo", *Revista Actualidad Laboral*, núm. 13, 2006, pp. 1586 y ss.; véase el completo análisis de Olarte Encabo, S.: "La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social", *Revista Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993, pp. 547-570.

21. Marín Marín, J. y Gallego Moya, F.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 86.

En la misma línea, encontramos la STS de 9 de junio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:3940). En el supuesto concreto enjuiciado se reconoció el derecho a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas a un trabajador de nacionalidad ecuatoriana que se encontraba sin permiso de trabajo ni de residencia cuando desafortunadamente sufrió un accidente de trabajo.

En otro orden de consideraciones, tras un breve periodo de tiempo se produjo una contrarreforma mediante la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En líneas generales, esta ley se caracterizó por tratar por primera vez el fenómeno de la inmigración como estructural y permanente, aunque volvió a retomar el carácter restrictivo de la Ley de 1985.

Posteriormente, la reforma introducida por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, no afectó al tema de los derechos, pero sí al de los visados, residencia, trabajo y al contrato, este último declarándolo con plena efectividad en caso de trabajadores sin autorización para realizar actividad laboral.

Paralelamente, estas leyes han ido acompañadas de los correspondientes reglamentos de desarrollo que, en esencia, han pretendido fomentar la situación de regularidad de los inmigrantes, agilizar la tramitación administrativa y establecer una regulación diferenciada del cupo a cubrir de trabajadores extranjeros atendiendo a la situación del mercado de trabajo. Recientemente, con la entrada en vigor del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica 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 la Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, se introducen modificaciones que se concretan en: favorecer la permanencia de los estudiantes, incrementando las posibilidades de trabajar y atrayendo con ello talento internacional; actualiza las figuras de arraigo y de reagrupación familiar; se incorpora una nueva figura de arraigo por formación; se racionalizan los requisitos exigidos para los trabajadores autónomos procedentes de terceros Estados; se mejora la tramitación de contratación en origen mediante la incorporación automática al Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura; se mejora el modelo de migración circular, por un lado, dotando de mayor estabilidad a trabajadores y empresas, y por otro lado, se reducen las cargas administrativas; por último, se mejora la gestión administrativa y se mandata la creación de la Unidad de Tramitación de Expedientes de Extranjería (UTEX)<sup>22</sup>.

La reforma acometida a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, introdujo bastantes modificaciones y de considerable importancia. Todos estos cambios se pueden agrupar en dos grandes bloques en orden a su trascendencia y calado político, jurídico y social. Así pues, por un lado, encontramos grandes ejes formales y materiales sobre los que se ha fundamentado dicha reforma, especialmente en política de inmigración, reagrupación familiar y el estatuto de derechos. Por

22. <https://www.laboral-social.com/extranjeros-trabajadores-estudiantes-autonomos-autorizacion-trabajo-residencia-arraigo.html>

otro lado, estos cambios introducidos inciden en aspectos concretos relacionados con la transversalidad de la realidad social de la inmigración.

Sin embargo, en la STC 172/2020, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TC:2020:172) encontramos un planteamiento harto discutible y que supone un punto de inflexión en relación al modelo garantista tantas veces propugnado por el Alto Tribunal. Entre las múltiples cuestiones que dirime con motivo de la interposición del recurso de inconstitucionalidad planteado, destaca la interpretación sobre la disposición que establece un régimen especial de rechazo en frontera para Ceuta y Melilla. En concreto, los recurrentes impugnan la disposición final primera de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, por la que se introduce una disposición adicional décima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en los términos siguientes: «1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional». La argumentación que acompaña a la impugnación se sustenta en entender que se deja al libre arbitrio de la administración no solo el modo y los medios para realizar dichas actuaciones, sino su realización misma, habilitando una actuación imprevisible sin encaje constitucional (art. 9.3 CE). Entre los motivos que se arguyen destacan, entre otros, la vulneración o cercenamiento del derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías procesales reconocidas en el artículo 24 CE, en la medida en que se pretende habilitar una actuación independiente del derecho de todo ser humano a solicitar el auxilio judicial, al tiempo que se incurre en la negación de la potestad revisora de los tribunales de justicia reconocida en el artículo 106 CE, contraviene la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, además, los efectos perniciosos derivados de la disposición impugnada se agravan en aquellos supuestos en los que se ven afectados colectivos o personas especialmente vulnerables como, por ejemplo, sucede en el caso de menores, por último, entienden que por esta vía se impide el acceso al derecho de asilo contemplado en el artículo 13.4 CE. Por todo lo expuesto, la parte recurrente concluye que la disposición adicional es contraria a los citados preceptos constitucionales.

Sin embargo, el TC desestima el recurso de inconstitucionalidad al entender que el régimen de «rechazo en frontera» previsto específicamente para Ceuta y Melilla en la referida disposición adicional no incurre en inconstitucionalidad, aunque no sin matices relevantes. Dicha apreciación deriva de considerarla desde un punto de vista abstracto y, además, a la vista de lo dispuesto en el apartado segundo, la actuación ha de llevarse a cabo con las garantías previstas en las normas, acuerdos y tratados internacionales suscritos por España. Además, añade que en el marco de la actuación de «rechazo en frontera», los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, tales como, por ejem-

plo, en el caso de menores de edad y muy especialmente cuando no se encuentren acompañados por sus familiares, debiendo velar por la salvaguardia de los derechos reconocidos en el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, así como en los casos de personas discapacitadas, mujeres en estado de gestación y personas de avanzada edad. Por último, en cuanto al derecho de asilo previsto en el artículo 13.4 CE, el TC entiende que la disposición adicional 10ª LOEXIS en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de asilo, dado que se limita a indicar dónde se han de formalizar las solicitudes, en concreto, en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla, y que los medios para acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español no solo deben existir sino también ser efectivos. Concluye desestimando su inconstitucionalidad.

Por último, la posición del voto particular es radicalmente distinta, al estimar de manera contundente que la devolución en frontera criminaliza al migrante en situación administrativa irregular y la sentencia supone un impedimento, *de facto*, para defender los derechos humanos de los que es titular (disposición final 1ª de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana). Por otra parte, señala que no se ha tenido en cuenta el contexto en el que se aprobó y del que se extrae su originaria finalidad de prescindir de todo tipo de procedimiento, conclusión que se ve reforzada con la ausencia de una referencia a la necesidad de desarrollo de un procedimiento y, además, con la evidencia de que, a pesar del tiempo transcurrido, aún no se ha establecido ningún desarrollo reglamentario que lo regule.

La opinión mayoritaria ha concluido que este precepto es constitucional pero condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos concretados en la aplicación a las entradas individualizadas, pleno control judicial y cumplimiento de las obligaciones internacionales. Por consiguiente, el fallo implica, por un lado, declarar constitucional una regulación legal singularizada de la devolución de las personas interceptadas en las vallas de Ceuta y Melilla siempre que se cumplan las condiciones ya señaladas y, por otro lado, desautoriza el rechazo en frontera si se desarrolla sin control judicial y respeto a las obligaciones internacionales. En este punto, la magistrada disidente lo considera paradójico porque precisamente la disposición impugnada imposibilita tanto el control judicial de las devoluciones como la posibilidad de ajustarse a los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por el Estado español. Por otro lado, aunque la opinión mayoritaria se remite al razonamiento contenido en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) de 13 de febrero de 2020 sobre el asunto N.D. y N.T. contra España (Demandas nº 8675/15 y 8697/15)<sup>23</sup>, en concreto, a la condición para considerar que las devoluciones se ajustan a las exigencias del art. 4 del Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación a la prohibición de las devoluciones colectivas, que el intento de acceso al territorio español sea prevaleciendo de su gran

23. <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20de%20Gran%20Sala%20en%20N.D.%20y%20N.T.%20v.%20Espa%C3%B1a.pdf>.

número y del uso de la fuerza, la sentencia sostiene que no es necesario que se aprecien estas circunstancias para aplicar el precepto impugnado, sino que basta con que se sorprenda en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla cualquier intento de entrar en España por cualquier persona individualmente considerada. Ello supone una ampliación a supuestos no autorizados por la jurisprudencia del TEDH y, en consecuencia, contradice el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Por su parte, la argumentación desarrollada por la opinión mayoritaria sobre este particular considera que el «rechazo en frontera» es una actuación material de carácter coactivo, cuya finalidad no es otra que la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida. La magistrada disidente entiende que dicha categorización alcanzaría al acto de interceptación de la persona que intenta saltar la valla, pero, en ningún caso, al acto posterior de su entrega física.

Desde la perspectiva constitucional, la singularidad de la ubicación geográfica de Ceuta y Melilla podría ser un elemento justificativo para un procedimiento de devolución especial en la legislación de extranjería. Ahora bien, no existe justificación constitucional alguna para que la restauración de la legalidad migratoria transgredida se efectúe prescindiendo completamente de un mínimo procedimiento y del debido respeto a las garantías esenciales. La grandeza del sistema de libertades y de derechos humanos, como elemento material necesario para identificar un régimen como democrático, consiste, entre otras cosas, en el respeto a unas mínimas garantías procedimentales. Partiendo de esta premisa, no se alcanza a entender cómo es posible conjugar la idea de que el rechazo en frontera no requiere de un procedimiento y unas mínimas garantías. Bajo tales coordenadas, no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), mediante un posterior control judicial de dicha actuación. A la vista de ello, tampoco es posible garantizar ni los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), ni el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). En virtud de ello, habría que declarar la inconstitucionalidad y nulidad del precepto impugnado.

Otra de las cuestiones fundamentales sobre la que se discute es sobre el deber que se desprende de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, de prestar especial atención a las personas especialmente vulnerables por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad, sin explicar de qué modo puede hacerse efectivo dicho cumplimiento en ausencia de un procedimiento y unas garantías mínimas. A este respecto, conviene recordar que se dan situaciones de especial vulnerabilidad que no tienen por qué ser fácilmente aprehensibles, y para cuya identificación sería preciso desarrollar un procedimiento con las garantías suficientes que responda a esas necesidades de identificación. Solo hay que pensar en situaciones tan diversas como, por ejemplo: una víctima de trata de seres humanos o de otras violencias de género o simplemente en el caso de un menor de edad que no tenga apariencia de tal. Por todo ello, cabe concluir que la ausencia de apariencia o evidencia de la situación de especial vulnerabilidad no priva a la persona de la protección constitucional que le debe, en todo caso, ser dispensada. Sin embargo, el rechazo en frontera en-

tendido en los términos ya descritos, impide no solo la exigible actitud proactiva de la administración pública en la identificación de esas situaciones sino, lo que es aún más grave, imposibilita la alegación de la persona afectada de su condición de vulnerabilidad. En consecuencia, la disposición final 1ª por la que se introduce la disposición adicional 10ª en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, debería haber sido declarada inconstitucional y nula de pleno derecho.

Así pues, una interpretación permisiva en los términos exactos planteados podría limitar seriamente el alcance protector de la prohibición de las denominadas «devoluciones en caliente o en frontera» cuya finalidad principal no es otra que garantizar los derechos fundamentales de las personas migrantes que pretenden entrar ilegalmente en un Estado, de ahí la importancia de velar por el cumplimiento del estándar de garantía multinivel de los derechos fundamentales porque, de lo contrario, podría suponer *de facto* una privación de los mismos<sup>24</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE MEJORA DESDE LA ÓPTICA GARANTISTA DE UNA CIUDADANÍA SOCIAL INCLUSIVA

A la vista de lo hasta aquí expuesto, es evidente la necesidad de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la nueva y cambiante realidad migratoria, pues presenta unas características y plantea unos retos diferentes. Partiendo de la premisa básica de que la inmigración es un fenómeno social que se torna cada vez más complejo en su propia fisonomía, multifactorial, de profundas connotaciones y repercusiones, en todo caso, a pesar de ello no puede suponer desatender este desafío inexorable de readaptación y, al mismo tiempo, cumplir con esta gran responsabilidad social que, en definitiva, nos concierne a todos. Para empezar, el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales es prioritario para contribuir de manera decisiva al desarrollo individual y colectivo de las personas, colocando la dignidad de la persona en el centro neurálgico.

En cualquier caso, no se puede desconocer que el fenómeno migratorio tiene un gran impacto social, económico, cultural de dimensiones estructurales y no meramente coyunturales. Las reflexiones anteriores nos sitúan en la necesidad de adaptar el actual marco normativo mediante la innovación de sus criterios de regulación, garantizando cierta estabilización del modelo de regulación que evite una excesiva exposición a variaciones de factores coyunturales que merman el principio de seguridad jurídica. Sin perder de vista esa necesaria estabilización en términos jurídicos, hay que dejar que el propio transcurso del tiempo, su vigencia, la política jurídica resultante, así como la valoración de su adecuación a la realidad, terminen enjuiciando su idoneidad o no.

24. Véase al respecto Fernández Pérez, A.: “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, *Diario La Ley*, núm. 8382, 2014; Soler García, C.: “La prohibición de las expulsiones colectivas de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018, pp.107-160.

En líneas generales, la cuestión social de la inmigración requiere una regulación bastante más ambiciosa, afianzando y potenciando la integración social como elemento nuclear. Este planteamiento exige, por un lado, la defensa de los derechos humanos fundamentales –civiles, sociales y políticos– y, por otro lado, fomentar una actitud pro-activa de los poderes públicos en todos los niveles –desde el Gobierno central, pasando por las Administraciones Públicas tanto autonómicas como locales– para propiciar una efectiva y plena integración de las personas inmigrantes en España, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social.

En este sentido, las consideraciones propositivas han de ir claramente orientadas hacia la consecución de la integración social como eje principal; junto con medidas de control y preservando la canalización legal y ordenada de los flujos migratorios como cuestiones prioritarias para articular una adecuada política inmigratoria en el marco de nuestro derecho interno y, al mismo tiempo, acorde con la política comunitaria de inmigración; estrechar las relaciones de cooperación con los países de origen y tránsito; y reforzando la coordinación de las actuaciones entre las diferentes Administraciones Públicas competentes.

Hay que continuar transitando, con determinación, por la senda del orden jurídico internacional que, como bien es sabido, propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental para cualquier Estado de Derecho. De ahí la importancia de la función hermenéutica que tiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España, a la hora de concretar el contenido relativo a los derechos fundamentales, junto con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (1950), cuyo cumplimiento se encuentra sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por tanto, como premisa argumentativa a subrayar, en cuanto a los derechos inherentes a la dignidad de la persona solo cabe establecer condicionante en cuanto a su ejercicio siempre que no impliquen una privación del mismo, para ello, se ha de respetar el contenido que lo hace reconocible como tal, con independencia de la situación administrativa en la que se encuentre la persona inmigrante. Siendo ésta, además, la argumentación jurídica que arguye el Alto Tribunal, como ha quedado reflejado en numerosos pronunciamientos en los que reitera su posicionamiento, como sus archiconocidas sentencias 236 y 259 ambas del año 2007. Este posicionamiento y fundamentación jurídica nos lleva precisamente a apreciar su acierto a la hora de situar la dignidad humana como elemento nuclear de salvaguarda, lo que hace que tengan el carácter de derechos fundamentales y, por ende, se alcen como expresión máxima de los derechos humanos, así como el papel determinante y clarificador a la hora de precisar el contenido de esta categoría de derechos.

En cualquier caso, a pesar a la multidimensionalidad y complejidad que entraña el abordaje de la inmigración y la extranjería, se debería tener una mayor consideración y concienciación del origen y los motivos que desencadenan los movimientos migratorios así como de las desigualdades sociales, y es por ello por lo que no podemos olvidarnos de lo más básico, me refiero a su dimensión humana, porque se aborde

desde la perspectiva que se aborde, no dejan de ser personas cuya principal aspiración no dista tanto de la que tenemos cualquiera de nosotros y no es otra que tener una vida digna. Teniendo como referencia este paradigma, este debe ser el punto de partida y el enfoque de las políticas y legislaciones sobre esta materia combinado con la preservación del orden y control de los flujos migratorios desde un planteamiento social nada excluyente ni fragmentador. En atención a estos postulados, es fundamental garantizar la universalidad de los derechos humanos fundamentales de toda persona y adoptar una concepción desmercantilizadora del trabajo en régimen de igualdad y libertad, en línea con el trabajo decente que, a su vez, permita potenciar su papel como elemento esencial de integración.

A este respecto, debería imperar la mera condición de persona que trabaja y su lugar de residencia real, de tal forma que, el trabajo se constituye como un elemento superador, es decir, con independencia de la situación administrativa, de tal modo que, se reconozcan los derechos individuales, colectivos y de protección social. Se trata de proporcionar un mínimo estatuto protector, superando la visión instrumental de las personas inmigrantes a través del reconocimiento de este conjunto de derechos sociales de ciudadanía. De este modo, el diseño de las políticas jurídicas en materia de inmigración se asentaría sobre la base de una ciudadanía social y bajo los principios de igualdad, solidaridad y justicia social, sin dispensar un tratamiento discriminatorio en función de la situación administrativa. En definitiva y con esto concluyo, sería conveniente afrontar la inmigración desde la óptica de la ciudadanía social inclusiva en clara sintonía con el marco de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro.

## Bibliografía

- Aja Fernández, E. (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Ceinos Suárez, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006.
- Amaadachou Kaddur, F.: "La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho, pero no de derecho?", *Temas Laborales*, núm. 110, 2011.
- Charro Baena, P.: "El derecho a la Seguridad Social de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional", en Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L.Á. (dirs. y coords.): *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho*, Comares, Granada, 2016.
- De la Casa Quesada, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2008.
- Díaz Aznarte, M. T.: "El trabajador extranjero en situación administrativa irregular", en Monereo Pérez, J. L.; Triguero Martínez, L. Á. y Fernández Avilés, J. A. (coords.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010.
- Fernández Avilés, J. A. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011.
- Fernández Collados, B.: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Laborum, Murcia, 2008.

- Fernández Pérez, A.: "La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías", *Diario La Ley*, núm. 8382, 2014.
- González Ortega, S.: "El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes", en González Ortega, S. (coord.): *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Jover Gómez-Ferrer, R.; Ortega Carballo, C. y Ripol Carulla, S.: *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- López Insua, B. M.: "El derecho a las prestaciones por desempleo de las personas inmigrantes", *Lex Social: Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 11, 2021.
- Marín Marín, J. y Gallego Moya, F.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- Martínez-Abascal, V. A.: "Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena", en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008.
- Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (dirs. y coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.
- Monereo Pérez, J. L.: "El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160, 2013.
- Monereo Pérez, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Laborum, Murcia, 2019.
- Monereo Pérez, J. L.: *La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- Monereo Pérez, J. L.: "Niveles de protección (La garantía multinivel de los derechos fundamentales)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (dirs. y coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.
- Monereo Pérez, J. L.: "Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 21, 2014.
- Monereo Pérez, J. L. (dir.): *El derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Comares, Granada, 2013.
- Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley, Madrid, 2010.
- Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: "Artículo 14: Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales", en Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (dirs.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: "Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes", en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (dirs.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001.
- Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.

- Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008.
- Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á.: "El Derecho regulador de las migraciones en España: Análisis sistemático desde la vinculación político-jurídica entre migración y mercado de trabajo", en Monereo Pérez, J. L. (dir.): *El derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Comares, Granada, 2013.
- Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L.Á.: "El modelo de protección jurídico-legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre", en Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada, 2010.
- Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á.: "Ordenación normativa e institucional del trabajo de los extranjeros en España: una reflexión crítica", en Fernández Avilés, J. A. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011.
- Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á. (dirs. y coords.): *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho*, Comares, Granada, 2016.
- Olarte Encabo, S.: "Extranjeros sin permiso de trabajo. Responsabilidad empresarial en orden a prestaciones por contingencias comunes. Especial referencia al desempleo", *Revista Actualidad Laboral*, núm. 13, 2006.
- Olarte Encabo, S.: "La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social", *Revista Actualidad Laboral*, núm. 3, 1993.
- Ramos Quintana, M. I.: "Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida", *Revista de Derecho Social*, núm. 42, 2008.
- Ramos Quintana, M. I.: "El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social", en Aja Fernández, E. (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.: "La ley orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoco jurídico", *Migraciones. Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, núm. 7, 2000.
- Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.: "Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración", *Revista Migraciones*, núm. 4, 1998.
- Soler García, C.: "La prohibición de las expulsiones colectivas de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018.
- Taribini-Castellani Aznar, M.: "Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006.
- Taribini-Castellani Aznar, M.: *Reforma y Contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Triguero Martínez, L. Á.: *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- Valdés Dal-Ré, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- Valdúeza Blanco, M. D.: *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- Valdúeza Blanco, M. D.: "Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2003.



# Estudios jurisprudenciales



# Igualdad de trato y compatibilidad de pensiones de incapacidad conforme a la doctrina del TJUE

## EQUAL TREATMENT AND COMPATIBILITY OF INVALIDITY PENSIONS UNDER THE CJEU DOCTRINE

**Virgilio Téllez Valle**

Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Extremadura

[virgilio.tellez@seg-social.es](mailto:virgilio.tellez@seg-social.es)  0000-0002-3984-9082

Recibido: 05.10.2022 | Aceptado: 12.12.2022

### RESUMEN

La finalidad del presente trabajo es analizar la reciente sentencia del TJUE de 30/6/22 (asunto C-625/20) en la que se analiza, una vez más, el acomodo del sistema de pensiones español a la regulación europea en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En este caso, desde el particular ámbito de la normativa nacional que impide a los trabajadores percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes.

### ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse the recent ruling of the CJEU of 30/6/22 (case C-625/20) in which it analyses, once again, the compliance of the Spanish pension system with European regulations on equal treatment between men and women. In this case, from the particular scope of the national legislation which prevents workers from simultaneously receiving two total permanent invalidity pensions when they correspond to the same social security system, while allowing such accumulation when these pensions correspond to different systems.

### PALABRAS CLAVE

Discriminación  
Género  
Incompatibilidad  
Pensiones de incapacidad

### KEYWORDS

Discrimination  
Gender  
Incompatibility  
Invalidity pensions

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
  - II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO
  - III. MARCO NORMATIVO NACIONAL APLICABLE A LA INCOMPATIBILIDAD PLANTEADA
  - IV. LA DECISIÓN DEL TJUE
  - V. VALORACIÓN CRÍTICA
- Bibliografía

### I. INTRODUCCIÓN

Resulta indudable que el principio de igualdad entre hombres y mujeres, en cuanto supone la ausencia de toda discriminación, es transversal y debe aplicarse a todos los ámbitos de la sociedad, con especial determinación en los públicos, tal y como establece el artículo 15 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH). Por tanto, la propia configuración de nuestro sistema de Seguridad Social debe verse necesariamente influenciada por el mismo, de modo que las reformas que se vayan introduciendo se vean impregnadas por tal premisa para posibilitar su efectiva implantación. Y ello sin olvidar que el acervo comunitario incluye expresamente ese principio de igualdad en la materia que nos ocupa, concretándose en el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19/12/78, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social<sup>1</sup>.

A pesar del incuestionable avance que ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico en materia de igualdad de género, las bases de nuestro sistema de Seguridad Social no han sufrido un cambio significativo, pues sigue sustentado en un modelo tradicional y masculinizado de relaciones laborales, con un prototipo de relación laboral de carácter indefinido y a jornada completa que mantiene la brecha de género en el importe de las pensiones<sup>2</sup>.

Mientras culmina ese necesario camino de equiparación, el encaje del principio de no discriminación por razón de sexo en la proyecta normativa de seguridad social española está provocando pronunciamientos del TJUE, con recurrente frecuencia en los últimos tiempos, que dan respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas con especial protagonismo por los tribunales sociales españoles<sup>3</sup>, que vienen advirtiendo de la infracción de tal principio en una amplia variedad de aspectos relevantes de la

1. El principio de igualdad de trato, en sus distintas variantes (nacionalidad, sexo, residencia...) resulta además fundamental para garantizar el objetivo de libre circulación de trabajadores consagrado en la normativa comunitaria. Vid. Trillo García, A. R.: "La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del principio de igualdad de trato sobre las cláusulas anticúmulo en materia de pensiones", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, p. 251.

2. Villar Cañada, I. M.: "¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1, 2020, pp. 289 y 290.

3. Ordóñez Solís, D.: "La igualdad de género, los jueces españoles y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 4/2019, p. 5 del documento electrónico (BIB 2019\1974).

estructura prestacional<sup>4</sup>. Analizamos el último de ellos que, si bien no tiene ni por asomo la afectación general del conocidísimo asunto del complemento de maternidad del artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS)<sup>5</sup>, sirve como un ejemplo más de la anticipada tendencia de tamizar por el filtro de la igualdad de trato cualquier posible disfunción advertida en el sistema.

## II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

Por resolución del INSS de 2/3/19 se reconoció a la interesada una incapacidad permanente total (IPT) derivada de enfermedad común para su profesión habitual de auxiliar administrativa, ejercida entre mayo de 1989 y abril de 1994 y conforme a las cotizaciones acreditadas en tal periodo en el Régimen General. Posteriormente, y desde febrero de 2015 la demandante causa alta en idéntico régimen como subalterna, dictando el INSS el 20/3/18 resolución por la que la declaraba en IPT para esa actividad, derivada de accidente no laboral, por lesiones diferentes a las que dieron lugar al primer reconocimiento y considerando las bases de cotización del periodo 2/15 a 1/17, si bien, la Entidad Gestora entendió, con apoyo en el artículo 163.1 LGSS, que las prestaciones reconocidas en 1999 y 2018 en el Régimen General eran incompatibles, por lo que resolvió que a la demandante le correspondía únicamente una de ellas.

Agotada la vía previa, se formula demanda ante la jurisdicción social esgrimiéndose que la resolución impugnada vulnera el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE y el artículo 5 de la Directiva 2006/54/CE, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, por cuanto que la referida incompatibilidad entre pensiones de incapacidad de un mismo régimen genera una discriminación indirecta por razón de sexo, al ser muy inferior proporcionalmente el número de mujeres afiliadas al RETA que el de hombres, lo que beneficia a estos por resultar admisible la compatibilidad entre pensiones de distintos regímenes.

El Juzgado de lo Social competente (número 26 de Barcelona) decide suspender el procedimiento y plantear cuestión prejudicial al TJUE acogiendo los argumentos de la demandante. Entiende que las dos prestaciones de IPT deben ser compatibles al haberse acreditado cotizaciones suficientes e independientes para su generación, más aun teniendo su base en distintas dolencias pues, lo contrario, supondría una

4. La mayoría de ellos, relacionados con la posición de las trabajadoras a tiempo parcial. Sin ánimo exhaustivo, STJUE de 22/9/12 (Asunto *Elbal Moreno* C-385/11); STJUE de 14/4/15 (Asunto *Calchadora Fernández* C-527/13); STJUE de 9/11/17 (Asunto *Espadas Recio* C-98/15) o STJUE de 8/5/19 (Asunto *Villar Láiz* C-161/18). Para un detallado análisis de las mismas, *vid.* Trillo García, A. R.: "La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del principio de igualdad de trato sobre las cláusulas anticúmulo en materia de pensiones", *ob. cit.*, pp. 262-274; y para una visión de su repercusión en la normativa nacional, Fernández Collados, M. B.: "Avances y retos pendientes en el derecho a la pensión de jubilación contributiva de los trabajadores a tiempo parcial", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019.

5. STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), que ha considerado tal complemento contrario al principio de no discriminación por razón de sexo por no permitir que se beneficien del mismo los varones.

discriminación indirecta por razón de sexo, habida cuenta que, si bien jurisprudencialmente se admite la compatibilidad si ambas IPT se han reconocido en diferentes regímenes (normalmente, Régimen General y RETA), tal compatibilidad, aparentemente neutra en cuanto al sexo, tiene una mayor incidencia sobre las trabajadoras, pues en el RETA estas representan únicamente el 36.15%, porcentaje que en modo alguno se corresponde con el volumen que supone la población femenina en el total nacional ni en el colectivo de personas activas.

### III. MARCO NORMATIVO NACIONAL APLICABLE A LA INCOMPATIBILIDAD PLANTEADA

Constituye un principio tradicional de nuestro sistema de Seguridad Social el de “pensión única”<sup>6</sup> o de incompatibilidad de pensiones dentro de un mismo régimen. Así se concreta para el Régimen General en el artículo 163.1 LGSS que otorga en tales supuestos el correspondiente derecho de opción.<sup>7</sup> Como nos viene indicando la jurisprudencia tal “[...] regla general de incompatibilidad es acorde con el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida”<sup>8</sup>, de modo que, en caso de concurrencia de pensiones lo “jurídicamente correcto” sería reconocer la nueva pensión, permitiendo así al interesado que ejercite el meritado derecho de opción reconocido.

La incompatibilidad declarada es, por tanto, una incompatibilidad exclusivamente interna, por cuanto que el ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema, de ahí que el TS haya venido defendiendo ya desde antiguo que no resulta extensible la misma extra muros de tal régimen, lo que ha llevado a considerar la expresa compatibilidad de pensiones causadas en diferentes regímenes<sup>9</sup>, por cuanto que si de los términos de las normas aplicables no puede establecerse la incompatibilidad entre prestaciones, ésta tampoco puede construirse a partir de una interpretación extensiva que establezca la exclusión de la concurrencia<sup>10</sup>; compatibilidad que, en todo caso, exige el cumplimiento de todos los requisitos exigibles en cada uno de los regímenes, especialmente el de carencia previa, por cuanto que la naturaleza contributiva de nuestro sistema de Seguridad Social determina que unas mismas cotizaciones no den origen a varias prestaciones de percepción simultánea, de modo que, la utilización de unas

6. Principio que se refiere al disfrute de una sola pensión de idéntica naturaleza y función análoga para un determinado estado de necesidad. Olarte Encabo, S.: “Comentario al artículo 122 de la Ley General de la Seguridad Social”, Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, p. 1146.

7. Regla general de incompatibilidad, a no ser que se disponga lo contrario, que resulta aplicable igualmente a los regímenes especiales. Para el supuesto más común del RETA, artículo 34 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto; para el Régimen Especial del Mar, artículo 18.1 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre; y para el Régimen Especial del Carbón, artículo 11.1 del Decreto 298/1973, de 8 de febrero.

8. SSTs de 19 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 825) y de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2345) entre otras muchas.

9. STS de 23 de julio de 1992 (RJ 1992, 5653).

10. Por todas, STS de 24 de julio de 1992 (RJ 1992, 5658).

cotizaciones para el reconocimiento de una determinada prestación, anula la posibilidad de ulterior reconocimiento y, precisamente por ello, la compatibilidad es plena cuando no existe reutilización de cotizaciones<sup>11</sup>. Sin embargo, aun cumpliéndose esa premisa, se consideran incompatibles si se causan en el mismo régimen sin ninguna argumentación que justifique la diferencia, más allá de la formalidad de pertenecer al mismo o diferente régimen de seguridad social<sup>12</sup>, de modo que podríamos afirmar que si el contenido del artículo 163.1 LGSS, en lugar de estar encuadrado en el Título II del texto legal aplicable al Régimen General, lo estuviese en el Título I, que recoge las normas generales del sistema de Seguridad Social, la incompatibilidad entre pensiones de incapacidad sucesivas sería completa, aun cuando se acreditasen los requisitos legales de acceso en cada momento.

En cualquier caso, la solución legal vigente viene apuntalada por el TC, que ha aclarado que la compatibilidad o incompatibilidad de pensiones es una cuestión de mera legalidad ordinaria, en relación con la cual ni siquiera cabe invocar los artículos 41 y 50 de la Constitución para obtener una determinada interpretación.<sup>13</sup>

Quedando claro por tanto que la jurisprudencia confirma la incompatibilidad de pensiones de incapacidad dentro del mismo régimen, vamos a continuación a esbozar, ante la falta de normativa sobre la cuestión, los criterios aplicables al modo de cálculo de la pensión de incapacidad a reconocer de modo sucesivo, respecto de la que pudiera optarse por mor de la referida incompatibilidad; esto es; bien por causarse en el mismo régimen, bien por generarse en diferentes regímenes sin cumplimiento separado de los requisitos en cada uno de ellos. O, dicho de otro modo, vamos a explicar de qué modo influyen los periodos cotizados en régimen de pluriempleo<sup>14</sup> o de pluriactividad<sup>15</sup> a la hora de conformar la correspondiente base reguladora.

Comenzando por los supuestos de pluriempleo, en los que, por tratarse de altas en el mismo régimen de seguridad social, siempre existiría incompatibilidad, resulta necesario distinguir en función del grado de incapacidad. Así:

11. STS de 12 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5252) con cita de la STS de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 7989), compatibilidad que se predica incluso aun cuando estemos ante el mismo cuadro patológico por tenerse en cuenta para la agravación dolencias ya valoradas en la incapacidad previamente reconocida en el otro régimen [STS de 14 de julio de 2014 (RJ 2014, 4057)].

12. Así se deduce de las siguientes SSTs: de 18 de julio de 2003 (RJ 2003, 8798) en el supuesto de dos incapacidades derivadas de accidentes de trabajo en el Régimen Especial del Carbón y de 5 de agosto de 2008 (RJ 2008, 2778) y de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2345), en el caso de dos IPT sucesivas, una derivada de enfermedad común y otra de accidente no laboral.

13. STC 375/93, de 20 de diciembre. (RTC 1993, 375), con cita de las SSTC 103/1984 y 121/1984.

14. Criterio de aplicación del INSS 1999/31. Recuérdese que conforme dispone el artículo 7.4.2ª del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, se entenderá por pluriempleo la situación del trabajador por cuenta ajena que preste sus servicios profesionales a dos o más empresas distintas y en actividades que den lugar a su alta en un mismo Régimen de la Seguridad Social.

15. Criterios de aplicación del INSS 2003-04/35 y 2005/12. Conforme dispone el artículo 7.4.1ª del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, se entenderá por pluriactividad la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social.

- Si se trata de una IPT y el trabajador se encuentra en situación de pluriempleo en la fecha del hecho causante y se conceda la incapacidad exclusivamente por una de las profesiones, para conformar la base reguladora durante el periodo en el que exista pluriempleo, se tomará como base de cotización la que se haya cotizado por la profesión por la que se le concede la pensión y, por el periodo en el que no exista tal pluriempleo, se tomarán las bases de cotización con independencia de la actividad que las haya generado, sea por la que se ha concedido la pensión o por otra actividad.
- Por el contrario, si se trata de una incapacidad permanente absoluta (IPA) o una gran invalidez (GI), la base reguladora se conformará con la suma de las bases de cotización en situación de pluriempleo, respetando en su caso, como no puede resultar de otro modo, el tope máximo de cotización.

En los supuestos de pluriactividad, debemos distinguir igualmente en función del grado de incapacidad reconocido. Así:

- Si se concede IPT para todas las actividades y se acreditan los requisitos en cada uno de los regímenes, se concederá una pensión por cada uno de ellos, conforme además ha venido confirmando la jurisprudencia referenciada *supra*. La base reguladora de cada pensión, como resulta lógico, se calculará computando exclusivamente las bases de cotización de cada régimen.
- Si se concede la IPT para todas las actividades, pero sólo se reúnen los requisitos en uno de los regímenes, se totalizarán todas las bases de cotización de los distintos regímenes.
- Si se concede la IPT sólo por una actividad con pluriactividad en el hecho causante, por ese periodo de pluriactividad se tomará como base de cotización la que se haya cotizado por la actividad por la que se conceda la IPT, mientras para el periodo que no exista pluriactividad, se tomarán las bases por las que se haya cotizado, con independencia de que la actividad que haya generado esa cotización haya motivado una IPT. Por último, de no constar pluriactividad en el momento del hecho causante pero sí con anterioridad, si en el periodo de cálculo de la base reguladora aparecen meses de pluriactividad, se sumarán todas las cotizaciones aun cuando la IPT se conceda por una sola actividad.
- Por el contrario, en los casos de IPA o GI, si se concede una única pensión la base reguladora se construirá con la suma de las bases de cotización de la situación de pluriactividad, respetando, en su caso, el tope máximo de cotización. Sin embargo, si se concede más de una pensión, cada régimen calculará la base reguladora, tomando sólo las cotizaciones de cada régimen.

De los criterios transcritos podemos deducir sin dificultad que el espíritu que preside los mismos es el de aprovechamiento o suma de cotizaciones cuando no pueden percibirse dos pensiones por mor de la incompatibilidad, tanto si nos encontramos en situación de pluriactividad como de pluriempleo y con independencia de los regímenes de encuadramiento.

## IV. LA DECISIÓN DEL TJUE

Antes de entrar de lleno en el fondo del asunto, el TJUE, acogiendo la postura del INSS, el gobierno español y la Comisión Europea, declara inaplicable al supuesto enjuiciado la Directiva 2006/54/CE<sup>16</sup> y sí, por el contrario, la Directiva 79/7/CEE, en particular su artículo 4.1, en virtud del cual el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial en lo relativo al cálculo de las prestaciones.

Siendo evidente que la normativa nacional no supone una discriminación directa por razón de sexo, por cuanto que se aplica indistintamente a trabajadores y trabajadoras, el debate se centra en determinar si puede considerarse una discriminación indirecta, entendida como aquella situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo en desventaja particular respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios<sup>17</sup>. Para ello, se afirma que la normativa nacional, que establece la frontera de la compatibilidad en el hecho de generarse las pensiones de incapacidad en regímenes diversos, es aparentemente neutra, si bien se admite que tal diferencia de trato favorece a quienes pueden acumular dos o más pensiones en diferentes regímenes, pudiendo al contrario provocar una desventaja en los que las obtienen en el mismo régimen.

Con apoyo en la definición anterior, el Tribunal analiza los datos aportados al respecto, por cuanto que se parte de la doctrina consolidada de que la desventaja particular que pone de manifiesto la discriminación indirecta puede acreditarse, entre otras formas, probando que la normativa en cuestión afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de otro<sup>18</sup>, para lo cual, el juez nacional debe confrontar las estadísticas que muestren que las proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta diferencia de trato entre trabajadoras y trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma. Y es en este extremo donde se plantea la verdadera solución al asunto planteado, pues existe discrepancia sobre la validez y efecto de los datos estadísticos incorporados a la causa. Así, el juez nacional se limita a aportar unos genéricos guarismos que muestran que las mujeres representan el 36% de los afiliados al RETA y el 48,09% en el Régimen General, lo cual, según su criterio, demostraría que el reconocimiento de la compatibilidad de prestaciones es mucho más factible en

16. Por cuanto que sólo sería aplicable a los regímenes profesionales de pensiones, que están incluidos en el concepto de "retribución" del artículo 157 TFUE y no a los regímenes legales que ofrecen protección contra los riesgos de vejez e invalidez, como el caso que nos ocupa, que estarían amparados por la Directiva 79/7/CEE.

17. En el modo en que es definida por la jurisprudencia comunitaria más reciente, contenida en la STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto *Villar Laiz* C-161/18), que se expresa en idénticos términos a los del artículo 2.1 de la Directiva 2006/54/CE y los del artículo 6.2 LOIEMH. Recuérdese que el concepto de discriminación indirecta no se concreta en la Directiva 79/7/CEE.

18. En tal sentido, SSTJUE de 14 de mayo de 2015 (Asunto *Cachaldora Fernández* C-527/13), apartado 28 y de 8 de mayo de 2019 (Asunto *Villar Laiz* C-161/18), apartados 37 y 38.

caso de los hombres que en el de las mujeres. Por el contrario, el INSS y el Gobierno español pusieron de manifiesto la falta de correlación directa entre la afiliación a un régimen concreto y la concesión del derecho a una pensión. Por su parte, la Abogacía General precisó aún más la cuestión, al entender que la comparación sólo debería efectuarse entre los trabajadores que cumplen los requisitos para la concesión de al menos dos pensiones de incapacidad permanente, pues sólo a ellos puede alcanzar la posible discriminación indirecta. Tal postura fue acogida por el Tribunal sentenciador para afirmar que, dentro del grupo así delimitado, debe determinarse, por un lado, la proporción de trabajadores a los que no se le permite acumular dichas pensiones respecto de los que sí pueden hacerlo, y, por otro lado, la misma proporción por lo que se refiere a las trabajadoras para, en último término, comparar entre sí esas proporciones y así poder apreciar la importancia de una eventual diferencia que pudiera advertirse. Para ello, requirió al INSS la aportación de concretos datos estadísticos que mostraban a fecha 10/11/21 que, en el caso de las mujeres, la ratio es de 1 a 1 entre las que tienen diversas incapacidades y han cotizado únicamente al Régimen General o a varios regímenes, mientras que, en el caso de los varones, tal ratio es de 1 a 2.

A pesar del proceloso detalle de esta última estadística, el TJUE no la considera suficiente, pues entiende que los datos aportados no indican el total de trabajadores perjudicados por la normativa nacional controvertida, ya que se centran en los afiliados al Régimen General frente a los que han cotizado a varios regímenes, sin efectuar el mismo cálculo respecto de los afiliados únicamente al RETA, régimen con un elevado número de afiliados, a los que se aplica la misma regla de incompatibilidad, lo que determina que la falta de tales datos pueda incidir en el cálculo final, pues “debe velarse porque los datos finalmente considerados al efecto sean suficientemente fiables y completos para establecer correctamente dichas proporciones”<sup>19</sup>. Por tanto, deja en manos del juez nacional llevar a cabo las comprobaciones oportunas para que finalmente, conforme a su competencia<sup>20</sup>, decida si existe una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, a menos que la normativa nacional estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación de tal tipo.

En relación con esa justificación, el INSS y el Gobierno español alegaron que la incompatibilidad estaba justificada por el objetivo legítimo de política social de preservar la viabilidad del sistema de Seguridad Social; sin embargo, tal argumento no se considera admisible por el Tribunal porque las consecuencias presupuestarias de la

19. Apartado 53 de la sentencia.

20. Constituye doctrina consolidada la que considera que la apreciación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación indirecta corresponde al órgano jurisdiccional nacional, con arreglo al propio Derecho nacional (STJUE de 3 de agosto de 2019, Asunto *Schuch-Ghannadan* C-274/18), al igual que la capacidad de apreciar en qué medida los datos estadísticos que se le someten son fiables y sí se pueden tomar en consideración (STJUE de 21 de enero de 2021, Asunto C-483/19). Es por ello por lo que el Tribunal de Justicia sólo debe proporcionar respuestas eficaces al remitente de la cuestión prejudicial, siendo por ello competente para dar indicaciones basadas en los autos y en las observaciones de las partes, que permitan al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución (STJUE de 24 de septiembre de 2020, Asunto C-223/19).

acumulación no difieren según se reconozcan en el mismo o diferente régimen, más aún cuando, como en el caso de autos, el trabajador afectado adquirió el derecho a sus dos pensiones considerando distintos periodos cotizados. De ello deduce que la normativa nacional controvertida no se aplica de manera coherente y sistemática, de modo que no puede considerarse adecuada para alcanzar el objetivo invocado<sup>21</sup>.

Habida cuenta las consideraciones anteriores, el TJUE concluye que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo<sup>22</sup>.

## V. VALORACIÓN CRÍTICA

La sentencia que comentamos constituye un ejemplo más de la aplicación por el TJUE de su doctrina sobre la discriminación indirecta por razón de sexo en materia de seguridad social que, como hemos esbozado en los apartados anteriores, se sustenta en la importancia de la fiabilidad y representatividad de los datos estadísticos, que deben ser suficientemente representativos de la lid planteada. Del mismo modo, debe hacerse hincapié en que es el juez nacional quien tiene la competencia para valorar tales aspectos y deducir la eventual existencia de la discriminación y, en su caso, la constatación de una justificación objetiva y razonable que ampare la normativa nacional.

En relación con la pertinencia de los datos estadísticos la sentencia comentada muestra la gran diferencia que existe entre los propuestos por el juzgado proponente de la cuestión prejudicial, los considerados oportunos por el Abogado General y los finalmente considerados por el Tribunal sentenciador. Ello nos demuestra la capital

21. Apartados 64 y 65 de la sentencia/.

22. Al momento de terminar estas líneas todavía no había dictado sentencia el Juzgado de lo Social, a quien corresponde dar una respuesta acorde con el derecho de la Unión Europea conforme a los instrumentos mostrados por el TJUE. En el trámite de alegaciones facilitado, el INSS ha propuesto que el Juzgado le requiera la aportación de los siguientes datos en una serie histórica de 5 años:

-Número de trabajadores y trabajadoras del Régimen General y del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que en principio pudieran tener derecho a dos pensiones con abstracción de la eventual incompatibilidad.

-Del total de trabajadores y trabajadoras así determinados, debe concretarse por un lado la proporción de trabajadores a los que no se les permite acumular dichas pensiones de acuerdo con lo establecido en los artículos 163 LGSS y 34 del Decreto 2530/1970.

Del total de trabajadores y trabajadoras así determinados, debe concretarse por otro lado la proporción de trabajadoras a las que no se les permite acumular dichas pensiones de acuerdo con lo establecido en los preceptos anteriormente mencionados.

relevancia del factor estadístico a la hora de establecer la existencia de discriminación indirecta, del mismo modo que la determinación del concreto grupo de personas que puede resultar afectado, comparativamente, por una situación de desventaja particular, por cuanto que el resultado final puede variar enormemente en función del grupo de referencia que se utilice para llevar a cabo la oportuna comparación de las proporciones efectivas de personas afectadas por la diferencia de trato. Es por lo que no resulta admisible una comparación genérica como la propuesta por el juzgado remitente, sino que deviene necesaria una concreción exquisita del grupo de trabajadores afectados, para que el resultado de la posterior comparación sea finalmente demostrativo de la posible existencia de discriminación. Y esa necesidad de precisión ya ha sido puesta de manifiesto por el TJUE en anteriores ocasiones, siendo relevante destacar a tal efecto la sentencia de 14 de abril de 2015<sup>23</sup>, en la que se negó la existencia de discriminación indirecta precisamente por la generalidad de los datos estadísticos aportados, que al referirse al colectivo de los trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad, no eran definitivos ni irrefutables para acreditar la desventaja del colectivo femenino que no trabaja a tiempo completo, pues la norma controvertida (integración de lagunas en el cálculo de la base reguladora) no sólo no se aplicaba a todos los trabajadores a tiempo parcial (sólo a los que tienen tal carácter en último extremo), sino que además, la medida tenía efectos aleatorios, puesto que en algunos supuestos podía beneficiar al propio colectivo.

Por tanto, resulta absolutamente necesaria una aportación fiable y precisa de datos estadísticos que evite interpretaciones apriorísticas, genéricas o sesgadas, que además va a exigir siempre una comparación precisa entre los grupos concretos de trabajadores afectados por la cuestión planteada, para, posteriormente, desgranar los mismos por sexos y así poder efectuar la comparación adecuada.

No debe del mismo modo olvidarse que aun pudiéndose constatar que la normativa nacional sitúa a las trabajadoras en una posición de desventaja particular, la misma no supondría una discriminación indirecta por razón de sexo si estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a la referida discriminación, la cual, sin embargo, nunca podría resultar amparada en consideraciones de índole presupuestaria. No obstante, sin gran diferencia de matices y habida cuenta el amplio margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, se bendicen otros objetivos como los de sostenibilidad o viabilidad de los sistemas de seguridad social, lo que deja la puerta abierta a admitir esas discriminaciones para sacrificarlas en el altar de estos valores, que además son propios del acervo comunitario. Una muestra de ello la tenemos en la reciente sentencia de 21/1/21<sup>24</sup> en la que a pesar de constatarse la discriminación indirecta que sufrían las mujeres a la hora de acceder a la jubilación anticipada voluntaria del artículo 208 LGSS por el hecho de exigirse que la pensión resultante sea superior a

23. *Cachaldora Fernández*, C-527/13.

24. Asunto C-843/19. Por tanto, las eventuales discriminaciones indirectas se podrán considerar un daño colateral y una consecuencia justificada fundamentados en esos objetivos legítimos de política social. Bogoni, M.: "Jubilación anticipada voluntaria, discriminación indirecta y objetivos de política social: el impacto de la reciente jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 242, 2021, p. 4 del documento electrónico (BIB 2021\3845).

la mínima, se considera que tal solución resulta amparada por objetivos legítimos de política social como los de viabilidad y equilibrio sostenibles del sistema de Seguridad Social; objetivos que además se encuentran recogidos en los conocidos Libros Verde y Blanco de la Comisión Europea<sup>25</sup>.

Como consecuencia de lo que venimos exponiendo, tanto la dificultad de precisar el punto de comparación adecuado con los datos estadísticos pertinentes como, posteriormente, la posibilidad de que la desventaja creada por la norma nacional esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación, ponen de manifiesto la dificultad de asegurar a priori una vulneración del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE, si bien, todo apunta a que así se declarará en el asunto que nos ocupa por las propias manifestaciones del TJUE. Y ello, aun cuando sea evidente que la cuestión controvertida tiene una importancia cuantitativa testimonial, a pesar de lo cual, no debe resultar desdeñada por cuanto que nos encontramos ante una posible vulneración del derecho a la igualdad, cuestión de relevancia social que constituye no sólo un deber jurídico constitucionalmente consagrado tanto en la Unión Europea como en España, sino también, una verdadera exigencia moral,<sup>26</sup> que en cualquier caso justificaría el planteamiento.

Más allá de esa probable apreciación de la vulneración del principio de igualdad de trato y de la concesión de la compatibilidad de pensiones por mor de la discriminación indirecta, lo que subyace en el fondo del asunto es la falta de una normativa precisa, coherente y sistemática sobre la cuestión. Parece obvio que resulta necesaria e inevitable, para evitar situaciones injustas e indeseables, una regulación de la incompatibilidad de pensiones y, especialmente, de las de incapacidad permanente total, que configure un nuevo sistema en el que el carácter vitalicio de las prestaciones y el percibo completo de las mismas no sea necesariamente compatible con el desempeño de cualquier trabajo por cuenta ajena y/o propia nominalmente distinto al que generó la prestación, tal y como se interpreta el artículo 198 LGSS<sup>27</sup>, introduciendo factores correctores de esa compatibilidad absoluta que permitan la reducción de la pensión en proporción a los nuevos ingresos percibidos<sup>28</sup>. Y desde esa perspectiva y con esa finalidad, fijando el concepto de pensión única y el correlativo derecho de opción en el Título I de la LGSS para que resulte aplicable al conjunto del sistema, por no apreciarse justificación razonable que admita la compatibilidad por el simple

25. Libro Verde de 7 de julio de 2010 titulado "En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros", y Libro Blanco de 16 de febrero de 2012 titulado "Sobre una agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles".

26. Ordóñez Solís, D.: "La igualdad de género, los jueces españoles y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 4/2019, p. 13 del documento electrónico (BIB 2019\1974).

27. STS de 28 de enero de 2002 (RJ 2002, 3761) que dejó señalado que el cobro de la IPT resultaba compatible con cualquier otra profesión distinta, con independencia de si las secuelas objetivadas inhabilitaban o no para esas nuevas tareas.

28. Así se viene defendiendo con tesón por el sector más autorizado de la doctrina. *Vid.* Sempere Navarro, A. V.: "El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2013, p. 9 del documento electrónico (BIB 2013\10). En parecidos términos, Roqueta Buj, R.: "El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 29, 2001, p. 129.

hecho del encuadramiento formal en dos regímenes diversos<sup>29</sup>. Bajo esa premisa, el problema planteado en la sentencia comentada difícilmente hubiera generado algún elemento discriminatorio.

## Bibliografía

- Bogoni, M.: "Jubilación anticipada voluntaria, discriminación indirecta y objetivos de política social: el impacto de la reciente jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 242, 2021 (BIB 2021\3845).
- Fernández Collados, M. B.: "Avances y retos pendientes en el derecho a la pensión de jubilación contributiva de los trabajadores a tiempo parcial", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019.
- Olarte Encabo, S.: "Comentario al artículo 122 de la Ley General de la Seguridad Social", en Moneo Pérez, J. L. (dir.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
- Ordóñez Solís, D.: "La igualdad de género, los jueces españoles y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 4/2019 (BIB 2019\1974).
- Roqueta Buj, R.: "El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 29, 2001.
- Sempere Navarro, A. V.: "El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2013 (BIB 2013\10).
- Trillo García, A. R.: "La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del principio de igualdad de trato sobre las cláusulas anticúmulo en materia de pensiones", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.
- Villar Cañada, I. M.: "¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1, 2020.

29. Recuérdese que ya el TJUE, en los apartados 64 y 65 de la sentencia comentada, advierte que las consecuencias presupuestarias de la posibilidad o no de acumulación de pensiones de IPT no difieren en función de que se causaran o no en el mismo o diferente régimen, si se cumplían los requisitos de cotización separadamente. Esto es, el propio TJUE remarca la incoherencia de la normativa que permite indirectamente la compatibilidad.



# Controversia en torno a la indexación de las prestaciones familiares según el país de residencia del causante. Sobre su compatibilidad con el Derecho de la UE

## CONTROVERSY ABOUT THE INDEXATION OF FAMILY BENEFITS ACCORDING TO THE COUNTRY OF RESIDENCE OF THE DECEASED. ABOUT ITS COMPATIBILITY WITH EU LAW

**Francisco Vigo Serralvo**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad de Málaga

[fvs@uma.es](mailto:fvs@uma.es)  <https://orcid.org/0000-0003-0437-1565>

Recibido: 02.11.2022 | Aceptado: 23.11.2022

### RESUMEN

Nos referimos en este artículo al debate habido en el seno de las instituciones comunitarias en torno a un eventual mecanismo nacional de indexación de las prestaciones familiares en función del país de residencia del sujeto causante de las mismas. Presentaremos dos momentos claves en esta discusión: 1) La exigencia de esta medida por parte del Reino Unido que acabó con su aceptación por parte del Consejo Europeo en el marco de las negociaciones para evitar el Brexit. 2) La adopción de dicho mecanismo por parte de Austria y la posterior revocación por parte del TJUE a instancias de la Comisión Europea. Criticaremos la posición ambivalente de las instituciones europeas al valorar la adecuación de esta medida al Derecho originario de la UE y nos referiremos de forma más detallada, por su mayor interés jurídico, al pronunciamiento del TJUE emitido en su reciente sentencia de 16 de junio de 2022, asunto C-328/20.

### ABSTRACT

We refer in this article to the debate that took place in the community institutions around a possible national mechanism for indexing family benefits based on the country of residence of the subject causing them. We will present two key moments in this matter: 1) The requirement of this measure by the United Kingdom that ended with the acceptance by the European Council in the framework of the negotiations to avoid Brexit. 2) The adoption of said mechanism by Austria and the subsequent revocation

### PALABRAS CLAVE

Indexación de las prestaciones familiares  
Reglamento 883/2004  
Libre circulación de trabajadores  
Asunto C-328/20

### KEYWORDS

Indexation of family benefits  
Regulation 883/2004  
Free movement of workers  
Case C-328/20

by the CJEU at the request of the European Commission. We will criticize the ambivalent position of the European institutions when assessing the adequacy of this measure to the original law of the EU and we will refer in more detail, due to its greater legal interest, to the pronouncement of the CJEU issued in its recent judgment of June 16, 2022, Case C-328/20.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CASO BRITÁNICO. POSICIÓN DEL CONSEJO FAVORABLE A LA INDEXACIÓN DE LAS PRESTACIONES
- III. EL CASO AUSTRIACO. POSICIÓN DE LA COMISIÓN CONTRARIA A LA INDEXACIÓN DE LAS PRESTACIONES
- IV. STJUE DE 16 DE JUNIO DE 2022, ASUNTO C-328/20, COMISIÓN VS. AUSTRIA
  - A. Partes intervinientes y coadyuvantes
  - B. Posición de las partes
    1. *Posición del Abogado General y de la Comisión Europea (respaldada por República Checa, Croacia, Rumanía, Eslovaquia y Eslovenia)*
    2. *Posición de Austria (respaldada por Dinamarca y Noruega)*
  - C. Posición del Tribunal y resolución de la cuestión prejudicial
- V. POSICIÓN CRÍTICA EN TORNO AL CRITERIO DE INDEXACIÓN DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES
  - A. Discrepancia técnico-jurídica con el pronunciamiento del TJUE
  - B. Discrepancia con la opción político-legislativa que prohibiría la indexación de las prestaciones familiares

## I. INTRODUCCIÓN

Aquí reproducimos el contenido de nuestra comunicación defendida en las Jornadas Jurídicas de Guadalupe “Coordinación de Sistemas de Seguridad Social: Un Puente Jurídico entre la Unión Europea e Iberoamérica”, celebradas el pasado 19 y 20 de septiembre de 2022. Aprovechamos estas líneas introductorias para felicitar a la organización de las mismas por el buen ambiente de trabajo generado en un entorno físico e intelectual especialmente sugerente. En aquella ocasión, tuvimos ocasión de discutir sobre algunos puntos controvertidos en la interpretación del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Dentro de esa temática, nuestra contribución se propuso analizar la eventual adecuación a este reglamento con un mecanismo de que indexa o pondera las prestaciones familiares según el nivel de precios del país de residencia del sujeto causante. Es este un asunto que viene tiempo discutiéndose en el seno de las instituciones comunitarias y su resolución será clave, a nuestro modo de ver, en la definición del modelo social europeo.

En efecto, aunque esto pueda disimularse en la configuración técnica de la norma, debe entenderse este mecanismo como un recorte en los derechos prestacionales de los trabajadores migrantes. De hecho, como tendremos ocasión de comprobar, el mayor interés por la introducción de este mecanismo se ha dado en períodos de gran afluencia migratoria, auspiciado por movimientos políticos partidarios de restricciones

a la libre circulación. Obsérvese que el supuesto de hechos sobre el que una medida de este tipo será aplicable es el siguiente: el del trabajador que reside en un Estado miembro de acogida y percibe en este prestaciones sociales causadas por unos familiares a cargo (normalmente por hijo) que residen en otro Estado miembro (normalmente el Estado de origen de este trabajador). Lo que se quiere a través de su aplicación es que las prestaciones que percibe este trabajador migrante no se abonen en el mismo importe nominal en el que se abona a los trabajadores cuyos familiares a cargo residen en el país de acogida, sino que se pondere para corregir la diferencia de precios entre los distintos países. De esta forma se pretende, en definitiva, que estas prestaciones garanticen a todos sus beneficiarios un mismo poder adquisitivo. Partiendo de la necesaria igualdad de trato que debe primar en la distribución de las prestaciones sociales, la disyuntiva pasa por decidir si esta igualdad exige en todo caso garantizar un mismo *valor nominal*, o si es dable entender que esa exigencia se ve cumplida también con la garantía de un mismo *valor real*.

El debate acerca de la admisibilidad de un mecanismo de ponderación de este tipo encuentra en tiempos recientes dos momentos claves: 1) la exigencia en 2016 por parte de Reino Unido de una modificación del Reglamento 883/2004 para habilitar la introducción de este mecanismo por parte de los Estados miembros. 2) La adopción en 2018 por parte de Austria de una reforma normativa que lo introducía en sus prestaciones de protección familiar y sus bonificaciones tributarias. Lo verdaderamente llamativo de estos dos casos es la diferente solución que se le dio a los mismos por parte de las Instituciones Comunitarias. En el primero de ellos, el Consejo Europeo emitía una decisión en la que encomiaba a la Comisión a la modificación del Reglamento 883/2004 para prever la admisibilidad de este mecanismo corrector –propuesta de reforma que solo se vio frustrada por la ruptura de las negociaciones por parte del Reino Unido tras decidirse su definitiva salida de la UE–. En el segundo de los casos, la Comisión accionó frente a Austria ante el TJUE por estimar que las reformas legislativas adoptadas eran contrarias, no solo al Reglamento 883/2004 –lo que sería compatible con la decisión del Consejo previamente referida– sino con el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los derechos a la libre circulación que allí se enuncian. Esta acción de la comisión dio lugar a la cuestión prejudicial resuelta por la sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 16 de junio de 2022, asunto C-328/20, Comisión Europea vs. Austria, la cual constituirá el principal objeto de nuestro comentario y que termina resolviendo, alineándose plenamente con el planteamiento de la Comisión, la contrariedad de este mecanismo de indexación al Derecho de la Unión Europea, tanto con respecto al Reglamento 883/2004, como al propio TFUE.

## II. EL CASO BRITÁNICO. POSICIÓN DEL CONSEJO FAVORABLE A LA INDEXACIÓN DE LAS PRESTACIONES

En el año 2016, movido por la presión del partido el Partido de la Independencia del Reino Unido (UKIP) y en un contexto de crisis económica y migratoria, el primer ministro

de Reino Unido, a la sazón David Cameron, inicio un periodo de negociaciones con las Instituciones comunitarias de cara a lograr ventajas para este país a cambio de su permanencia en la UE. En el marco de tales negociaciones se produjeron ciertas cesiones por parte del Consejo Europeo que aparecen enumeradas en la *Decisión del Consejo Europeo relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea*, de 18 y 19 de febrero de 2016<sup>1</sup>. Entre algunas de estas concesiones que afectaban diferentes materias, el Consejo aceptaba el criterio de indexación de las prestaciones que solicitaba Reino Unido y encomiaba a la Comisión a efectuar:

“una propuesta de modificación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>2</sup> sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, a fin de dar a los Estados miembros, en lo que respecta a la exportación de prestaciones por hijos a un Estado miembro distinto de aquel en el que reside el trabajador, la posibilidad de indexar dichas prestaciones a las condiciones del Estado miembro en el que reside el niño. Lo anterior solo debe ser de aplicación a nuevas peticiones formuladas por trabajadores de la UE en el Estado miembro de acogida. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2020, todos los Estados miembros podrán hacer extensiva la indexación a peticiones existentes de prestaciones por hijos ya exportadas por trabajadores de la UE. No es intención de la Comisión proponer que el futuro sistema de indexación facultativa de las prestaciones por hijo se haga extensivo a otras prestaciones exportables, como las pensiones de jubilación”.

Es muy importante para nosotros reparar en el informe que dirigía el Consejo al Parlamento y que contenía una valoración jurídica muy diferente a la que luego emitirían la Comisión Europea y el TJUE. Se decía en aquel informe que la “decisión relativa a un nuevo asentamiento [que, entre otras cosas, contemplaba el mecanismo de indexación de las prestaciones] es conforme a los Tratados y no puede ser anulada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”<sup>2</sup>. No obstante, en ese mismo informe se precisaba que la Decisión del Consejo “solo entrará en vigor si el pueblo británico vota para quedarse. Si votan por irse, el acuerdo dejará de existir”. Como es sabido, esta segunda contingencia es la que se consumó tras el referéndum de 23 de junio de 2016 y, por tanto, aquella resolución perdió sobrevenidamente su aplicabilidad. No obstante, para nosotros sí reviste aquí un gran interés, en primer lugar por la valoración jurídica que incluye el Consejo sobre la adecuación del mecanismo de indexación de las prestaciones familiares al Derecho originario de la UE. De otro, porque aunque el la decisión no llegó a entrar en vigor, no era una mera declaración política de buenas intenciones o un memorando para la negociación; según las observaciones del presidente Donald Tusk tras la reunión del Consejo Europeo del 19 de febrero de 2016, “los líderes de la UE lograron un acuerdo que fortalece el estatus especial de

1. Accesible en <https://www.consilium.europa.eu/media/21787/0216-euco-conclusions.pdf> (último acceso a 31 de octubre de 2022).

2. Report by President Donald Tusk to the European Parliament on the February European Council meeting. Accesible en <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/02/24/tusk-report-european-parliament/> (último acceso a 31 de octubre de 2022).

Gran Bretaña en la UE. Es una decisión jurídicamente vinculante e irreversible de los 28 líderes<sup>3</sup>.

### III. EL CASO AUSTRIACO. POSICIÓN DE LA COMISIÓN CONTRARIA A LA INDEXACIÓN DE LAS PRESTACIONES

En el año 2018 Austria introdujo diversas reformas legales que aplicaban el criterio de la indexación según el nivel de precios existen en el país de residencia del sujeto que causaba el derecho a determinadas prestaciones sociales o bonificaciones fiscales. Al igual que en el caso británico, Austria hacía frente a una importante afluencia migratoria, comunitaria y no comunitaria. Como consecuencia de la misma, también dicho país experimentó el auge de movimientos políticos contrarios a la inmigración –su rostro más reconocible quizás sea el del excanciller Sebastian Kurz, bajo cuyo mandato se promovieron las reformas a las que nos referimos– que cuestionaron, sobre todo, la protección prestacional que se dispensaba a los inmigrantes<sup>4</sup>. Como dato ilustrativo que nos ayuda a comprender la magnitud de la situación, según datos del gobierno austriaco, el número de hijos residentes en otros Estados miembros que daban derecho a los subsidios familiares pasó de 1.500 en 2002 a cerca de 130 000 en 2016<sup>5</sup>.

A diferencia del caso británico, Austria no entabló ningún diálogo político con las instituciones comunitarias para incluir el criterio de la indexación de las prestaciones en el Reglamento 883/2004, sino que introdujo en su normativa nacional este criterio, considerando –al menos así lo defendió posteriormente ante el TJUE– que una medida de ese tipo sería plenamente compatible con el Derecho comunitario. Concretamente, las modificaciones normativas que introdujo Austria y que luego fueron cuestionadas por la Comisión son las siguientes:

- Artículo 8.a) de la *Bundesgesetz betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen* (Ley Federal relativa a los Subsidios para la Compensación de Cargas Familiares), de 24 de octubre de 1967, en su versión modificada por *la Entwicklungshelfergesetz geändert werden* (la Ley sobre el Estatuto de los Cooperantes), de 4 de diciembre de 2018. Esta ley reconoce un subsidio mensual cuya finalidad –es muy importante resaltar– es “compensar cargas en interés de la familia” (art. 1). La cuantía de dicha prestación variará en función del número y la edad de los hijos. Simplificando mucho su desglose –que es algo prolijo–, indicaremos que puede oscilar entre los 114 € mensuales, para un hijo único recién nacido, a los más de 400 que correspondería por cada

3. Accesible en <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/02/19/tusk-final-remarks-european-council/> (último acceso a 31 de octubre de 2022).

4. Diario El País: “Austria planea recortar ayudas sociales a todos los inmigrantes, incluidos los de la UE” Accesible en [https://elpais.com/internacional/2018/05/28/actualidad/1527531163\\_821113.html](https://elpais.com/internacional/2018/05/28/actualidad/1527531163_821113.html) (último acceso a 31 de octubre de 2022).

5. Apartado 90 de la STJUE (Sala Segunda) de 16 de junio de 2022, asunto C-328/20.

hijo con discapacidad grave en una familia con varios hijos (art. 8). El importe medio estuvo, en el momento de aprobación de la norma, entre 150 y 200 euros mensuales. La norma cuestionada, el artículo 8.a), es la que introduce el mecanismo de ajuste sobre estas prestaciones al indicar que:

“Los importes de los subsidios familiares (artículo 8) por los hijos que residan permanentemente en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea, de otro Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (de 2 de mayo de 1992) o de Suiza se determinarán sobre la base de la relación entre el nivel de precios comparados publicado por la Oficina Estadística de la Unión Europea [Eurostat] para cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea para cada uno de los Estados parte del Acuerdo [EEE] y para Suiza y el de Austria”.

- El artículo 33 de la *Bundesgesetz über die Besteuerung des Einkommens natürlicher Personen* (Ley Federal del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), de 7 de julio de 1988, en su versión modificada por la *Jahressteuergesetz* (Ley Fiscal Anual de 2018) y la Ley sobre el Estatuto de los Cooperantes, de 4 de diciembre de 2018. Esta otra norma prevé diversas bonificaciones y deducciones fiscales para las familias con hijos que perciban el precitado subsidio. Al igual que en el caso anterior, desde 2018 se introdujo en tales ventajas fiscales un mecanismo de ponderación según el precio de vida del país de residencia del sujeto que causaba derecho a la bonificación:

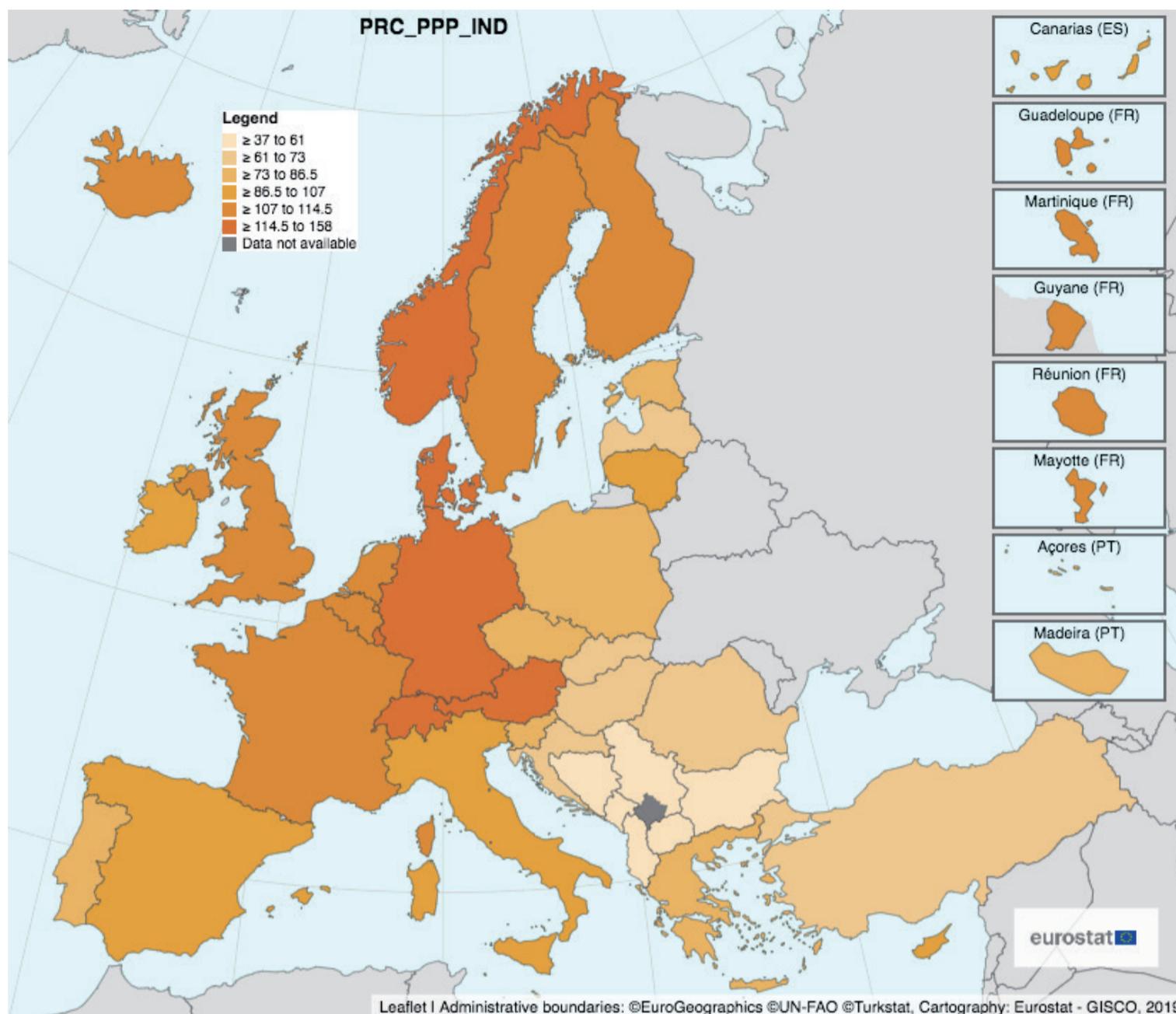
“En el caso de hijos que residan permanentemente en el territorio de otro Estado miembro de la Unión [...], de otro Estado parte del Acuerdo [EEE] o de Suiza, el importe de la deducción por hijos a cargo se determinará sobre la base de la relación entre el nivel de precios comparados publicado por [Eurostat] para cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, para cada uno de los Estados parte del Acuerdo [EEE] y para Suiza y el de Austria”.

- El desarrollo de la aplicación de este mecanismo se encuentra en el *Familienbeihilfe-Kinderabsetzbetrag-EU-Anpassungsverordnung* (Reglamento de Adaptación de los Subsidios Familiares y de la Deducción por Hijo a Cargo en la Unión Europea), de 10 de diciembre de 2018. En el año de su entrada en vigor, los coeficientes correctores aplicables para los diferentes Estados variaron entre 0,450 (Bulgaria) y 1,520 (Suiza); el fijado para la República Checa, por su parte, es de 0,619 (art. 2.2 del precitado reglamento).

Es importante destacar que esta reforma, como puede observarse la última de las disposiciones enumeradas, no solo contempla índices deflatores del importe de la prestación, sino que eventualmente, esta podría verse incrementada si el nivel de precios en el país de residencia del hijo fuese superior al austriaco. Cuestión distinta es que esa posibilidad sea marginal, ya que un nivel de vida superior al de Austria solo se apreciaba en aquel momento en Suiza y Linchestein, países que no se caracterizan por grandes flujos migratorios de sus nacionales.

### Imagen 1.

Paridades de poder adquisitivo (PPA), índices de nivel de precios y gastos reales. Año 2018



Fuente: Eurostat6.

Así, a pesar de la aparente objetividad de la norma, era obvio que de facto con la misma se conseguiría aminorar el gasto en protección social soportado por Austria, un ahorro que afectaría sobre todo a la población migrante. Aunque estas disposiciones también se aplicaban a los nacionales austriacos que percibiesen las prestaciones sociales causadas por familiares residentes en el exterior, bien es cierto que estadísticamente estos representaban una cuota marginal dentro de los beneficiarios totales por estas ayudas. No debe extrañarnos, por tanto, que cuando se presentó esta batería de medidas la prensa las tachase inmediatamente como una clara medida antimigratoria<sup>7</sup>. Además, esta disposición generó una intensa discusión política,

6. Accesible en [http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=prc\\_ppp\\_ind&lang=EN](http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=prc_ppp_ind&lang=EN) (último acceso a 31 de octubre de 2022).

7. Diario *La Vanguardia*: "Austria indexará a la baja ayudas a familias con hijos que viven en exterior" <https://www.lavanguardia.com/vida/20180502/443190779510/austria-indexara-a-la-baja-ayudas-a-familias-con-hijos-que-viven-en-exterior.html> (último acceso a día 31 de octubre de 2022).

principalmente motivada por el rechazo que excitó la misma entre aquellos Estados miembros de la UE que mantenían un mayor flujo migratorio hacia Austria. Entre estos destacamos la posición expresada por el Primer Ministro de Exteriores húngaro, Peter Szijjártó, quien afirmaría que “Austria es un socio importante. En muchos asuntos son importantes socios, pero en este caso tenemos una discusión severa”<sup>8</sup>. La propia Comisión Europea, con carácter inmediato a su promulgación, salió a cuestionar que tales reformas se adecuasen a las estipulaciones del Derecho de la UE. Este parecer le impulsó a esta institución comunitaria a accionar en virtud del art. 258 del Tratado de funcionamiento de la UE. Dicho precepto, recordemos, habilita a la Comisión, emitir un dictamen motivado cuando estime que un Estado miembro, al que debe dársele audiencia, ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados. “Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. En el presente caso, como se manifestó en el posterior litigio, las disposiciones de Derecho europeo que se estimaban transgredidas por las reformas austriacas fueron las siguientes:

1. De forma principal, *el Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social*. Concretamente se cuestionaba la adecuación de esa indexación a los artículos:
  4. Igualdad de trato. Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento.
  7. Supresión de las cláusulas de residencia: 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.
  67. Miembros de familia residentes en otro Estado miembro. Cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente. No obstante, los titulares de pensiones tendrán derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente respecto de sus pensiones.

Nos llama la atención que, dentro de este reglamento, no se denunciase la infracción de su art. 5.b relativo a la asimilación de hechos que, como es sabido,

8. <https://www.lavanguardia.com/vida/20180502/443190779510/austria-indexara-a-la-lbid>.

- obliga a los Estados Miembros a tener en cuenta a efectos prestacionales los hechos y situaciones acaecidos en otros Estados Miembros como ocurridos dentro de sus respectivos Estados Miembros. Quizás esta omisión obedezca al principio de especialidad normativa, pues la Comisión apelaba a disposiciones que con un mismo espíritu se refieren al más concreto hecho de la residencia.
2. Por otro lado, se denunciaba también infringido el artículo 7.2 del Reglamento núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. Este precepto, establece que en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro “se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales”. La invocación de esta otra norma, mucho más genérica que la anterior, es la que permitiría cuestionar la legitimidad del mecanismo de ajuste austriaco sobre las deducciones fiscales, materia esta que no entra dentro del reglamento de coordinación 883/2004.

El 25 de enero de 2019 la Comisión requirió a la República de Austria a que presentara sus observaciones sobre las preocupaciones que suscitaba la entrada en vigor, el 1 de enero de 2019, del mecanismo de ajuste resultante de las modificaciones introducidas en la normativa indicada en el apartado anterior. Este requerimiento fue atendido el 25 de marzo de ese mismo año sin que la respuesta dada fuese satisfactoria para la Comisión, que emitió su dictamen motivado el 26 de julio de 2019. Austria responde al mismo en escrito de 24 de octubre reafirmando la legitimidad de las medidas cuestionadas por la Comisión, la cual interpone la cuestión prejudicial el 22 de julio de 2020, dando así lugar al asunto resuelto por el TJUE (Sala Segunda) el 16 de junio de 2022, asunto C-328/20 Comisión Europea vs. Austria.

El interés que atribuimos a este pronunciamiento es cuádruple:

- En primer lugar, la profundización que hace en el concepto de discriminación indirecta –en este caso por razón de nacionalidad– frente a una disposición, la cuestionada, con una reforzada apariencia de neutralidad.
- En segundo término, esta sentencia nos permite reflexionar sobre una medida que ya ha sido reivindicada por algunos Estados Miembros en relación con el Reglamento 883/2004: La indexación de las prestaciones según el nivel de precios del país en el que resida el causante de la prestación.
- Desde un punto de política legislativa, este pronunciamiento –aunque no fuera esta la verdadera cuestión discutida– nos hace preguntarnos por la limitación que implícitamente introduce el Reglamento 883/2004 a las políticas sociales de apoyo al crecimiento demográfico de un país.
- Desde este mismo punto de política legislativa, nos preguntamos si los reglamentos europeos en materia de coordinación de prestaciones, en la interpretación de estos que sostiene el TJUE, no fomentarían, de forma indirecta y no pretendida, prácticas de segregación familiar.

## IV. STJUE DE 16 DE JUNIO DE 2022, ASUNTO C-328/20, COMISIÓN EUROPEA VS. AUSTRIA

### A. Partes intervinientes y coadyuvantes

Antes de comenzar con el análisis técnico de la sentencia, para comprender la magnitud de la cuestión que se dirimía, resulta pertinente reparar en los Estados Miembros que acudieron como coadyuvantes de cada una de las partes. En apoyo de Austria comparecieron Dinamarca y Noruega. Por su parte, respaldando la posición de la Comisión, se personaron República Checa, Croacia, Rumanía, Eslovaquia y Eslovenia. Si nos detenemos en la enumeración de estos coadyuvantes es porque creemos que este dato es bastante revelador del conflicto político subyacente detrás de este litigio. Observemos, de un lado, como dos de los países con un mayor PIB per cápita de la Unión Europea se alinean junto con Austria en su posición, por decirlo así, más chovinista. Por otro lado, la institución de gobierno comunitaria es respaldada por la mayoría de países colindantes de Austria, los cuales, por su diferencia de poder adquisitivo, se verían considerablemente afectados por la norma. Esta observación nos hace ver que, más allá de la discusión técnica sobre la interpretación de la normativa comunitaria, tras el presente conflicto subyacía una clara diferencia de posiciones políticas y que en realidad, el alcance de la discusión no se limita solo a Austria, pues existe un vivo interés en otros países de la UE por esta cuestión, sobre la que auguramos un mayor recorrido en los debates posteriores sobre el futuro del proyecto europeo.

202

### B. Posición de las partes

Ya advertíamos más arriba que uno de los mayores atractivos de esta sentencia es el altísimo nivel argumentativo exhibido por las partes. A lo largo de sus casi cuarenta páginas observamos dos posiciones muy bien fundamentadas, con frecuentes referencias a pronunciamientos precedentes del TJUE, lo que nos dificulta posicionarnos claramente al respecto por cualquiera de las dos partes en liza. A continuación, vamos a tratar de sintetizar los alegatos que nos parecen más cualificados para sostener las diferentes pretensiones:

#### 1. Posición del Abogado General y de la Comisión Europea (respaldada por República Checa, Croacia, Rumanía, Eslovaquia y Eslovenia)

Los alegatos evacuados por el Abogado General y la Comisión Europea pueden perfectamente agruparse conjuntamente, pues ambas instituciones adoptan una posición prácticamente homogénea.

- El principal alegato contra Austria pasa por negar el carácter compensatorio de las prestaciones y deducciones contempladas en la norma. Constituyen cuantías a tanto alzado que no dependen, por tanto, de los costes reales ligados a

la manutención de un hijo y que, por tanto, no garantizan un reparto más equitativo de las cargas que soportan las familias para cubrir las necesidades de los hijos. Tales ayudas “se conceden sin que se lleve a cabo apreciación individual y discrecional alguna de las necesidades personales, de acuerdo con criterios legalmente definidos, y se calculan en función del número de hijos y de la edad de estos” (apartado 31, pero, con esa misma idea, apartado 25, 35) La normativa austriaca no exige prueba de la situación de necesidad, por tanto, para la Comisión carecería de sentido devaluar las prestaciones apelando al menor costo de la vida en los países circundantes.

- En estrecha relación con la alegación anterior, defiende la Comisión que dentro de Austria, la cuantía de las ayudas sociales litigiosas no varía, a pesar de que entre sus distintas regiones también existen diferencias del costo de vida, en ocasiones incluso superiores a las diferencias existentes con otros países de su entorno.
- No atenta contra el equilibrio presupuestario del sistema austriaco de Seguridad Social, no al menos para poner en un peligro tan grave que legitime la inaplicación del Reglamento 883/2004.
- El hecho de que existiese una *Decisión del Consejo Europeo relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea*, de 2016, en la que se instaba a la Comisión a modificar el Reglamento 883/2004 para indexar el importe de las prestaciones sociales según el país de residencia, no es un dato relevante, en opinión de la Comisión. Según alega, dicha modificación no aconteció y, si se hubiese puesto en marcha, habría sido cuestionada por su posible vulneración del artículo 45 TFUE (apartado 34).
- Se denuncia también la incongruencia en la que incurre Austria al no aplicar ningún tipo de ajuste en las prestaciones percibidas por los beneficiarios Austriacos destinados en el exterior. Esta excepción en la aplicación de la norma es en realidad derivada del artículo 26 del Código Federal Tributario austriaco, que dispone que “La residencia habitual de los nacionales austriacos que tengan un contrato de trabajo con un organismo público y cuyo lugar de destino esté situado en el extranjero (funcionarios en el extranjero) será el lugar en el que se sitúa el servicio que concede la remuneración. Lo mismo se aplica a sus cónyuges, en la medida en que formen un hogar residencial permanente, y a sus hijos menores de edad que formen parte de ese hogar”.
- Aduce, por último, la Comisión, que los trabajadores con hijos residentes en otros países de la UE contribuyen fiscalmente en Austria del mismo modo que las personas cuyos hijos residen en dicho país. Asumiendo como premisa la justa proporción que debe existir entre contribución y acceso a beneficios sociales, concluye que no procede devaluar las prestaciones según la residencia de los hijos.

## 2. Posición de Austria (respaldada por Dinamarca y Noruega)

Entre los alegatos esgrimidos por Austria, caben destacar los siguientes:

- Como principal, insiste repetidamente Austria en que las ayudas familiares cuestionadas tienen como finalidad la atención de las situaciones de necesidad que presumiblemente se derivan por la tenencia de hijos. Tales situaciones de necesidad no son materialmente comparables cuando tales hijos residen en el exterior, dadas las diferencias en el coste de la vida en los diferentes Estados miembros. En su opinión, “el mecanismo de ajuste no conduce a un trato desigual de situaciones idénticas, sino que garantiza que situaciones diferentes sean tratadas de manera diferente” (apartado 72).
- Esa finalidad no queda cuestionada por el hecho de que la prestación se abone mediante un pago a tanto alzado, sin atender además a las diferencias de precios que se dan en el seno de la propia República de Austria. Y es que una ponderación de ese tipo impondría cargas de gestión, inclusive sobre los destinatarios de la prestación, exorbitantes. Además, las diferencias de precio entre las regiones de Austria son tan leves que no hacen necesario efectuar entre estas ningún tipo de ajuste. Si para aplicar este mecanismo hubiera que atender a las diferencias entre regiones, también se complicarían las cargas de gestión de forma considerable para el propio beneficiario de la prestación, por lo que no es inapropiado coger el Estado, en conjunto, como referente (apartado 76).
- Alega además el país alpino que esta indexación es un principio de justicia aplicado con frecuencia por las propias Instituciones Comunitarias: por ejemplo, en el Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea, donde se prevé un mecanismo corrector para garantizarles a estos un mismo poder adquisitivo según sea el país de destino. Este mecanismo toma en cuenta los respectivos costos de la vida de estos países. Otro ejemplo en el que tal cosa ocurre es en la cuantificación de las becas concedidas en el marco del programa Erasmus +.
- Sobre la excepción denunciada por la Comisión sobre los funcionarios austriacos, responde (apartados 79 a 84) que su situación no es comparable en base a las disposiciones de Derecho Internacional que les son de aplicación. Del artículo 45 TFUE, apartado 4, así como de los artículos 11, apartado 3, letra b), y 13, apartado 4, del Reglamento núm. 883/2004 se infiere que los funcionarios destinados en el extranjero no tienen derecho, en los Estados de acogida, a percibir subsidios familiares ni, por consiguiente, compensaciones diferenciales o prestaciones adicionales relacionadas con su situación familiar. Además, la aplicación a este colectivo de la norma nacional austriaca no se produce solo en el campo de las prestaciones familiares, sino que en muchos otros ámbitos se presume que realizan su actividad dentro del territorio nacional, presunción que descansa, en última instancia en los recíprocos deberes de lealtad y protección entre la República de Austria y sus funcionarios.

Por último, el marginal ámbito subjetivo sobre el que se aplicaría este régimen específico (400 funcionarios, de los cuales apenas algunos perciben prestaciones familiares) impide que el mismo suponga una incoherencia, invocando en este sentido la sentencia de 19 de mayo de 200, Comisión/Italia, C-531/06, apartados 69 y 73).

- Apela al art. 12 del Reglamento 883/2004, según el cual debe procurarse que el principio de asimilación de hechos o acontecimientos no conduzca a resultados objetivamente injustificados. Alega que un principio de indexación como el que se pretende aplicar ayuda a corregir eventuales excesos o defectos en el nivel de protección garantizado, recordando que tal y como se ha diseñado este principio, admite la revisión al alza de las prestaciones cuando el nivel de vida del país de residencia es superior.
- Por último, rechaza Austria que deba existir una relación entre las obligaciones tributarias soportadas y el derecho a las prestaciones, sobre todo, como es el caso, cuando el importe de la prestación reconocida es indiferente del esfuerzo tributario y contributivo desplegado por el beneficiario de la prestación.

### C. Posición del Tribunal y resolución de la cuestión prejudicial

La posición del TJUE podría quedar expuesta si nos limitamos a decir que acoge la mayoría de alegaciones planteadas por la Comisión Europea. En efecto, tras constatar la plena aplicabilidad al supuesto de los Reglamento 883/2004 y Reglamento núm. 492/2011, el primero en lo referente a las prestaciones y el segundo en relación a las deducciones fiscales –que subsume en el concepto de ventaja social del art. 7 del reglamento de 2011<sup>9</sup>–, concluye la contravención de estos por las disposiciones austriacas cuestionadas.

Cita el TJUE su reciente sentencia de 2 de abril de 2020 (TJCE 2020, 52), *Caisse pour l'avenir des enfants* para recordar que “una distinción basada en la residencia, que puede redundar en perjuicio principalmente de los nacionales de otros Estados miembros, en la medida en que los no residentes son mayoritariamente no nacionales, constituye una discriminación indirecta basada en la nacionalidad que solo puede admitirse si está objetivamente justificada”. Es conveniente resaltar, pues es una posición latente en todo el argumentarlo de la Comisión y el Tribunal, que la interpretación que efectúan de la normativa comunitaria aplicable parece limitativa de cualquier distingo por razón de residencia, aunque este eventualmente fuese al alza o a la baja.

Además –como argumento a nuestro modo de ver subsidiario del anterior, aunque el TJUE le atribuye mayor importancia– se apela a la discriminación indirecta, la cual, como en recientes sentencias del TJUE, se aprecia acudiendo a la evidencia estadística. En efecto, aunque en este caso el tribunal no introduce los datos que lo

9. Desde la acepción amplia de este término, el de ventaja social, propugnado por la sentencia de 2 de abril de 2020 (TJCE 2020, 52).

avalen, concluye que el mecanismo de ajuste afecta esencialmente a los trabajadores migrantes, toda vez que es más probable que los hijos de estos residan en otro Estado miembro. La estadística también avalaría que la mayoría de estos emigrantes provendrían de países con un nivel de precios al consumo inferior a Austria, con lo que en aplicación del mecanismo de ajuste enjuiciado, implicaría una reducción en los importes nominales de las prestaciones y deducciones fiscales por hijos a cargo (apartado 101).

Prohija el Tribunal el alegato de la Comisión sobre la falta de correlación que existe entre el importe de las ayudas y las necesidades reales de los causantes, lo que resultaría incoherente con la introducción de un mecanismo de ajuste según el nivel de precios. La aplicación de este mecanismo también resultaría incoherente con su no aplicación en aquellas regiones internacionales en las que exista un desajuste de los precios de vida (apartado 105). También acoge el criterio según el cual los trabajadores migrantes deben acceder a los beneficios sociales en igualdad de condiciones que los nacionales en la medida que “contribuyen a la financiación de las políticas sociales del Estado miembro de acogida con las cotizaciones fiscales y sociales que pagan en dicho Estado en virtud de la actividad laboral que ejercen en él” (apartado 109).

Al igual que la Comisión, y esto es relevante para observar la discrepancia con la posición del Consejo en el marco de las negociaciones pre-Brexit, estima que el TJUE que las disposiciones austriacas cuestionadas son contrarias al art. 45 del TFUE. Aunque este último precepto no se mencione en la parte dispositiva de la sentencia, aparece frecuentemente invocado a lo largo de toda su argumentación (apartados 57, 60, 93, 94 y 98).

Sobre el eventual perjuicio para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social en Austria que implicaría la no aplicación del mecanismo de ajuste, resuelve el tribunal que la cláusula de inaplicación del Reglamento 883/2004 solo puede invocarse en caso de amenaza grave, la cual debe descartarse en un asunto como este en el que las prestaciones afectadas por el mecanismo de ajuste cuestionado sólo supone el 6% del gasto total en prestaciones familiares de este mismo tipo.

En base a todas esas consideraciones, el tribunal enjuiciador concluye que “procede considerar que la diferencia de trato según el lugar de residencia del hijo del trabajador afectado que conlleva el mecanismo de ajuste no es ni adecuada ni necesaria para garantizar la función de apoyo ni la equidad del sistema social” (apartado 111). De esta forma, afirma la incompatibilidad de las disposiciones austriacas cuestionadas con el Derecho de la Unión y condena en costas a la República Austriaca.

## V. POSICIÓN CRÍTICA EN TORNO AL CRITERIO DE INDEXACIÓN DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES

Como ya adelantábamos al principio de este comentario, adoptábamos una posición crítica con el razonamiento y el fallo de la sentencia comentada. Entre los fundamentos de esta posición, quizás quepa efectuar una distinción entre aquellos de índole

técnica-jurídica y aquellos otros que cuestionan la opción política-legislativa que prohibiría –a juicio del alto tribunal europeo– la indexación de las prestaciones familiares.

### A. Discrepancia técnico-jurídica con el pronunciamiento del TJUE

Hemos echado en falta, quizás sobre todo por parte de la representación procesal de Austria, que la discusión no se haya reconducido en términos económicos a la distinción entre valores reales y valores nominales. Según los tratados de la ciencia lúgubre, los valores nominales serían aquellos que son observados directamente sin efectuar ninguna corrección por la apreciación o depreciación monetaria, mientras que los valores reales toman en cuenta el efecto de la inflación o deflación. En realidad, el núcleo del litigio se centra en resolver si la obligación del artículo 67 del Reglamento 887/2004 de tratar a los familiares residentes en otros Estados miembros “como si” residieran en el Estado miembro competente, obliga a abonarles la misma cantidad nominal que recibirían en este país o a garantizarle el mismo poder adquisitivo que alcanzarían en este. En otros términos, si la obligación de mantener unos mismos importes prestacionales se refiere a valores reales o nominales. A falta de cualquier especificación expresa en la norma, existen motivos para sostener la corrección de una interpretación que afirme su preferencia por la equiparación de importes reales.

Y es que, los motivos que esgrime el tribunal para descartar esa otra posible interpretación no nos parecen demasiado consistentes.

- Así, en lo que se refiere a la paridad en las ayudas que exigiría la paridad contributiva a la que se someten los trabajadores migrantes carece de fundamento en una prestación como la litigiosa, cuya cuantía no se determina en función de las contribuciones soportadas por el beneficiario. Como es sabido, en este nivel de protección, no es la contribución la que genera el derecho a la protección, sino la concurrencia de la situación de necesidad tutelable. En caso contrario, también las familias sin hijos podrían apelar a ese mismo argumento para reclamar el derecho a la prestación familiar. El reconocimiento de las ayudas cuestionadas atiende solo a la situación de necesidad que supone el mantenimiento de un hijo, y la diferente ponderación que se introdujo en el año 2008 obedecía a una opción legislativa que concluyó que la situación de necesidad varía según el nivel de precios en el país de residencia.
- En lo que se refiere a la no aplicación de la indexación a los funcionarios austriacos, como argumentó la República de Austria, encuentra explicación en principios normativos diferentes a los prestacionales que hacen aconsejable presumir que su lugar de prestación de servicios es el lugar donde se ubica la administración empleadora. Este es un principio que, en muchas ocasiones, repercute negativamente en tales funcionarios, como en los destinados en Suiza, que se ven perjudicados económicamente por la no indexación al alza de sus prestaciones.

- Yendo ya al alegato principal, la eventual discriminación indirecta que supondría una medida de este tipo, carece de fundamento por dos motivos: El primero, porque se basa en la mera evidencia estadística más que en el contenido propio de la norma cuestionada. Así, esa evidencia prevalece sobre el hecho de que este principio se aplique también sobre los ciudadanos austriacos con hijos residentes fuera del país. Además, el dato estadístico según el cual esta medida afecta negativamente principalmente a las personas migrantes es puramente contingente, por la particular situación de Austria en el ranking de países con mayor nivel adquisitivo. No sería, por tanto, válido para cuestionar la legitimidad de esta medida, en su esencia. Supongamos que un principio de indexación como este es aplicado por Bulgaria, el país con un costo de vida menor en la UE. Todas las personas migrantes se verían beneficiadas por la medida, pues verían elevadas las prestaciones familiares por los hijos residentes fuera de Bulgaria, para atender las diferencias de coste en la cobertura de las necesidades de estas personas residentes en el exterior. Siendo así, no se aprecia aquí ningún tipo de discriminación indirecta, pues esta sería en todo caso una discriminación positiva. Lo que nos preguntamos pues, es cómo un mismo principio, el de indexación, puede resultar discriminatorio en un país y no en otro. La Comisión y el TJUE responderán que, con base en la estadística, pero en nuestra opinión hay que atender a la verdadera naturaleza de la norma cuestionada y en este caso, más que ver si genera perjuicio o no, discutir si el principio de igualdad debe garantizar un mismo importe real o nominal. La respuesta no puede ser, según lo entendemos nosotros, diferente en cada el país, según la posición que este ocupe en la escala de precios.
- Por último, el hecho de que las prestaciones no se ponderen según las necesidades concretas de cada beneficiario ni atendiendo al nivel de vida dentro de cada región austriaca nos parece inconsistente, pues esa inaplicación obedece a una simplificación de los módulos de referencia. Por supuesto podría lograrse una mayor precisión en el índice de precios si se circunscribe la región a considerar, pero este planteamiento podría llevar a una reducción al absurdo, pues dentro de cada región, también existen diferentes niveles de precios entre municipios, y, dentro de estos, también entre distritos, etc.

## **B. Discrepancia con la opción político-legislativa que prohibiría la indexación de las prestaciones familiares**

Aunque creemos, por todo lo expuesto, que el Reglamento 883/2004 podría admitir un sistema de indexación de las prestaciones como el discutido, si no cupiese tal interpretación cabría en cualquier caso una proposición *de lege ferenda* que admitiese expresamente esa posibilidad, bien sea como obligatoria o como opcional para los Estados que decidan aplicarla. De hecho, como evidenció la República de Austria, es el criterio que se sigue en multitud de normas reguladora de pagos que, causalmente,

afectan a las instituciones de la Unión Europea –pago del salario de sus funcionarios y becas Erasmus +–. Nadie hasta ahora había cuestionado la equidad de tales disposiciones, pero se niega su aplicación a aquellos casos en los que, como ocurre en materia de prestaciones, son los Estados miembros quienes soportan el gasto. Además, la ausencia de este mecanismo corrector en las prestaciones familiares promueve una triple disfuncionalidad desde un punto de vista de política legislativa:

1. De un lado, limita considerablemente las posibilidades que tienen los Estados para estimular su rejuvenecimiento demográfico a través de la política social. ¿Qué hubiese ocurrido si se hubiese invocado la necesidad de estimular el crecimiento demográfico? Supongamos que Austria, que está experimentando un claro proceso de envejecimiento, con un saldo vegetativo negativo de 7.996 muertes más que nacimientos cada año<sup>10</sup>– introduce estas prestaciones y deducciones familiares con el objetivo de promover el crecimiento de su población<sup>11</sup> ¿sería en ese caso contraria al artículo 7 del Reglamento 883/2004 la introducción de medidas que restrinjan su aplicación a los familiares residentes en su propio territorio nacional? En tal caso pudiera acogerse al principio consagrado en el apartado 16 del Reglamento 883/2004 según el cual, aunque 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”. Esta cuestión no se ha planteado en el litigio analizado, quizás porque para Austria era muy difícil atribuir finalidad demográfica a tales prestaciones, que se vienen abonando en términos muy similares desde el año 1967.
2. Por otro lado, la imposibilidad de indexación promueve un incentivo perverso para la disgregación familiar. En efecto, si los padres no emigran acompañados de sus hijos, estos ven incrementada en valores reales las prestaciones sociales recibidas. Para ejemplificar esto, piénsese en una prestación familiar de importe medio en Austria por valor de 250€. Si el hijo acompañase a su/sus progenitor/es a Austria, con tal importe apenas podría adquirir insumos básicos para la supervivencia, mientras que en países como Bulgaria podría alquilar dos viviendas<sup>12</sup>. Pensamos que serán residuales las familias en las que esta realidad suponga un verdadero estímulo para separación, pero obviando esa fe en la fraternidad humana, si nos atenemos al contenido objetivo de la

10. Diario Expansion/Datos Macro: “Austria - Pirámide de población”. Accesible en <https://datosmacro.expansion.com/demografia/estructura-poblacion/austria> (último acceso a 31 de octubre de 2022).

11. Piénsese en nuestro ya reformulado artículo 60 LGSS, que originalmente introducía un complemento sobre las pensiones contributivas por la “aportación de las mujeres al crecimiento demográfico”. Tenía una clara vocación de estímulo al crecimiento demográfico. Esa virtualidad queda cuestionada si debiera abonarse, en igual importe, por razón de los hijos tenidos en otros países. Es verdad que la norma no previó ningún tipo de distinción, pero nos parecería admisible atendiendo a la finalidad perseguida.

12. Expatistan: “Costo de vida en Bulgaria”, accesible en <https://www.expatistan.com/es/costo-de-vida/pais/bulgaria> (último acceso a 31 de octubre de 2022).

- norma, esta introduce –de forma implícita y no pretendida– un estímulo para la fragmentación de la familia.
3. Incita a los Estados a adoptar mecanismos prestacionales que, incrementando la carga burocrática para los beneficiarios, serían incuestionables desde el Derecho de la Unión y lograrán el mismo objetivo que se persigue con la indexación. Imaginemos que, en lugar de prestaciones en metálico, la República Austriaca dispensase prestaciones en especie, pongamos por caso, pañales, leche, alimentos nutricionales para bebés... Imagínese que se entregan directamente estas prestaciones a los trabajadores beneficiarios en centros físicos o se entregan cupones para su adquisición en establecimientos comerciales. Las personas migrantes sufren un perjuicio, ya que el envío de tales bienes a sus respectivos países les supone una pérdida de poder adquisitivo con respecto a un trabajador nacional, sin embargo, no encontramos macula de ilegitimidad en una medida de ese tipo.



# Recensiones



## Recensión de la obra de Fernando H. Llano Alonso (dir.) y Joaquín Garrido Martín y Ramón Valdivia Jiménez (coords.): *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, Laborum, Murcia, 2022

**José Manuel Sánchez Torrado**

Doctorando en Derecho

Universidad de Sevilla

Jmsanchez\_753@hotmail.com  0000-0002-4974-8103

Recibido: 12.11.2022 | Aceptado: 12.12.2022

El libro que a continuación se reseña es resultado del Proyecto de Investigación PID2019-108155RB-I00/AEI/10.13039/501100011033 “Biomedicina, Inteligencia Artificial, Robótica y Derecho: los retos del jurista en la era digital” y, concretamente, del Congreso Internacional sobre Inteligencia Artificial, Robótica y Filosofía del Derecho.

La obra aborda de forma decidida y certera los desafíos que plantea la irrupción de la inteligencia artificial en distintos ámbitos de la sociedad, analizando los beneficios y riesgos que genera esta tecnología. Asimismo, la presente obra no se detiene en la realización de un diagnóstico, sino que aporta numerosas propuestas para aprovechar el potencial de esta tecnología neutralizando los riesgos que puede generar. De esta forma, el presente libro fomenta el debate doctrinal relacionado con los usos de los sistemas de IA en todos los ámbitos de la sociedad, sus límites y el marco normativo apropiado para someter el potencial de estas tecnologías en aras a la protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas.

En cuanto a su organización, esta obra colectiva está compuesta por veintiún capítulos, distribuidos en cuatro bloques temáticos. Aunque la obra presenta un carácter interdisciplinar, todos los capítulos pueden relacionarse con temas centrales de la teoría y la filosofía del derecho, la teoría de la justicia y los derechos humanos en la era digital, como sostiene en la introducción del libro Fernando H. Llano Alonso.

A continuación, siendo fiel a la estructura de la obra, de forma breve y sin ánimo de exhaustividad por motivos de espacio, haremos referencia al contenido de los capítulos, destacando algunas de las consideraciones más relevantes de cada uno, con la finalidad

de dejar constancia del interés, oportunidad y calidad de los trabajos previstos en la aludida obra.

El primer bloque, relativo a la *inteligencia artificial, derechos y libertades*, está formado por los siguientes capítulos.

En el capítulo I, *ética, tecnología y derechos*, Rafael de Asís Roig analiza los problemas que las tecnologías convergentes plantean en relación con la protección de la identidad personal y reflexiona sobre la suficiencia del enfoque en derechos humanos, planteando cuál es regulación apropiada para estas tecnologías. Respecto a la primera cuestión, entre otros riesgos, el autor observa como una amenaza a la diversidad el uso de las tecnologías referidas para acabar con la discapacidad. En este contexto, para proteger la diversidad, el autor propone luchar contra las barreras que colocan a las personas con discapacidad en una situación de discriminación (situación) y no tanto contra las llamadas deficiencias (condición). Respecto a la segunda cuestión, el autor sostiene que el hecho de que los derechos humanos presidan la reflexión sobre la incidencia de las tecnologías en nuestra sociedad no implica, necesariamente, la imposición de límites al desarrollo de éstas. Finalmente, Rafael de Asís Roig observa que, en este contexto tecnológico, no se presta atención suficiente a la educación y la formación en derechos humanos, existiendo muchos cursos sobre tecnologías y pocos relativos a cuestiones éticas.

Por su parte, en el capítulo II, *la problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género)*. *¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?*, elaborado por Nuria Beloso Martín, se pone de manifiesto cómo la condición algorítmica está incidiendo en los derechos humanos. En este sentido, la autora sostiene que se deben de poner todos los medios para evitar que los programas de IA contengan sesgos de cualquier tipo y aprovechar la IA como un instrumento de inclusión. Asimismo, la autora pone en valor la función de la educación como herramienta de cambio para afianzar el derecho de la igualdad entre sexos. Finalmente, Nuria Beloso Martín afirma que, para neutralizar la incidencia de los sesgos en los derechos humanos, no basta establecer cómo deben de ser los algoritmos sino verificar que, efectivamente, se cumplen los requisitos establecidos para neutralizar los sesgos.

Seguidamente, en el capítulo III, *reflexiones sobre justicia, humanidad y digitalización*, escrito por Stefano Bini, se reflexiona sobre la tensión entre humanidad y artificialidad en el ámbito judicial y dónde se encuentra el punto de equilibrio en la gestión y funcionamiento del sistema judicial contemporáneo. A este respecto, el autor defiende la exigencia de la naturaleza necesaria e insuperablemente instrumental de la inteligencia artificial y de las tecnologías digitales en general, para la consecución de los objetivos de eficiencia y eficacia de los sistemas judiciales contemporáneos, rechazando la concepción de la transformación digital como fin.

Además, en el capítulo IV, *inteligencia artificial y derechos fundamentales*, por Laura Gómez Abeja, se aborda la incidencia de la IA y el *big data* en el derecho a la protección de datos personales y en el derecho a la no discriminación. Asimismo, en este trabajo se analizan los mecanismos de protección de los derechos referidos ante las nuevas formas de lesión e invasión provocadas por el uso de la IA. A este respecto, la

autora subraya la importancia de la ética, aunque sin sustituir el papel del derecho; reflexiona sobre la conveniencia de reconocer nuevos derechos para el contexto de la inteligencia artificial, poniendo en valor las garantías objetivas de carácter preventivo; particularmente, para garantizar el derecho a la protección de datos, considera importante el establecimiento de una limitación temporal real para la conservación de los datos; y, por último, destaca la labor jurisprudencial para garantizar la eficacia vertical y horizontal de los derechos referidos en un contexto marcado por el uso de los algoritmos.

Para finalizar el primer bloque, el capítulo V, *la fragilidad de la verdad en la sociedad digital*, elaborado por M<sup>a</sup> Olga Sánchez Martínez, muestra los beneficios y los riesgos de las tecnologías digitales para la comunicación e información en las sociedades del siglo XXI y, en última instancia, el efecto en la democracia. En este sentido, el trabajo analiza la capacidad de la tecnología digital para comprometer la verdad, tanto por los ciudadanos como por las autoridades e instituciones públicas, y generar desinformación. Asimismo, en este trabajo se constata cómo el entorno digital ha sido el instrumento para instalar la “cultura de la posverdad”, que hace circular información falsa, realidades a la carta, cargadas de contenido emocional con un gran impacto y efecto perturbador en la formación de la opinión pública que degenera la democracia. En este contexto, la autora sostiene que razón y emoción, objetivo y subjetivo, hechos y creencias no tienen por qué representar alternativas excluyentes como formas de acercarse a la realidad; y que en un sistema democrático las verdades absolutas dejan paso a las verdades consensuadas, históricas y sociales, basadas en el acuerdo entre ciudadanos libres e iguales.

El segundo bloque, relativo a la *filosofía y ética de la inteligencia artificial*, está compuesto por los siguientes capítulos.

Para iniciar el segundo bloque, el capítulo VI, *las transformaciones del derecho en la era de la ciudadanía digital: nuevos enfoques y vías para la didáctica y la formación jurídica*, elaborado por Thomas Casadei, se centra en el impacto de la tecnología en el derecho y en las profesiones jurídicas, el cual nos obliga a enfrentarnos a complejas cuestiones ético-sociales y a problemas jurídicos heterogéneos. Además, el autor muestra su atención en la relevancia de la brecha digital y en la incidencia de la tecnología en el papel de las instituciones académicas.

Asimismo, el capítulo VII, *inteligencia (artificial) y automatismo. Anatomía de un conflicto*, por Joaquín Garrido Martín, desde una perspectiva filosófico-científico nos muestra: por un lado, la radical humanización de la máquina y, por otro lado, cómo las tecnologías digitales pueden no solo influir en nuestro cerebro sino –tal vez– modificarlo. En este contexto, el autor observa preocupación en los pensadores sobre cómo la estructura de nuestra inteligencia está cambiando con y a través de las tecnologías digitales, es decir, la tecnologización de la mente a través del constante y regular contacto con el dispositivo digital. De esta forma, en este trabajo se pone de manifiesto la paulatina difuminación entre una inteligencia natural de otra artificial lo cual podría arruinar la capacidad crítica del ser humano.

Seguidamente, en el capítulo VIII, *singularidad tecnológica, metaverso e identidad personal: del homo faber al novo homo ludens*, Fernando H. Llano Alonso reflexiona sobre la crisis de identidad personal y humana ante la progresiva autodeterminación de las máquinas desarrolladas con IA, la expansión del mundo virtual y la inmersión del individuo en un metauniverso (o metaverso) que plantea numerosos interrogantes de índole antropológico, ético, político y sociológico. En segundo lugar, el autor trae a colación el debate ético-jurídico en torno a los neuro-implantes y el uso terapéutico de la inteligencia artificial. En este contexto, se introduce el debate doctrinal en torno al reconocimiento de una nueva clase de derechos humanos: los neuroderechos. Finalmente, el autor se ocupa de la identidad personal ante la irrupción del metaverso digital, indicando que la cada vez más tenue línea de separación entre el mundo natural-real y el universo digital-artificial nos previene del riesgo de minusvalorar la necesidad de preservar la identidad humana. En este sentido, Fernando H. Llano Alonso observa que las leyes existentes resultan ya insuficientes para regular los problemas causados en el espacio digital por un metaverso, resultando necesario un marco regulatorio del metaverso que dé respuestas legales a los nuevos problemas que plantea.

Por su parte, el capítulo IX, *en primera persona. Un réquiem por el derecho de la era digital*, por Stefano Petropaoli, se ocupa sobre la deshumanización del derecho en el marco del avance de las tecnologías digitales. En este sentido, el autor sostiene que el problema no se trata de reconocer personalidad jurídica a robots o máquinas dotadas de inteligencia artificial, sino en reconocer que el androide se represente a sí mismo. Para el autor, negar la posibilidad anterior en base a que el derecho es creado por el hombre y para el hombre, no permite eludir consideraciones como: primero, que estamos asistiendo a un fenómeno de datificación de la persona, reduciendo la persona a datos y, segundo, que el mundo del hombre se está fusionando con el de la máquina (el hombre se mecaniza y la máquina se humaniza) dando pasos hacia lo transhumano.

En el último lugar de este bloque, el capítulo X, *inteligencia artificial y libertad religiosa: más allá de la distopía. Una propuesta iusfilosófica*, elaborado por Ramón Darío Valdivia Jiménez, analiza como el uso de la IA en la vigilancia de los espacios públicos, particularmente, en acontecimientos religiosos incide en el derecho fundamental de la libertad religiosa. En este contexto, el autor plantea –siguiendo a Jonas o Habermas– recuperar unos principios éticos y jurídicos que salvaguarden la humanidad de una posible deriva excesivamente controladora de la IA en materia religiosa y que, en aras a los anteriores principios, se promocióne y se garantice el derecho a la libertad religiosa en un contexto protagonizado por el avance de las tecnologías. En este sentido, desde una perspectiva iusfilosófica, el autor propone la aplicación del principio de precaución a fin de valorar los riesgos que la IA presenta en relación con los datos personales de los ciudadanos, especialmente los relacionados con la intimidad y la libertad religiosa, moral o de creencias.

El tercer bloque, concerniente a la *robótica e inteligencia artificial jurídica*, está conformado por los siguientes seis capítulos.

Abriendo el tercer bloque, el capítulo XI, *desafíos iusfilosóficos de las armas autónomas*, escrito por Roger Campione, reflexiona sobre el impacto de la inteligencia artificial en el *ius in bello* y, en particular, sobre la responsabilidad jurídica exigible de los actos cometidos por un sistema de inteligencia artificial. En este trabajo el autor se refiere a los problemas que afectan al derecho desde una perspectiva internacional, donde resulta complejo disponer de una categoría normativa para afrontar la resolución de conflicto o la imposición de sanciones. Asimismo, en este texto se muestra cómo el desarrollo tecnológico provoca cambios en el armazón normativo y axiológico de la guerra y marca el fin de una ética basada en los valores individuales del duelo bélico o la habilidad táctica de la estrategia. En este sentido, se constata una progresiva despersonalización del oficio de la guerra, otorgando un poder cada vez mayor a los productos de la inteligencia artificial. Finalmente, el autor trae a colación el debate referido a la utilización de los sistemas autónomos como sustitución de los soldados en el campo de batalla, pudiendo observarse una doctrina con posiciones enfrentadas.

De forma posterior, en el capítulo XII, *la justicia predictiva: tres posibles usos en la práctica jurídica*, elaborado por Miguel de Asís Pulido, se analiza cómo afecta la inteligencia artificial a la práctica del derecho, concretamente, se investiga acerca de la justicia predictiva en relación a las bases éticas que garanticen el derecho al debido proceso en la era algorítmica. El presente trabajo, en primer lugar, se detiene en el sistema algorítmico predictivo, explicando el funcionamiento de éste y las limitaciones del mismo. En segundo lugar, se reflexiona sobre la propuesta de sustituir el papel del juez por el algoritmo predictivo en los litigios sencillos, intentando determinar el término sencillo. Finalmente, el autor analiza los beneficios y riesgos de utilizar el sistema algorítmico en el proceso, concretamente, en tres momentos: aplicación del derecho, fiscalización de sentencias y pronóstico para la estrategia procesal. En relación a las cuestiones anteriores, el autor sostiene que el uso que se le quiera dar a la inteligencia artificial en el proceso dependerá de cómo se posicione la sociedad respecto a estas cuestiones y de lo que entendamos la Justicia.

Asimismo, en el capítulo XIII, *protección penal de los neuroderechos: el uso directo de las neurotecnologías sobre el ser humano*, por M<sup>a</sup> Isabel González Tapia, se reflexiona en relación a los riesgos derivados del uso de las neurotecnologías y de los potenciales lineamientos políticos-criminales de la protección de los neuroderechos. Así, en este trabajo se pone de manifiesto la capacidad de las neurotecnologías para modificar nuestro cerebro, nuestra personalidad y comportamiento. En base a este potencial, la autora formula una revisión político-criminal para reconocer y proteger los neuroderechos a través del derecho penal. Si bien, finalmente, en este trabajo no se oculta las dudas sobre el papel que el derecho penal debe jugar ante el avance imparable de la neurociencia e inteligencia artificial y sobre la capacidad de este derecho para ejercer una protección efectiva frente a estas nuevas formas de dañar a bienes jurídicos centrales. A mayor abundamiento, se cuestiona que la propia sociedad respalde intervenciones restrictivas del derecho penal en un contexto en el que la sociedad está despojada a acceder a contenidos veraces y prima los potenciales beneficios a medio

plazo frente a los riesgos del uso de las neurotecnologías. En definitiva, la autora sostiene que una política-criminal restrictiva en este contexto está condenada al fracaso.

Por su parte, el capítulo XIV, *reflexiones en torno a la personalidad electrónica de los robots*, por Adolfo J. Sánchez Hidalgo, aborda la personalidad electrónica de los robots analizando la viabilidad de aquella desde la perspectiva religiosa, filosófica, neurológica y jurídica. A este respecto, la primera perspectiva rechaza la personificación de los robots en base a la falta de dignidad ontológica del ser humano como criatura de Dios a su imagen y semejanza. Acerca de la segunda, se cuestiona críticamente la verdadera naturaleza de la autonomía del robot inteligente. Y, desde la perspectiva de la neurociencia, la posibilidad se rechaza teniendo que el cerebro es una realidad biológica enormemente compleja que en la actualidad no entendemos y, por tanto, no podemos reproducirla tecnológicamente. Finalmente, desde la perspectiva jurídica, el autor defiende para los robots y sistemas de IA el estatus jurídico de las cosas u objetos, lo que no provoca la desprotección de los mismo, resultando crucial establecer un sistema de deberes en el uso de los sistemas referidos para evitar el abuso y la desviación del manejo y disfrute. En este sentido, el autor concluye indicando que los avances deben servir al hombre y al bien de la humanidad en su conjunto y no al bien de unos pocos.

Seguidamente, en el capítulo XV, *derecho del trabajo, inteligencia artificial y robótica*, por María Sepúlveda Gómez, se reflexiona sobre el impacto de la digitalización en el ámbito de las relaciones laborales. A este respecto, la autora sostiene que la nueva revolución industrial supone nuevo paradigma técnico-económico y social que exige una transición justa. En este sentido, resulta necesaria una ordenación jurídica de la relación de trabajo que no cuestione los valores y principios propios del Estado social y supere las reglas que solo obedecen a la lógica económica. Seguidamente, el trabajo ofrece datos relativos a la implantación de la IA y robótica en las empresas, que manifiestan un incremento progresivo del uso de estos sistemas, aunque de forma desigual por sectores, territorios y tamaño de empresa. Por otro lado, este trabajo pone en valor el papel de la negociación colectiva ante la IA y la robótica, constituyéndose como un recurso jurídico laboral adaptativo, ágil y versátil para dar respuesta idónea a las exigencias de un mercado de trabajo masivamente digitalizado y tecnológico, desde el valor democrático que representa el equilibrio de poderes en la gobernanza de las relaciones laborales y su capacidad de ordenar las singularidades de sectores y empresas, aportando flexibilidad y resiliencia, mayor seguridad jurídica y menor nivel de conflictividad. Finalmente, la autora sostiene que el punto de partida de los grandes cambios que genera la digitalización y la IA debe de ser el mantenimiento del nivel de derechos de las personas trabajadores alcanzados; aunque reconoce que los cambios requieren de una reelaboración de la ordenación normativa del trabajo al nuevo contexto digital sin que esto suponga un retroceso de derechos.

Para cerrar el tercer bloque, el capítulo XVI, *inteligencia artificial y justicia digital*, elaborado, por José Ignacio Solar Cayón, aborda el debate sobre la aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia desde un enfoque pragmático basado en las capacidades y limitaciones de la inteligencia artificial y de sus posibles

beneficios y riesgos. En este sentido, este trabajo nos ofrece una imagen completa de los distintos sistemas de IA utilizados en la Administración de Justicia, clasificándolos según el tipo de tarea que desempeñan y su incidencia en la función judicial. Finalmente, el trabajo se centra en la noción de tribunal online que, además de generar nuevas formas de actuación que pueden facilitar la accesibilidad al tribunal y mejorar la eficiencia, supone una revisión de ciertos principios básicos de nuestro proceso judicial.

Por último, el cuarto bloque, acerca del *derecho internacional, Estado de derecho y Administración digital*, está compuesto por los capítulos siguientes.

En primer lugar, el capítulo XVII, *significado y alcance de los valores de la Carta de Naciones Unidas en la regulación internacional de la inteligencia artificial*, por Daniel García San José, estudia la influencia de los valores que inspiran la Carta de las Naciones Unidas en la regulación internacional de la IA, centrándose particularmente en la Recomendación sobre la ética Artificial aprobada por la UNESCO el 23 de noviembre de 2021. Entre otras ideas, el autor sostiene que la idea de justicia social, en un sentido similar al evocado en la Carta de Naciones Unidas, aparece como un elemento transversal en los once ámbitos de actuación contemplados en la recomendación citada de forma más o menos explícita. Asimismo, el autor indica que la IA es un fin y no un medio en sí misma, siendo el fin el desarrollo de los pueblos, de conformidad con los valores compartidos de la Carta de Naciones y de los instrumentos internacionales que reivindican una aproximación ética al ciclo de vida de los sistemas de IA.

Seguidamente, el capítulo XVIII, *inteligencia artificial y el fenómeno de la desinformación: el papel del RGPD y las garantías recogidas en la propuesta de la Ley de servicios digitales*, elaborado por Ana Garriga Domínguez, aborda la relación entre el fenómeno de la desinformación, a través del uso de la inteligencia artificial, y su impacto en las libertades de expresión e ideológica. En este sentido, la relación entre la garantía de la privacidad de las personas y el ejercicio de las libertades de expresión e información y, consecuentemente, con la garantía de la formación de una opinión pública libre constituye una de las ideas centrales del trabajo. Entre las conclusiones previstas este trabajo, podemos destacar dos: en primer lugar, las plataformas, a través de las redes sociales, potencia los efectos de las fake news multiplicando y diseminando la desinformación. Y, en segundo lugar, los filtros burbuja que explotan el sesgo de confirmación limitan nuestra visión del mundo y, consecuentemente, nuestra capacidad para conocer y comprender la realidad y los puntos de vista de aquellos que por disentir de nuestra opinión son relegados por un sistema de inteligencia artificial. Para neutralizar los peligros anteriores, la autora considera relevante el principio de transparencia, la aplicación de las normas europeas que garantizan la protección de datos personales, la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas y la exigencia de responsabilidades a los actores del ecosistema digital que se benefician de las conductas nocivas.

Por otro lado, el capítulo XIX, *decisiones automatizadas, derecho administrativo y argumentación jurídica*, elaborado por Leonor Moral Soriano, estudia el impacto de la IA en la actuación administrativa y, principalmente, en los principios que rige la actua-

ción administrativa. A este respecto, ante la ausencia actual de normativa específica que regule el uso de la IA, la autora señala que se debe de aplicar el derecho administrativo a las decisiones automatizadas realizadas en un proceso administrativo. Asimismo, a través de la exposición de experiencias nacionales, la autora considera de máxima relevancia el principio de transparencia, que debe de garantizar la interpretabilidad, explicabilidad y justificación de las decisiones basadas en sistemas de IA en un procedimiento administrativo. Finalmente, este trabajo atiende a los límites de la IA en la actividad administrativa, en base a los cuales se sostiene que los sistemas de IA serán siempre un instrumento para justificar el acto administrativo y, por lo tanto, sometidos a control de razonabilidad como cualquier otro argumento utilizado en el discurso jurídico.

Por su parte, el capítulo XX, *España digital 2025. Estrategia nacional de inteligencia artificial*, por Álvaro Sánchez Bravo, analiza el Plan digital 2025 y la Estrategia nacional de inteligencia artificial. En relación al primero, el trabajo destaca que España pone en marcha un conjunto de reformas estructurales que moviliza un importante volumen de inversión, con la finalidad de dar un impulso a la transformación digital del país como una palanca fundamental para relanzar el crecimiento económico, la reducción de la desigualdad, el aumento de la productividad y el aprovechamiento de todas las oportunidades que brindan las nuevas tecnologías con respeto a los valores constitucionales y europeos, y la protección de los derechos individuales y colectivos. Por su parte, la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, pretende poner el desarrollo tecnológico al servicio de la sociedad, como un factor de salvaguarda de nuestro estado de bienestar social, y convertir a la IA en el gran vector de cambios estructurales de la sociedad española. Finalmente, el autor concluye que en esta nueva sociedad digital el ciudadano debe seguir siendo el centro de toda política, ya que de lo contrario arrastraría a los procesos tecnológicos hacia una despersonalización que los haga asfixiantes e inoperantes frente a los ciudadanos.

Por último, el capítulo XXI, *breves reflexiones sobre la importancia del Estado de derecho en el desarrollo del marco legal sobre los sistemas de inteligencia artificial en la Unión Europea*, elaborado por Diana Carolina Wisnes Glusko, estudia la importancia del Estado de derecho en el desarrollo del marco legal sobre los sistemas de IA en la UE. En torno al objeto referido, el trabajo se detiene en tres cuestiones: primero, en qué medida las propuestas de regulación europeas para la regulación de la IA se fundamentan en la garantía del Estado de derecho; segundo, si el derecho condiciona cómo se desarrolla y se aplica la IA o si, por el contrario, son estas las que dan forma al derecho; y, finalmente, cómo debería ser la IA para no contribuir al debilitamiento del Estado de derecho. En este sentido, la autora sostiene que los trabajos, propuestas y contribuciones de las instituciones europeas reconocen la importancia del Estado de derecho desde la misma base que da fundamento al planteamiento de un marco regulador europeo de IA. Asimismo, se concluye que el condicionamiento entre la tecnología y el derecho podría ser recíproco si se analiza desde una perspectiva tanto temporal como espacial. Finalmente, la autora sostiene, en relación con la finalidad del uso de la IA, que el punto de partida es propiciar el bienestar social, el desarrollo

tecnológico y el reconocimiento de la dignidad de las personas y del resto de derechos fundamentales en un Estado de derecho. A este respecto, según la autora debemos de asegurar que la regulación no solo sea compatible con el Estado de derecho, sino que efectivamente integre sus principios y presupuestos básicos.

En base al contenido expuesto anteriormente, podemos comprobar que nos encontramos ante una obra: necesaria, por la relevancia de la materia, teniendo en cuenta la potencial incidencia de la IA en los derechos humanos y fundamentales de las personas y los múltiples desafíos que esta conlleva para la sociedad; oportuna, porque nos encontramos en la actualidad ante una regulación en ciernes de los sistemas de IA, cuyo debate resulta esencial; y, de referencia, en atención a la calidad de los trabajos que nos permiten acercarnos desde diferentes perspectivas y comprender el fenómeno de la IA que ha irrumpido en nuestra sociedad y que se encuentra en continua transformación.

Por las razones expuestas, por último, corresponde felicitar a todos los ponentes por sus magníficos trabajos, al Director Fernando H. Llano Alonso y a los Coordinadores Joaquín Garrido Martín y Ramón Valdivia Jiménez por la celebración del Congreso Internacional referido y por los resultados obtenidos, concretamente, por la publicación de esta obra colectiva.



## Resenha de Cléber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães Rabello de Almeida: *Diálogos em Sociologia do trabalho: a precariedade laboral no Brasil,* Conhecimento, Belo Horizonte, 2021

**Luiz Antônio da Silva Bittencourt**

Doutorando em Direito na modalidade de co-tutela com dupla titulação

PUCRS e US

luizsofia@yahoo.com.br  0000-0001-8653-5994

Recibido: 25.11.2022 | Aceptado: 30.11.2022

A obra escrita pelos professores Cléber e Wânia, publicada no ano de 2021 pela editora Conhecimento é composta de 07 (sete) capítulos é inovadora no tema e digna de investigação por aqueles que se dedicam a estudar sobre o tema de Direito do Trabalho, principalmente numa dimensão filosófica e sociológica.

O primeiro capítulo sob o título “Direito do Trabalho e Liberalismo”, os professores dedicam a uma profunda investigação sobre a relação entre o Direito do Trabalho e neoliberalismo, sustentando que a racionalidade do neoliberalismo, econômica, que busca a pejetização da força de trabalho; política no sentido de que impregna uma política de autoregulação do mercado; ideológica de forma que pois a cada escolha política, prevalece uma visão de mundo; cultural pois impõem uma consciência de consumismo irresponsável; e normativa, uma vez que prega o não intervencionismo no mercado de trabalho. A política do liberalismo é justamente é a construção de um mercado perfeito, o que, como demonstram os autores, uma utopia.

No segundo capítulo intitulado “Precariedade Laboral: conceito”, de forma brilhante, os autores constroem um conceito de precarização laboral, como aquele em que se fundamenta na máxima “Direito para além do Estado” e “Estado sem direito protetivo aos trabalhadores”, sustentando que tratar-se daquele em que há incerteza quanto as garantias, durabilidade, contrato a tempo parcial, contrato a termo, sendo que o que prevalece é a instabilidade pessoal do trabalhador nas mais diversas esferas sociais e pessoais, ocorrendo flexibilização, inclusive de *standers* mínimos protetivos reconhecidos internacionalmente. Precário é o trabalho que não gera segurança social, causando um

discurso de coisificação e precificação do trabalhador, violando inclusive o princípio internacional de que o trabalho não é uma mercadoria, com um discurso e política que busca retirar dos trabalhadores a consciência de classe, gerando enfim, vulnerabilidade social.

Já no terceiro capítulo, sob o título “A precariedade laboral como fenômeno multidimensional”, a análise centra-se em demonstrar que o fenômeno da precarização vem ocorrendo não somente no Brasil, mas num nível mais abrangente, embora haja um vasto arcabouço normativo em que reconheça que os Direitos Humanos Trabalhistas visam assegurar aos trabalhadores um mínimo de dignidade, estão sendo violados através de uma política deliberativa, pois é um fim perseguido pelo mercado e pela política ultraliberal de mínimo intervencionismo estatal, onde o trabalhador deve gerir suas próprias responsabilidades e direitos.

O próximo capítulo com o tema da “Dimensões e Indicadores da Precariedade Laboral”, há uma análise sobre o alcance da precariedade econômica, existencial, política, jurídica, cultural, ecológica e subjetiva, demonstrando como afeta a vida daquele que depende de sua força de trabalho. É um capítulo que merece destaque em face da forma como é construída a argumentação para demonstrar as hipóteses de precariedade laboral e como afetam em concreto a vida social e pessoal das pessoas.

Prosseguindo, no capítulo quinto “Precariedade como Fenômeno Relacional”, o que, na opinião desse investigador, é o núcleo da obra e que demonstra o quão conhecedores são os autores em matéria laboral, pois tem-se de forma brilhante uma análise do Direito do Trabalho numa perspectiva internacional, demonstrando as violações aos tratados internacionais de direitos humanos, ponto que merece uma atenção especial nesse pequeno ensaio.

Os autores, nesse capítulo demonstra que o vasto arcabouço normativo de legislação internacional traz uma ampla tutela aos trabalhadores, desde uma perspectiva global, através dos tratados internacionais com essa vocação, a blocos regionais, como União Europeia e MERCOSUL. A escolha de alguns tratados foi feita de forma coerente com a proposta da obra, o que justifica o corte metodológico.

Já no capítulo sexto, tem-se uma atenção para a situação no Brasil. Os autores dedicam uma reflexão pontual sobre algumas alterações ocorridas nos direitos trabalhistas e como essas alterações tem violado um mínimo existencial dos trabalhadores, principalmente com a reforma trabalhista de 2017, afirmando que essa legislação instaurou no Brasil a “era do precariado”. O capítulo intitulado “A Precariedade Laboral como Fenômeno Relacional. A Precariedade Laboral no Brasil e a instauração da ‘Era do Precariado’”.

E por fim, no último capítulo nominado “Breves Considerações sobre Políticas e Práticas de Resistência à Precariedade Laboral”, os autores aponto possíveis caminhos de resistência para essa política de precarização dos direitos laborais, mais precisamente 15 (quinze) pontos que podem ajudar a centralizar políticas normativas no homem que dependem de sua força de trabalho para sobrevivência.

O livro é de uma riqueza singular e alcança de forma satisfatória a proposta de reflexão apontada na introdução. Além do mais, é necessário destacar que os autores

tem um conhecimento expressivo da doutrina atual do tema da precarização laboral a nível internacional, como se pode constatar pela vasta referência bibliográfica, com uso de 225 (duzentos e vinte e cinco) obras diferentes, desde coletâneas, obras individuais, periódicos, sites de notícias.

Dessa forma, o livro é produto de uma investigação séria e profunda, que é digno de leitura obrigatória para qualquer investigador ou amante do Direito do Trabalho, pois, de forma concisa e consciente, traz um panorama mundial sobre essa ciência e como ela tem sido, conscientemente e voluntariamente flexibilizada em decorrência de um discurso de estímulo a economia, a criação de novos postos de “emprego”, mas numa postura de que é necessário ter trabalho, mesmo que seja sem direitos.

Enfim, o livro nos traz uma visão de que o Direito do Trabalho, mesmo com todo um esforço que há para a sua desconstrução, tem ainda cumprido, mesmo que a duras penas sua missão. O combate a mazelas imprimidas pelo capitalismo liberal de mínimo intervencionismo objetiva o trabalhador e buscar transformar essa ciência em obsoleta e por isso necessário novos mecanismos de resistência.



# Varia



# Employment opportunities for personal and professional development for women in Science and University Education - some Bulgarian experience

## OPORTUNIDADES DE EMPLEO PARA EL DESARROLLO PERSONAL Y PROFESIONAL DE LAS MUJERES EN LA ENSEÑANZA CIENTÍFICA Y UNIVERSITARIA - ALGUNAS EXPERIENCIAS BÚLGARAS

Lilyana Nacheva-Skopalik

[lilis@tugab.bg](mailto:lilis@tugab.bg) 0000-0003-4422-2767/

Recibido: 08.06.2022 | Aceptado: 13.12.2022

### ABSTRACT

Decent Work measurements and monitoring is high in the agenda of International Labour Organization (ILO). "Employment opportunities for personal and professional development" is an indicator with a high rank within accepted emerging set of Decent Work indicators. Research team begins investigation to explore this indicator within area of science and university education and involvement of women. Some examples for contribution of women in achieving girls and women education and development of education system in Bulgaria in historical periods are given. Paper presents data for proportion of women in modern Bulgarian Higher education system. Future research within Decent Work network is anticipated to collect, analyze and compare data for partner universities.

### RESUMEN

La medición y el seguimiento del trabajo decente ocupan un lugar destacado en la agenda de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). "Oportunidades de empleo para el desarrollo personal y profesional" es un indicador con un alto rango dentro del conjunto emergente aceptado de indicadores de Trabajo Decente. El equipo de investigación comienza a explorar este indicador en el ámbito de la educación científica y universitaria y la participación de las mujeres. Se ofrecen algunos ejemplos de la contribución de las mujeres a la educación de niñas y mujeres y al desarrollo del sistema educativo en Bulgaria en periodos históricos. El documento presenta datos sobre la proporción de mujeres en el moderno sistema búlgaro de enseñanza superior. Se prevé que en el futuro la red de Trabajo Decente recopile, analice y compare los datos de las universidades asociadas.

### KEYWORDS

Decent work  
Education  
Bulgaria

### PALABRAS CLAVE

Trabajo digno  
Educación  
Bulgaria

## SUMMARY

- I. INTRODUCTION
  - II. WOMEN IN SCIENCE AND HIGHER EDUCATION IN BULGARIA FOR THE PERIOD MID 19<sup>TH</sup> CENTURY - MID 20<sup>TH</sup> CENTURY
  - III. WOMEN IN HIGHER EDUCATION IN BULGARIA IN MODERN SOCIETY
  - IV. CONCLUSIONS
- References

## I. INTRODUCTION

International Labour Organization (ILO) has approved the need for Decent Work measurements and monitoring<sup>1</sup>.

The four strategic pillars of the Decent Work Agenda are defined as: full and productive employment, fundamental rights at work, social protection and the promotion of social dialogue. Decent Work Indicators Framework adopted at the International Conference of Labor Statisticians (ICLS) in December 2008 covers ten substantive elements corresponding to these strategic pillars<sup>2</sup>.

Ten areas are:

- Employment opportunities;
- Adequate earnings and productive work;
- Decent working time;
- Combining work, family and personal life;
- Work that should be abolished;
- Stability and security of work;
- Equal opportunity and treatment in employment;
- Safe work environment;
- Social security;
- Social dialogue, employers 'and workers' representation.

These elements were the starting point to define the emerging set of Decent Work indicators shown in Table 1<sup>3</sup>.

1. <http://www.ilo.org/global/topics/sdg-2030/lang--en/index.htm>, <http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>, [www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm).

2. [https://www.ilo.org/global/meetings-and-events/campaigns/voices-on-socialjustice/WCMS\\_099766/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/meetings-and-events/campaigns/voices-on-socialjustice/WCMS_099766/lang--en/index.htm), [https://www.ilo.org/integration/themes/mdw/WCMS\\_123804/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/integration/themes/mdw/WCMS_123804/lang--en/index.htm).

3. Nacheva-Skopalik, L.: "Investigación piloto para definir las prioridades del conjunto incipiente de indicadores de trabajo digno", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 3, 2020 y Nacheva-Skopalik, L.: "Evaluation of decent work using emerging set of indicators", *II international workshop on decent work and the future of work*, 7-8 of May, 2018, University of Malaga.

**Table 1.**

*Decent Work indicators*

Indicators of Decent Work
Employment opportunities for personal and professional development
Adequate earnings and productive work
Decent working time
Environmental quality in the workplace
Decision-making capacity in the workplace
Decision-making capacity in the co-management of the company
Combining work, family and personal life
Work that involves antisocial, antihuman and criminal activities
Stability and security of work
Equal opportunity and treatment in employment
Social dialogue, employers 'and workers' representation
Social security

Initial experience in research for evaluation of Decent Work up to now shows that exploring the whole set of indicator appears to be a research topic of a great scale [DW 2018]. In order to reduce area of study and data collection each individual indicator for different professional areas can be investigated separately. Go further, research for a general evaluation for this complex and multifaceted question is a next step.

During a pilot investigation the importance of the chosen indicators was evaluated using an approach for objective evaluation of subjective opinions. Inquiries among university lecturers and students showed that "Employment opportunities for personal and professional development" indicator is with a high rank –second and third respectively for the mentioned enquiries–<sup>4</sup>.

Since research team work at university it is reasonable to begin research on this indicator in the area of science and university education, having personal professional experience. Furthermore, academic staff varies in terms of professional area, age, and academic level etc. Having female colleagues and also colleagues with different origins different examples of situations which cause stress or happiness at the workplace are observed. One natural question which needs an answer is if there is something like a female perception of what Decent Work should be.

Investigation for university employment opportunities and not only access but also professional promotion is the basis to analyze if there are visible or invisible

4. Nacheva-Skopalik, L.: "Investigación piloto para definir las prioridades del conjunto incipiente de indicadores de trabajo digno", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 3, 2020 y Nacheva-Skopalik, L.: "Evaluation of decent work using emerging set of indicators", *II international workshop on decent work and the future of work*, 7-8 of May, 2018, University of Malaga.

obstacles for women and men. Questionnaires can check and visualize social and legal problems to achieve the idea of Decent Work in different Universities and also can give options to learn from good practices. A starting point can be some results from national surveys and official statistical information about women and men at Universities. This paper presents the first step in research work on this area within Decent Work research team. Various future research for partner universities are anticipated. Analysis of collected data, their comparison and summarizing would lead to needed answers.

## II. WOMEN IN SCIENCE AND HIGHER EDUCATION IN BULGARIA FOR THE PERIOD MID 19<sup>TH</sup> CENTURY - MID 20<sup>TH</sup> CENTURY

Before discussing available statistical data for current stage some information for the past times is given below. The goal is not to present a full historical review for women working in science and university education. The idea is with some strong examples of remarkable persons to give an indication of the significant steps in the process of achieving girls and women education, further professional development and contribution of educated women as teachers at school and university and scientists in the conditions of complicated and multifaceted historical periods.

In the period from the end of the 14<sup>th</sup> to the end of the 19<sup>th</sup> century there was no independent Bulgarian state. The lands inhabited by Bulgarians were under the control of the Ottoman Empire which established a harsh order in the conquered lands. If a man is to be educated, to understand commerce, to engage in crafts, government or war, then women's opportunities are seen in terms of being able to rotate, maintain a home, and care for children and regarded as second-hand. Under the laws of the Ottoman Empire girls are forbidden to be literate with boys.

At the beginning of the 18<sup>th</sup> century, new educational needs for girls have been felt. A strong impulse for enlightenment is given by Renaissance and Enlightenment ideas. Emergence of national consciousness plays an important role for the process of spiritual awakening. The educational revolution among the Bulgarians during the Renaissance is as significant as the subsequent struggle for political liberation, remarkable with heroism, self-denial and sacrifice of its participants. Taking into account the fact that it is not realized due to a purposeful state policy, and more precisely despite the lack of a Bulgarian state and an independent Bulgarian exarchate, educational revolution becomes one of the unique and greatest episodes of Bulgarian history. One of the most valuable assets of the Bulgarian Revival period is education. Nowadays, if it is universal, accessible and easily achievable, it was unbearable during that unsecured era.

The emergence of the first girls' schools came about naturally, as a result of social processes. The first girls' schools are housed in women's monasteries and private homes, so called cellular schools. Teachers were nuns, women and daughters of cellular teachers, but occasionally the rule is broken and there are some male teachers.

The content, organization and teaching methods were identical to those of the men's cellular schools. The first known name of a cellular teacher is Hadji Trendafila, whose husband is a teacher in Sliven<sup>5</sup>.

Among the first cellular schools to open doors were in Kotel and Svishtov (1820), Gabrovo (1825), Teteven and Shumen (1828). In spite the inherent naivety regarding the organization of the learning process, they are the spiritual pillar upon which the first truly secular girls' schools were founded.

The unenlightened darkness for the Bulgarian girls ended in 1840, when a young woman, Anastasia Dimitrova, managed to make one of the major revolutions in Bulgarian education, namely to open the first secular girls' school in Pleven<sup>6</sup> The school gave equal rights and opportunities with the use of the mutual teaching method and trained students who would then continue her holy cause. Anastasia Dimitrova was born on May 12, 1815 in Pleven. A child of poor parents, her mother is a maid in the home of Bishop Agapi of Vrachna. She first studied with her benefactor, the bishop's mother. Later she continued her education at the Kalofer Virgin Monastery (1836-1839). She studies not only with nuns, but also with teachers like Botyo Petkov, Rayno Popovich, Bryko Genovich. She studies history, geography, arithmetic, grammar. The first secular girls' school in Pleven (1840) was funded by Bishop Agapiy. Her students also learn Greek. In 1845, about 90 girls from Pleven, Lovech, Troyan, Turnovo, Vratsa and others studied with Anastasia Dimitrova. The schoolgirls become teachers or open new mutual schools, such as in Panagyurishte and Vratsa (in 1842 and in 1843), and in some other places like Svishtov and Lovech. In 1856, the first Bulgarian class girls' school was opened in Shumen.

Anastasia Tosheva was born on 18 January 1837 in Eski Zaara, now Stara Zagora<sup>7</sup>. She initially studied in her hometown (1846-1848) and at Kalofer Monastery (1849). In 1850 Z. Knyazheski takes Anastasia to Mrs. Vasilyova's school boarding house. She is the first Bulgarian girl who has been sent to study in Odessa funded by money, collected by charity. She received her education at the Pedagogical Institute from 1850 to 1857 becoming first Bulgarian women teacher with pedagogical education degree. In 1857 she returned to her hometown and opened a Primary Girl's School under the Monastery Church "St. Dimitar", in which she taught until 1858. In 1863-1870 she taught at the class girl's school in Stara Zagora. From 1870 to 1876 she was the head teacher at the girls' school in Gabrovo and manager of the boarding house. Anastasha (as she was called in Gabrovo) has taught many prominent Bulgarian women with historical merits - Raina Popgeorgieva (Raina Knyaginya), V. Pishurkova (daughter of Krustyo Pishurka), Vela Blagoeva and others. Anastasia Tosheva outlines her views on girls' education and upbringing in the article "Encouraging Bulgarian women to progress" (1870). She advises women to fight for more science to catch up with

5. [bit.ly/3v9p24S](http://bit.ly/3v9p24S), <https://nauka.bg/nachalo-devicheskoto-obrazovanie-cveta-krastenyakova-1825-1919-2/>.

6. <https://bulgarianhistory.org/anastasiq-dimitrova/>, <https://impressio.dir.bg/izgubenata-balgariya/anastasiya-dimitrova-parvata-balgarska-uchitelka>, <http://www.desant.net/show-news/53051>.

7. <https://bit.ly/3hHICIH>, [bit.ly/3veuZ0c](http://bit.ly/3veuZ0c), <https://www.europeana.eu/bg/item/0943104/53896CA4105E1F2797D-D5E70735F821D76F3351E>.

educated women in Europe. Anastasia Tosheva develops active social activity - holds public lectures, organizes women's societies in Stara Zagora and Gabrovo. During the Russian-Turkish War of Liberation (1877 - 1878) she worked as a nurse in Tarnovo. On July 10, 1877, Anastasia Tosheva hold a speech welcoming the army of Gen. Gurko in Veliko Tarnovo. Between 1878 and 1892 she taught in Gabrovo. In Stara Zagora, in addition to teaching, she became the director of the newly opened girls' high school and the manager of the school boarding house. She translates books from Russian and French into Bulgarian. She found eternal rest in February 1919.

The development of the women's movement in Bulgaria began even before the Liberation of Bulgaria, from the middle of the 19th century. The first women's association was founded in 1857 in the town of Lom by teacher Krastio Pishurka, followed by establishment of women associations in other cities in the country.

With the peace pact from 03.03.1878 the Russian-Turkish war ended. This war is called war of liberation for Bulgarians, followed by steps for restoring of the Bulgarian state. The Unification of Bulgaria, which was an act of unification of the [Principality of Bulgaria](#) and the province of [Eastern Rumelia](#), happened on 06.09.1885. Independence of Bulgaria from the Ottoman Empire, The *de jure*, was [proclaimed](#) on 22 September 1908. At this period the foundations of the modern European state were developed.

At the end of 1899, 11 years after the Russian-Turkish war of liberation, the publication of the "Female Voice" newspaper began. At their national conference on July 10 - 14, 1901 the regional women's clubs united into a national organization - Bulgarian Women's Union. The first president of the BSC is Ekaterina Karavelova<sup>8</sup>. The goals of the union are "to mentally and morally elevate a woman and improve her situation in every way".

Tarnovo Constitution, the first constitution after liberation which was in power on 16.04.1879, says that all Bulgarian citizens have to pay taxes. The interpretation of this article is put into circulation and they pay. However, when Tarnovo Constitution states that all Bulgarian citizens over a certain age are voters, the interpreters, who are also its creators, do not allow women to vote. And it took decades to ask this question, women had to insist for their rights. Women were first allowed in the local and parliamentary elections in 1937 and 1938.

In addition to the political vote, women fight for equal rights in the field of education. The state creates many more high schools for men than girls. This immediately entailed the inability of women to study at Sofia University. Sofia University was established in 1888 and it was not until 1901 that women were first allowed to study in it. The opinion of those in power is that they are not sufficiently educated. At the same time the state deprives women of education by not creating adequate educational institutions for them. Some of the reasons are rooting in tradition. The traditional view for men and women is that women are private and men are public beings. Women should stay home and look after their children, family, while men should earn a living.

8. [https://dbpedia.org/page/Bulgarian\\_Women%27s\\_Union](https://dbpedia.org/page/Bulgarian_Women%27s_Union).

Bulgarian women entered science at the end of the First World War. Their admission to the University of Sofia and several scientific institutions such as National Ethnographic and National Archaeological Museum, is accompanied by apparent segregation. A survey of assistants in various faculties of Sofia University, made in the late 1930s, made it clear that “in Bulgaria, the disposition of science is still a monopoly of the man and the admission of the woman [...] becomes personal at her will,” and the prevailing stereotype is that a woman engages in the science of “megalomania or temporary entertainment until she is married and has a child”.

The first female lecturer at a Bulgarian university and the first female scientist in Bulgaria is the chemist Teodora Raykova<sup>9</sup>. Teodora Raykova was born in 1893 in Sofia. Her father is Prof. Pencho Raykov, founder of the Department of Chemistry at Sofia University. In 1918, two years after completing chemistry at Sofia University, age 25, Theodora was appointed assistant to her father at the Faculty of Physics and Mathematics. Thus she became the first female assistant professor at a Bulgarian university. She had her first scientific publication even before her appointment. In 1917 Raikova published her research on the reducing effect of chloroform on the Felling reagent, which binds to the formation of carbon dioxide, in the specialized German magazine. This is only the second scientific paper on chemistry of a graduate of Sofia University.

The first scientific paper of a woman student at Sofia University is from 1906 by Evgeniya Yurkevich, with whom Prof. Pencho Raykov works on the detection and determination of nitrotoluene in nitrobenzene and toluene in benzene, published in *Chemiker Zeitung*, №27, 1906. Evgeniya Yurkevich was born on 08.04.1879 in Svishtov. She was the first female student graduated chemistry in 1904/1905<sup>10</sup>

Raykova specialized in Germany (1922) and Austria (1931) and published in the leading German scientific publications *Zeitschrift für analytische Chemie* and *Deutsche Chemische Gesellschaft* (1929-1931), participated in the founding of the Sofia Chemical Society, was elected to the leadership of the Union of Chemists and is a delegate to their congresses. She is a long-time editor of “Chemistry and Industry magazine”. In 1918, Teodora Raykova proposed an original method for the detection of strontium in the presence of barium by gypsum solution, and in 1928 –the first color reaction to recognize American from Russian and Romanian oil–.

Although professors like Assen Zlatarov support women’s scientific careers at Sofia University, the majority of the academic staff is in a completely opposite position. In October 1924, the Academic Council amended the Assistant Regulations to allow the appointment of women at Sofia University only if there were no male candidates for the post. This policy has been maintained for at least 10 years and applies to the recruitment or renewal of contracts for faculty members, including Raikova. In 1926, Raykova published the first “Short Guide to Preparative Organic Chemistry”. Teodora’s independent research also presents her as the first woman scientist in Bulgaria.

9. [https://nauka.offnews.bg/news/Novini\\_1/Koia-e-parvata-zhena-prepodavatel-v-Balgarski-universitet\\_73268.html](https://nauka.offnews.bg/news/Novini_1/Koia-e-parvata-zhena-prepodavatel-v-Balgarski-universitet_73268.html).

10. <https://bit.ly/3WjLfcn>.

Theodora's successful career proves to be insufficient to secure her academic position and attempts are repeatedly made to terminate her contract on the pretext that she is the daughter of the head of the department. Even the excellent reviews of German professors about her research, which, in their opinion, "go far beyond the requirements of an assistant," as well as their admiration for Theodora's "remarkable scientific works" (according to Prof. Bush from Erlangen, would "honor and to any professor of chemistry"), they do not help her maintain her teaching position. Thus, in 1932, the contracts of Teodora and other assistants were canceled.

Depriving her of the opportunity to teach does not stop her from studying science. Theodora established her own laboratory for perfumery and cosmetics, where she combined experimental work with the pursuit of the profession. The laboratory was nationalized in 1944. Following the coup d'état of September 9<sup>th</sup>, 1944, Theodora hopes to be able to regain her position at Sofia University, since the leadership that terminated her contract was removed. However, this does not happen. Her application for academy at Bulgarian Academy of sciences (BAS) was unsuccessful. She also failed at the competition for a senior research fellow at the Institute of Chemistry at BAS in 1952.

For the rest of her life, Teodora Raykova is engaged in her favorite science outside the official institutions. Her research in the field of stereochemistry of oximes has aroused interest in specialized foreign press, as she is the only Bulgarian name cited in Paul Walden's review of organic chemistry. In 1955, her name was once again entered in the register of rationalizations of the so called that time Institute of Rationalization (today's Patent Office), which was working to create uniform standards in the industry – this time with a new method of destroying chrysalis-. She passed away in 1963 in Sofia.

Elisaveta Karamikhailova is the Nuclear Lady of Bulgaria<sup>11</sup>. Elisaveta Karamikhailova was born in 1897 in Vienna. Her mother, Mary Slade, is English-born and her father is Bulgarian. However, Elizabeth's family had to move to Bulgaria when her father, Dr. Ivan Karamikhailov, was appointed head of the Red Cross Hospital (today Pirogov hospital). From her parents, Elisaveta inherits patriotism, kindness and optimism. The young girl manifests the humanism she was brought up to help with her mother and sister during the Balkans and World War I, in which her father was a volunteer doctor. Elisaveta Karamikhailova is a graduate in physics of the University of Vienna –one of the most reputable institutions of higher education at the time-. The studies of the talented Bulgarian woman at the Radium Institute are mainly focused on gamma rays and the impact they have. She is also involved in the study of radioluminescence and radiophotoluminescence, which will contribute to the process of establishing the radiation that organisms receive over a period of time. Transmutation, i.e. the transformation of a chemical element into another as a result of a nuclear reaction is another branch of science to which Bulgarian attention is drawn. Her academic development does not stop here –she was later awarded a PhD-. Dr. Karamikhilova worked on large-scale study in 1931, conducted with the Austrian physicist Marieta

11. <https://bit.ly/3Gg33zE>, (<https://инженер.bg/инженерни-истории/удивителна-история-елисавета-карамихайлова-начало-ядрена-физика-бълг>, <https://bghelsinki.org/bg/what-we-do/campaigns/elisaveta-karamihajlova>.

Blau, which proved crucial for another revolutionary achievement –the discovery of a neutron, for which James Chadwick was even awarded the Nobel Prize –. During her stay in the Austrian capital, Dr. Karamikhailova also joined the International Society of Higher Education Women. She continues her scholarly career at the prestigious University of Cambridge, England, for which she received a scholarship. She works at the Cavendish Lab at the university, whose head was then the founder of nuclear physics, Lord Ernest Rutherford. There, she has the opportunity to collaborate with distinguished global names in the scientific world. At that time, Dr. Karamikhailova became acquainted with another area of this science –nuclear spectroscopy (part of nuclear physics, studying the properties of nuclear energy levels)–.

Despite the many perspectives and remarkable scientific activity in Europe, the Bulgarian genius of nuclear physics chooses to continue working in her homeland. She stubbornly follows this desire. After two refusals she receives when applying for a teaching position in the country, in 1939 she was already appointed an Assistant Professor. Elisaveta Karamikhailova founded and headed the Department of Atomic Physics at the Faculty of Physics of Sofia University “St. Kliment Ohridski “, where she became the first woman - habilitated teacher. In addition to bringing her own equipment and introducing hand-made equipment, she brings modern standards and training fields, as well as habits of the European way of life. She continues to work as a Principal at the Institute of Physics at the Bulgarian Academy of Sciences (BAS), where her focus is on radioactivity in nature. She also received the scientific title of Professor. At the end of her life, she donates all her property to the Bulgarian Academy of Sciences and donates her body for scientific purposes. The intangible heritage that Prof. Karamikhailova leaves behind is invaluable –dozens of scientific studies and incredible knowledge, which she passes on to her students and young Bulgarian scholars with the same dedication–.

### III. WOMEN IN HIGHER EDUCATION IN BULGARIA IN MODERN SOCIETY

National Statistical Institute (NSI) of Bulgaria<sup>12</sup> produces and provides to all user groups high quality statistical products and services, produced based on harmonized European methodologies and standards and observes the principles of the European Statistics Code of Practice. The official statistical information is intended for analyses and scientific studies, planning, prognosis and making managerial decisions at micro and macro level. Data for Bulgaria. Higher education institutions presented in this paper are taken from the official website of NSI.

There are two major groups in education, which are integral part of one process – students and teachers–. In order to have a full picture, discussing women involvement in university education it is necessary to have information for both students and

12. <https://www.nsi.bg/en>.

teaching staff. In fact, students, future university graduates, are future specialist in all areas, including profession of university lecturer. Therefore the proportion of women and men students is one indication for the future proportion at the labour market for people with university education.

In Table 2. and at Fig. 1. to Fig. 5. are presented data, taken from NSI<sup>13</sup>.

**Table 2.**  
*Graduates tertiary education*

GRADUATES TERTIARY EDUCATION BY EDUCATIONAL QUALIFICATION, DEGREE AND SEX					
	2015	2016	2017	2018	2019
	(Number)				
<b>Total</b>	<b>62 718</b>	<b>60 383</b>	<b>56 851</b>	<b>54 480</b>	<b>51 464</b>
<b>of which: female</b>	<b>37 717</b>	<b>36 961</b>	<b>34 506</b>	<b>32 801</b>	<b>30 962</b>
	<b>60%</b>	<b>61%</b>	<b>61%</b>	<b>60%</b>	<b>60%</b>
Professional bachelor	2 535	2 418	2 175	1 869	1 843
<b>of which: female</b>	1 408	1 380	1 248	1 104	1 122
	<b>56%</b>	<b>57%</b>	<b>57%</b>	<b>59%</b>	<b>61%</b>
Bachelor	31 623	30 895	28 926	27 831	25 807
<b>of which: female</b>	18 346	18 370	17 012	16 343	14 907
	<b>58%</b>	<b>59%</b>	<b>59%</b>	<b>59%</b>	<b>58%</b>
Master	27 118	25 606	24 327	23 415	22 529
<b>of which: female</b>	17 244	16 438	15 486	14 629	14 212
	<b>64%</b>	<b>64%</b>	<b>64%</b>	<b>62%</b>	<b>63%</b>
Doctor	1 442	1 464	1 423	1 365	1 285
<b>of which: female</b>	719	773	760	725	721
	<b>50%</b>	<b>53%</b>	<b>53%</b>	<b>53%</b>	<b>56%</b>

Numbers clearly show that percentage of female students is sustainably higher than percentage of male students. This applies for the total number of graduates and for different educational degrees.

13. <https://bit.ly/3vaX0FZ>

Figure 1.  
*Graduates tertiary education*

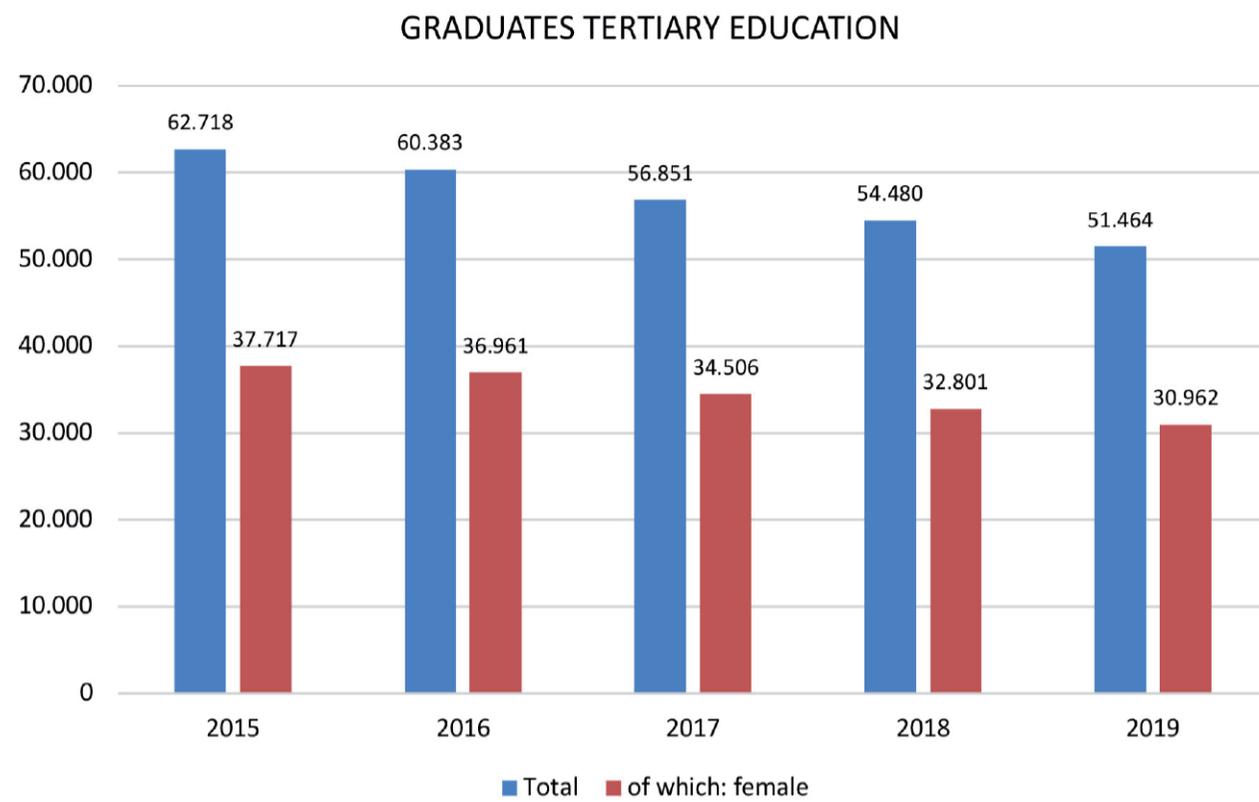


Figure 2.  
*Graduates – professional bachelor*

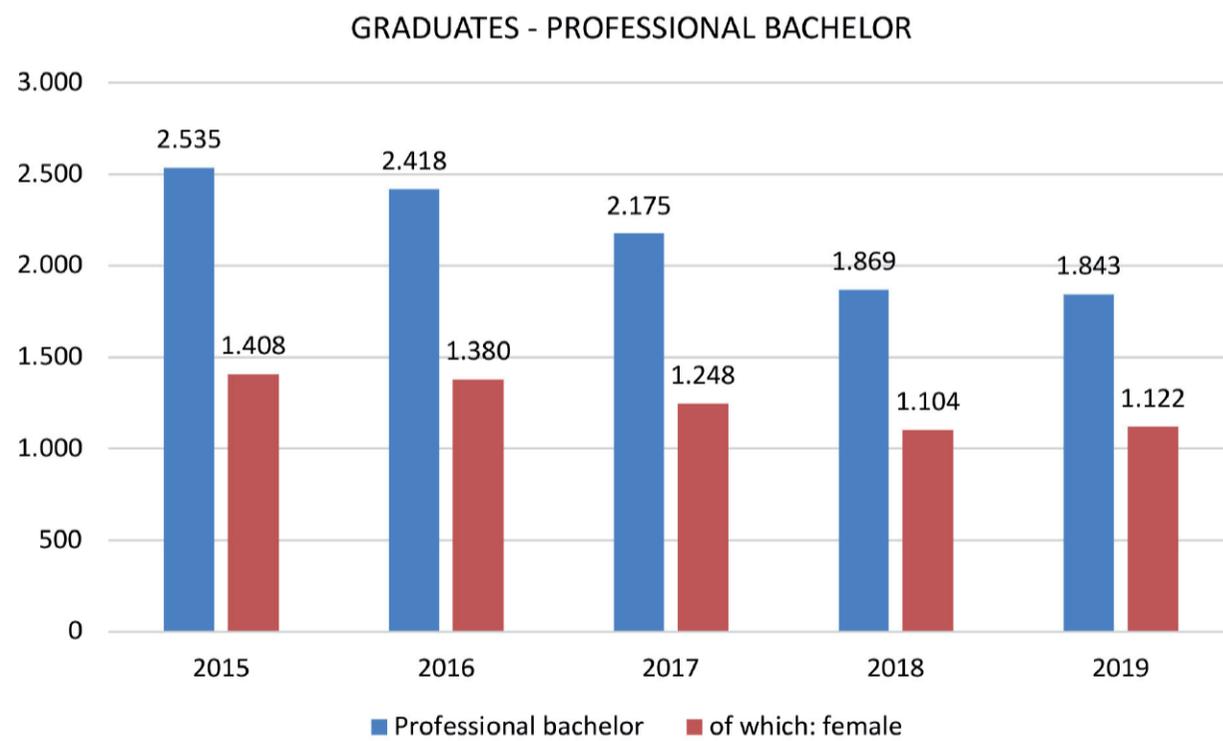


Figure 3.  
*Graduates – bachelor*

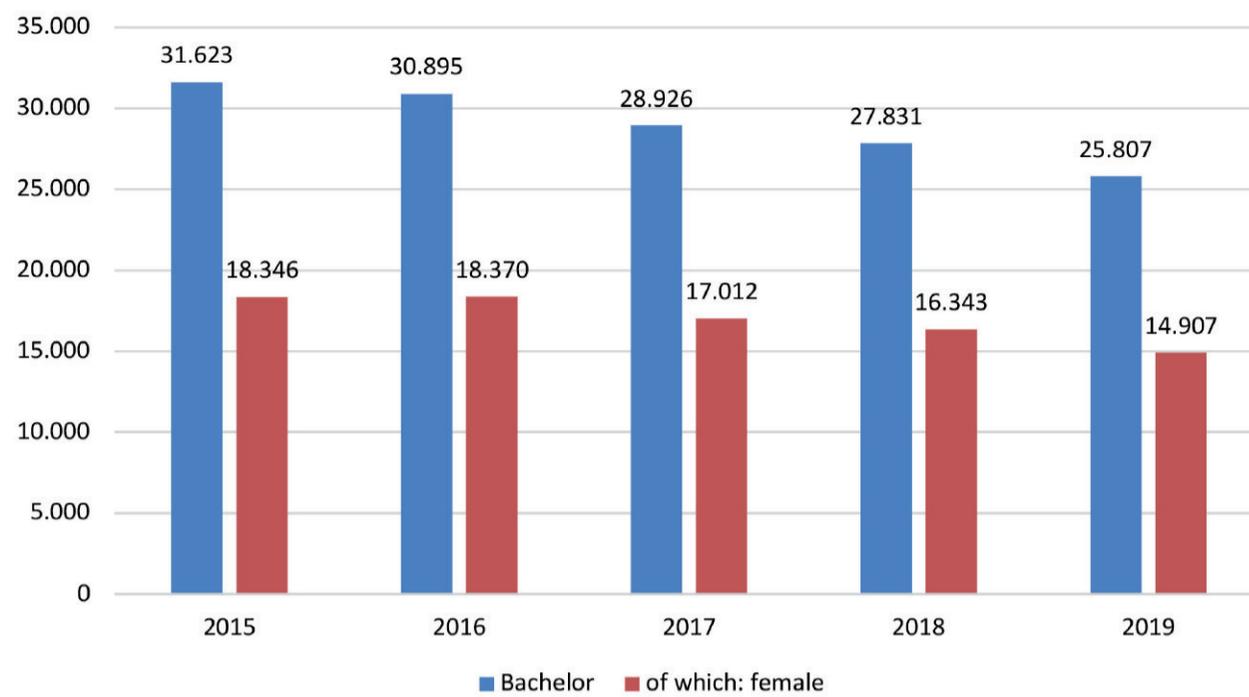
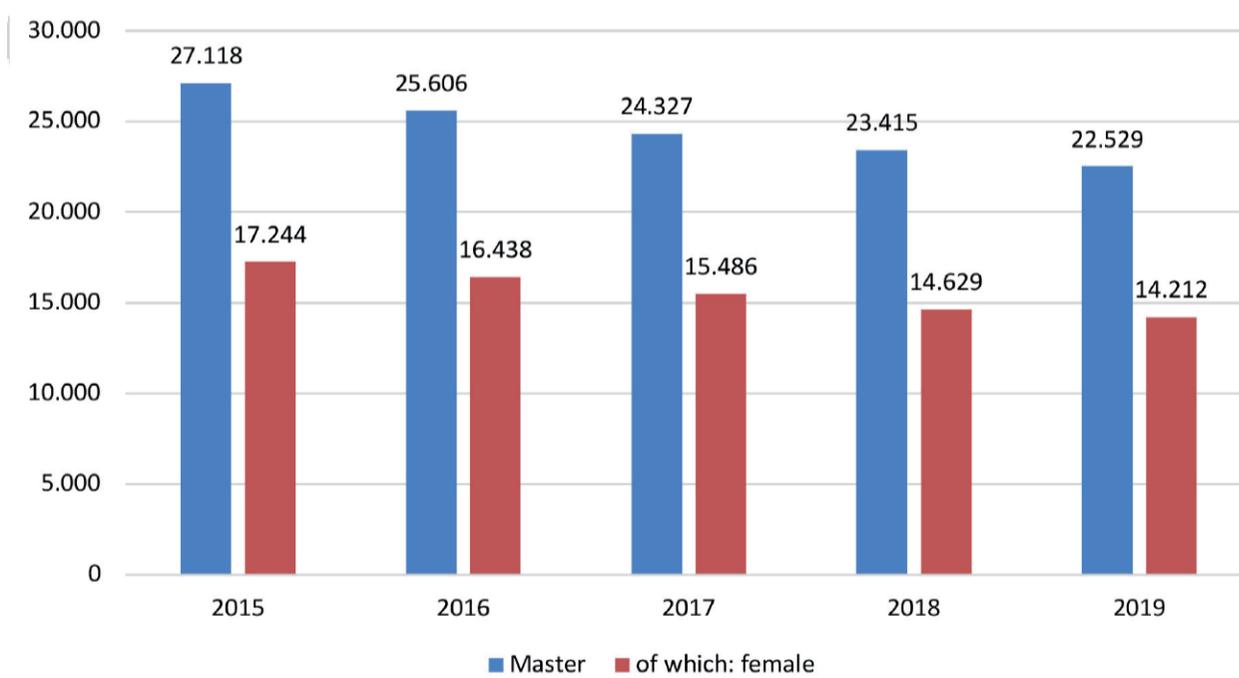
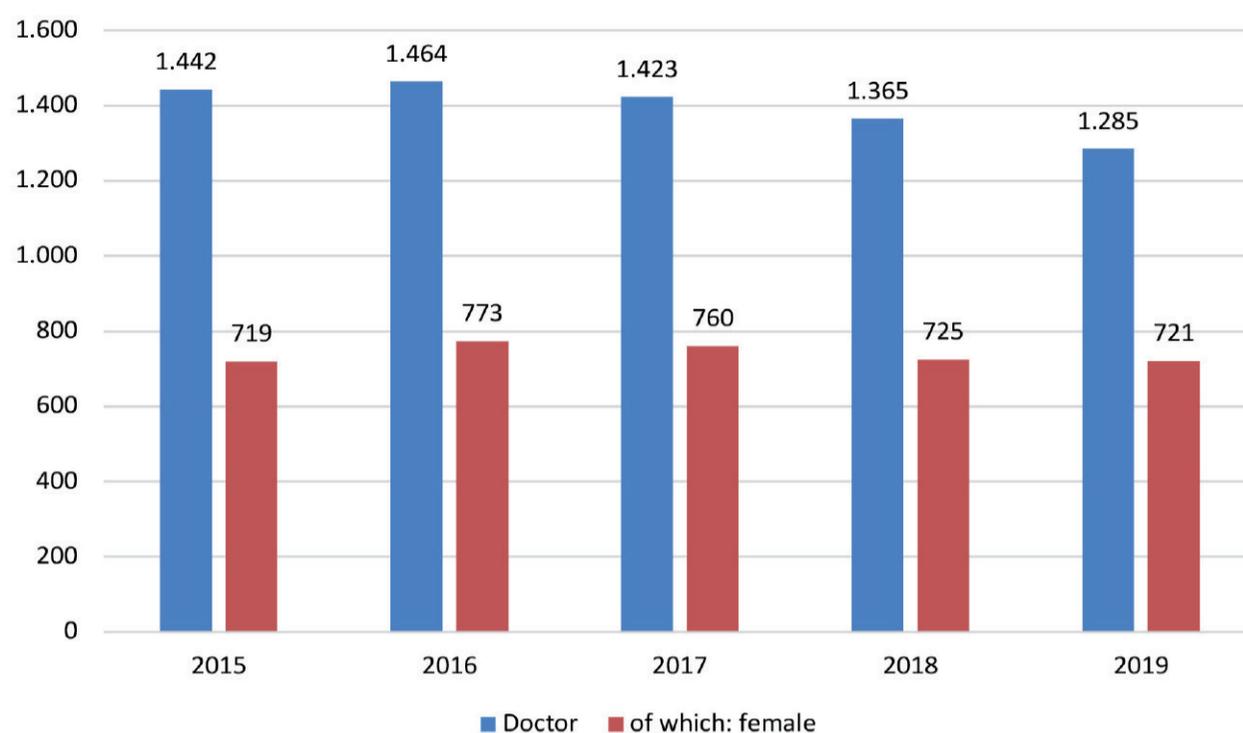


Figure 4.  
*Graduates – master*



**Figure 5.**  
*Graduates – doctor*



Statistica data for teaching staff at universities, both public and state, taken from NSI<sup>14</sup>, are given at Table 3 and at Figures 6 to 11. Data present number and percentage of female teaching staff – total and by academic position. Another important characteristic is the number (percentage) of academic staff under labour contract.

**Table 3.**

*Teaching staff in public and private higher schools*

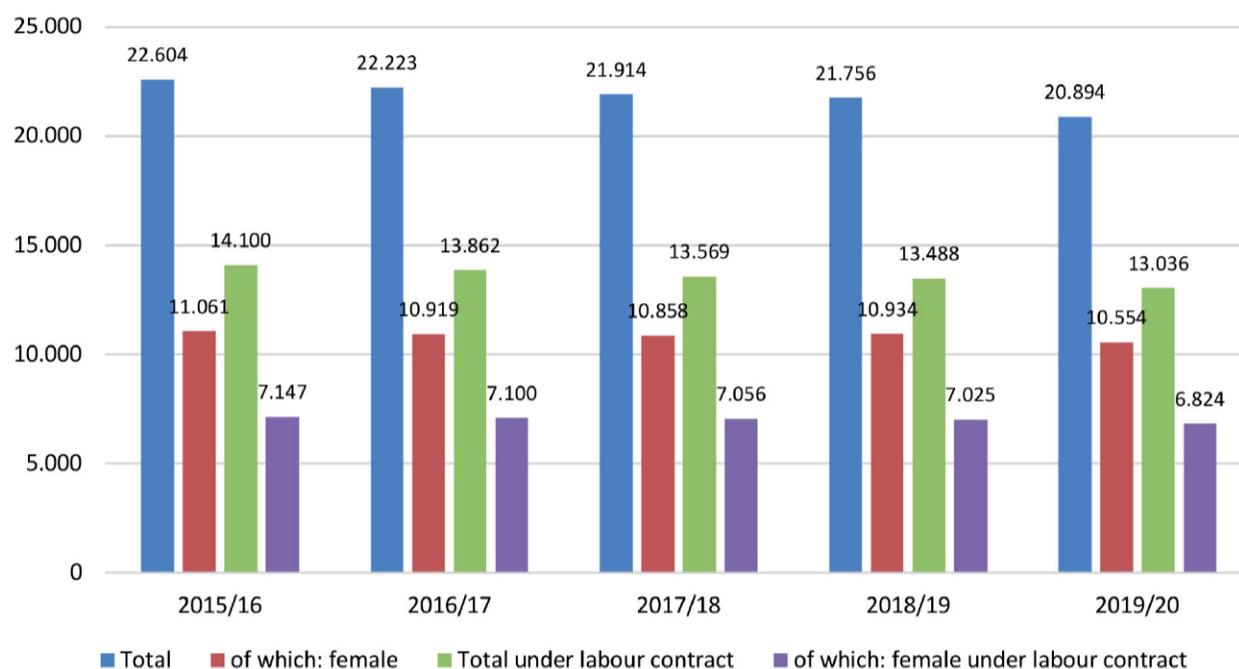
TEACHING STAFF IN PUBLIC AND PRIVATE HIGHER SCHOOLS - BY POSITION, SEX, KIND OF EMPLOYMENT					
	2015/16	2016/17	2017/18	2018/19	2019/20
<b>Total</b>	<b>22 604</b>	<b>22 223</b>	<b>21 914</b>	<b>21 756</b>	<b>20 894</b>
of which: female	11 061	10 919	10 858	10 934	10 554
	49%	49%	50%	50%	51%
Professors	3 390	3 378	3 400	3 416	3 191
of which: female	1 151	1 236	1 299	1 356	1 271
	34%	37%	38%	40%	40%
Associate professors	6 469	6 312	6 283	6 187	5 878
of which: female	2 884	2 884	2 902	2 905	2 798
	45%	46%	46%	47%	48%
Assistants	8 705	8 674	8 616	8 548	7 995
of which: female	4 539	4 500	4 549	4 528	4 194

14. <https://bit.ly/3WBaSFg>

TEACHING STAFF IN PUBLIC AND PRIVATE HIGHER SCHOOLS - BY POSITION, SEX, KIND OF EMPLOYMENT					
	52%	52%	53%	53%	52%
Lecturers	4 030	3 848	3 609	3 558	3 769
of which: female	2 479	2 290	2 104	2 120	2 253
	62%	60%	58%	60%	60%
Researchers	10	11	6	47	61
of which: female	8	9	4	25	38
	80%	82%	67%	53%	62%
<b>Total under labour contract</b>	<b>14 100</b>	<b>13 862</b>	<b>13 569</b>	<b>13 488</b>	<b>13 036</b>
of which: female under labour contract	7 147	7 100	7 056	7 025	6 824
	51%	51%	52%	52%	52%
Professors under labour contract	2 066	2 106	2 032	2 092	1 945
of which: female under labour contract	754	811	817	864	801
	36%	39%	40%	41%	41%
Associate professors under labour contract	4 557	4 522	4 491	4 474	4 371
of which: female under labour contract	2 144	2 159	2 197	2 187	2 154
	47%	48%	49%	49%	49%
Assistants under labour contract	6 327	6 102	5 952	5 789	5 582
of which: female under labour contract	3 422	3 333	3 258	3 170	3 073
	54%	55%	55%	55%	55%
Lecturers under labour contract	1 140	1 121	1 088	1 086	1 077
of which: female under labour contract	819	788	780	779	758
	72%	70%	72%	72%	70%
Researchers under labour contract	10	11	6	47	61
of which: female under labour contract	8	9	4	25	38
	80%	82%	67%	53%	62%

For total number of teaching staff percentage of female academics vary between 49% and 51%. Smaller proportion of females is for professors, between 34% and 40%. Higher proportion is for female researchers, between 53% and 80%. Similar proportion is for these categories under labour contract. Detailed graphical presentation is given following figures, from Fig. 6. To Fig. 11.

**Figure 6.**  
*Teaching staff in public and private higher schools*



**Figure 7.**  
*Professors in public and private higher schools*

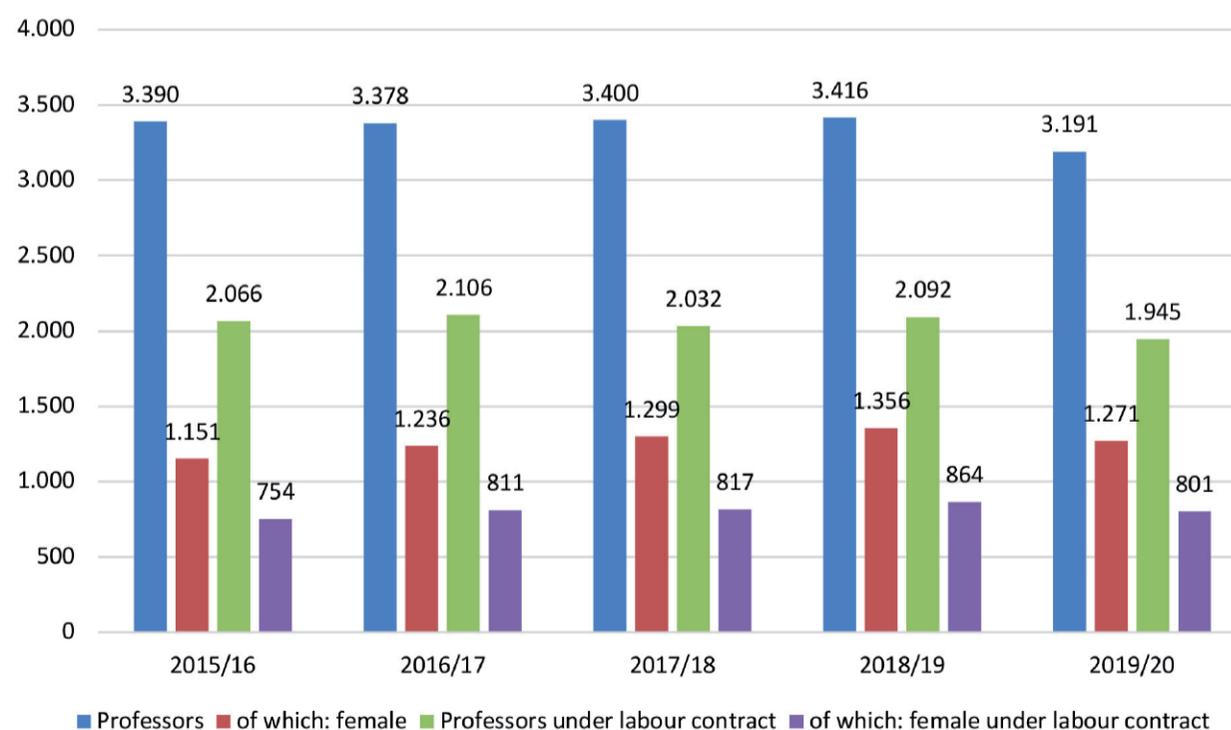


Figure 8.  
 Associate professors in public and private higher schools

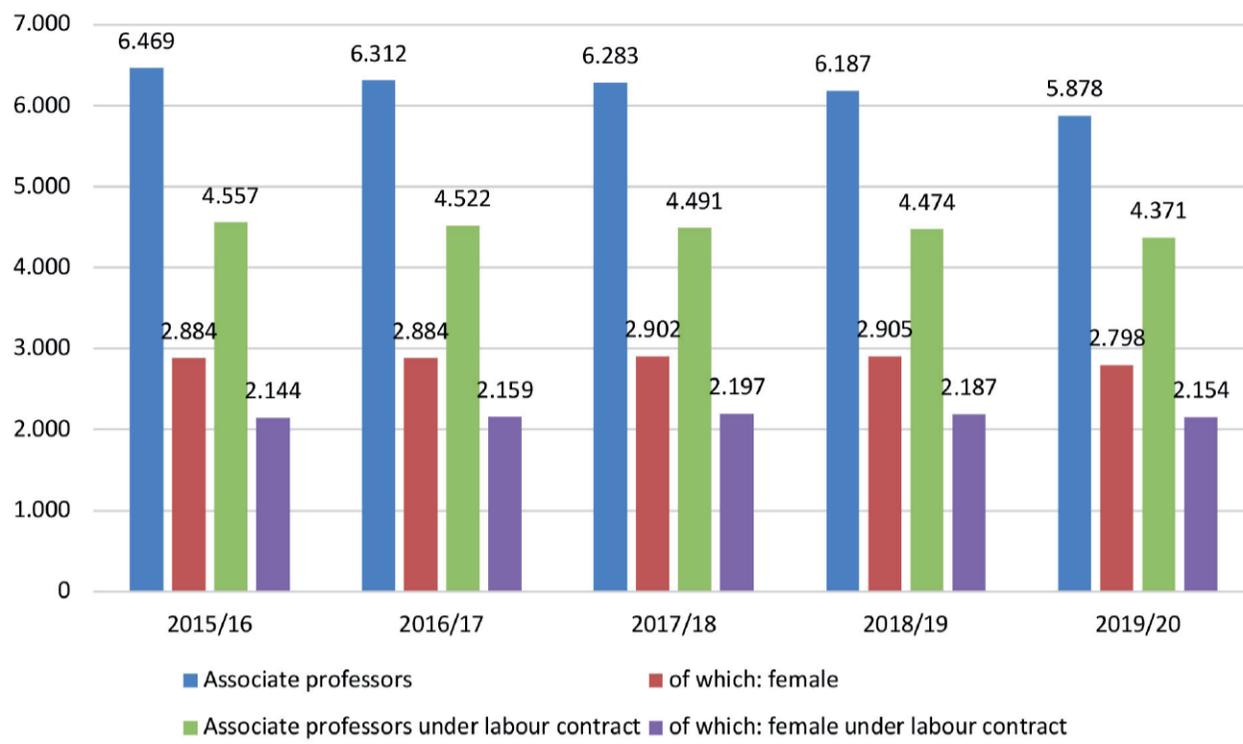


Figure 9.  
 Assistants in public and private higher schools

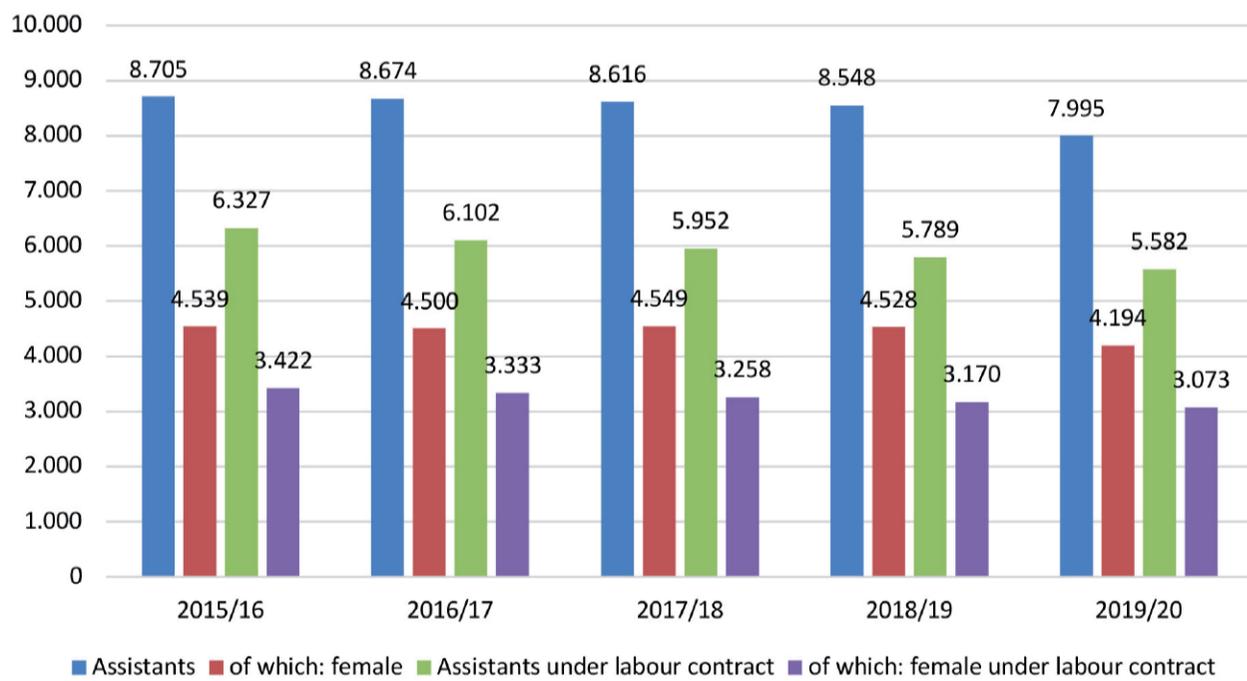


Figure 10.  
 Lecturers in public and private higher schools

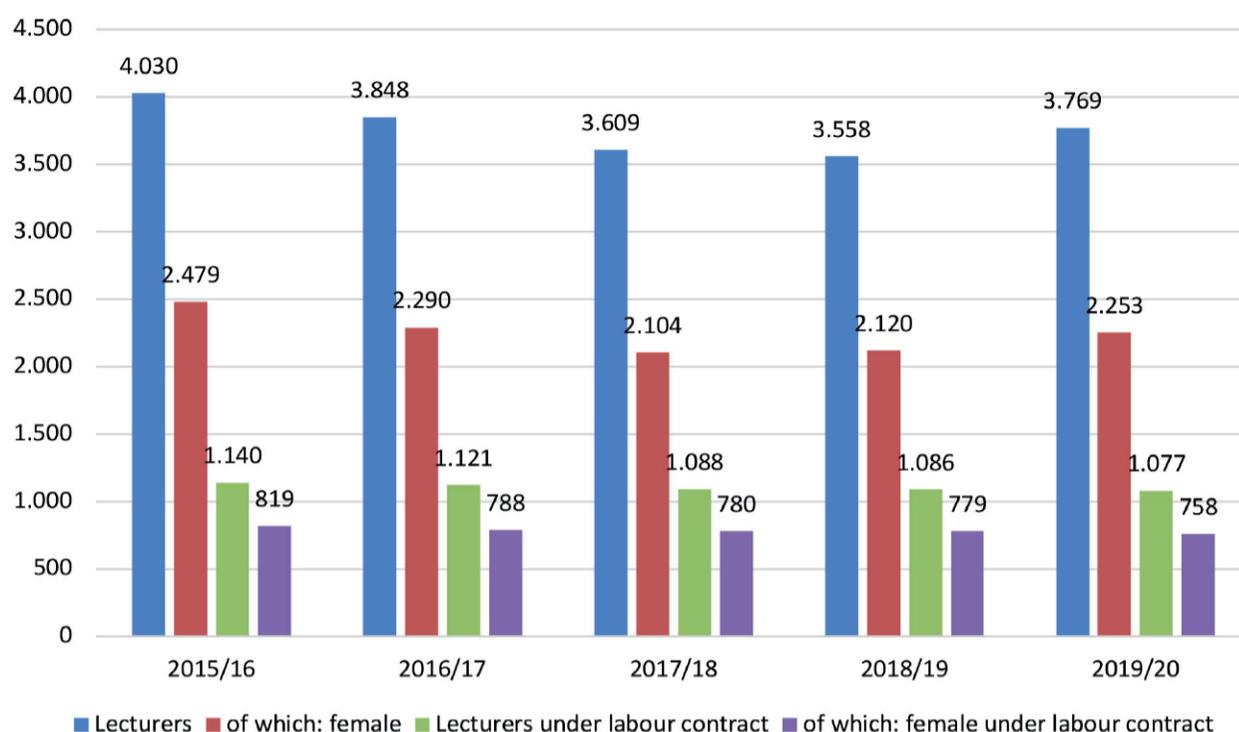
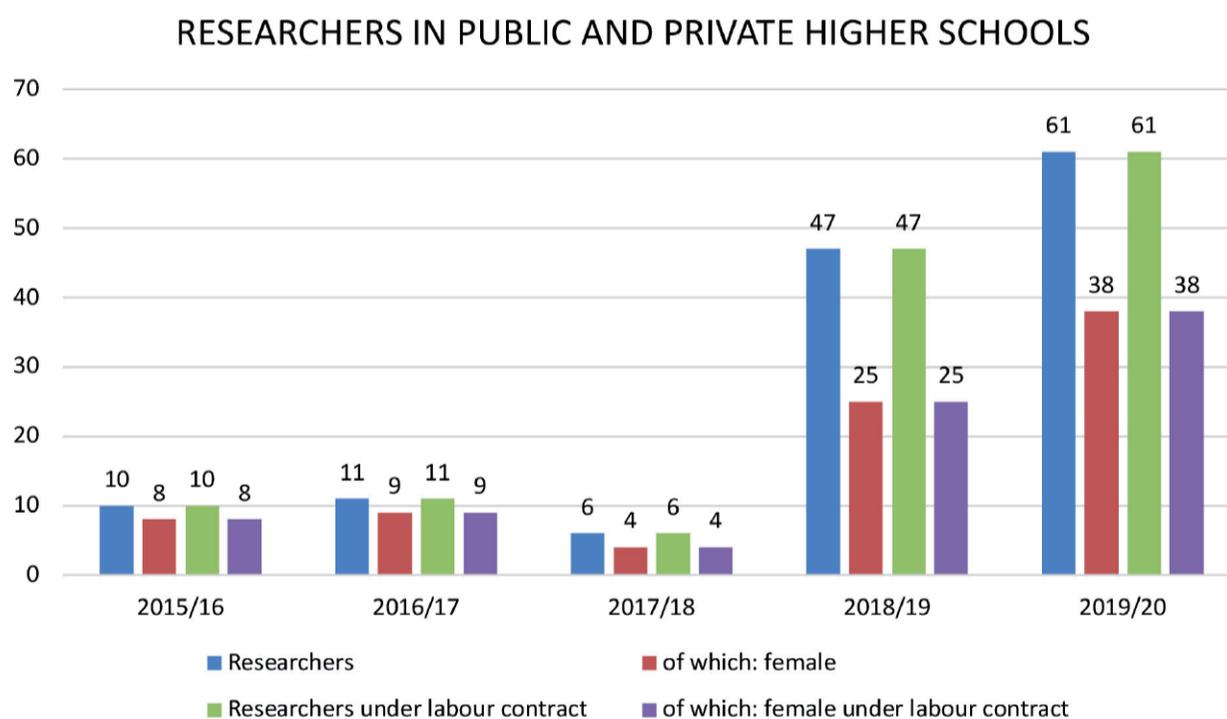


Figure 11.  
 Researchers in public and private higher schools



#### IV. CONCLUSIONS

Decent Work measurements and monitoring is high in the agenda of International Labour Organization (ILO). Decent Work Indicators Framework covers ten substantive elements, which were starting point to define working set the indicators. “Employment opportunities for personal and professional development” is an indicator with a high rank within accepted emerging set of Decent Work indicators. Research team begins investigation to explore this indicator within area of science and university education and involvement of women.

This paper presents initial data for Bulgaria Higher education system. Official data from NSI, Bulgaria, shows that for the period of 5 years between 2015 and 2020 female students are more than 50% and female academic staff in total is about 50%.

Future research of research team within Decent Work network, coordinated by University of Malaga, Spain, is anticipated to collect, analyze and compare data for partner universities. Summary of results would draw fuller picture and would contribute to clarifying Decent Work indicator "Employment opportunities for personal and professional development".

## References

- Nacheva-Skopalik, L.: "Evaluation of decent work using emerging set of indicators", *II international workshop on decent work and the future of work*, 7-8 of May, 2018, University of Malaga.
- Nacheva-Skopalik, L.: "Investigacion piloto para definir las prioridades del conjunto incipiente de indicadores de trabajo digno", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 3, 2020.
- Момчилов, Д.: Българите! Забравените постижения, Ciela, Sofia, 2017.



## Disability and inclusion of persons with autism spectrum disability –example of Tetouan–

### DISCAPACIDAD E INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA –EJEMPLO DE TETUÁN–

**Mekki Klaina**

Professor of Islamic Studies and Director of scientific and external relations

Center for Persons with Autism - Tetouan (Morocco)

Abdelmalek Saadi University (Tetouan, Morocco)

adam4141@hotmail.com  0000-0002-7542-8357

Recibido: 04.08.2022 | Aceptado: 12.12.2022

#### ABSTRACT

The condition of Persons in the Situation of Disability (PSD) due to mental, physical or visual deficiency, whether permanent or temporary, is pertinent. For this reason, the article studies this topic to highlight its dimensions and the suffering of these persons. It also discusses the social situation of these persons and their capacity for inclusion based on Functional Capacity. The theme of “Autism” has been chosen to be able to narrow down the scope of this inquiry. To conduct this research, the historical method has been adopted to study the development of the term “Disability”, as well as the analytical and critical method to study the social behavior of this group and the legal texts related to it. The study stresses the need for paying attention to the words used to describe PSD. Also, as their right to social inclusion and their enjoyment of the Functional Capacity in the presence of a supportive decision.

#### RESUMEN

La condición de las personas en estado de discapacidad por deficiencia mental, física o visual, que sea permanente o temporal, representa un problema para las sociedades. Por eso, este artículo estudia este tema con el objetivo de resaltar sus dimensiones, discutir la situación social de estas personas y su capacidad de inclusión a partir de la capacidad de obrar. Se ha elegido el término “autismo” para poder controlarlo. Para elaborar esta investigación, se ha adoptado la metodología histórica para estudiar el desarrollo del término “discapacidad”, la metodología analítica y crítica al estudiar el comportamiento social en frente de las personas con discapacidades, así como al estudiar los textos legales relacionados con ellos. Hay una necesidad de prestar atención a las palabras utilizadas hablando de ellos o con ellos, sus derechos a la inclusión social y disfrutar de la elegibilidad para actuar con la presencia de una decisión de apoyo.

#### PALABRAS CLAVE

Disability  
People with PSD  
Legal capacity  
Functional capacity  
Inclusion in society

#### KEYWORDS

Discapacidad  
Personas con TEA  
Capacidad jurídica  
Capacidad de obrar  
Inclusión en la sociedad

## SUMMARY

- I. INTRODUCTION
  - II. THE ISSUE OF THE TERM “PERSONS WITH SPECIAL NEEDS”
  - III. THE CAPACITY OF PERSONS WITH ASD
  - IV. THE INCLUSION ISSUE OF PERSONS WITH ASD
  - V. CONCLUSION
- Bibliography

## I. INTRODUCTION

Disability is a part of the human condition; sometimes it is temporary, and other times it is permanent. Thus, the issue of Persons in the Situation of Disability (PSD) is critical. Statistics, although not accurate, show that many people are suffering from this disability. UNICEF (2021), in its report, indicates that there are almost 240 million children with disability in the world<sup>1</sup>. Therefore, the whole world should contribute to finding solutions for the well-being of Persons in State of Disability (PSD).

There are conventions on the welfare of the PSD so that they can enjoy life without being exposed to any kind of discrimination. The topic deserves to be studied from psychological, legal, and social perspectives in order to develop an integrated vision to ensure the rights of the PSD people through the awareness of society. On the one hand, defending their rights will improve their psychological, economic, and social conditions. On the other hand, it will allow them to express themselves and raise the flags of their legitimate right to defend their rights.

Persons with Autism Spectrum Disability (ASD) are suffering too much because the autism spectrum is a new topic that needs a lot of research to better understand it, indicate its real causes, and even find solutions to it. Associations and organizations dealing with the autism spectrum provide people who suffer from this disability with help and support for their families. Together, we hope that we make their lives better.

Previously, PSD and ASD were considered a weakness with a low level of rights, but this has already been improved thanks to the awareness of families, whose children suffer from this condition, and the efforts of several associations dealing with ASD. For instance, the Center for persons with ASD in Tetouan and other centers dealing with disability in general.

This article presents the issue of the term “Disability” criticizing the way society thinks of and acts toward persons with PSD, intending to defend their rights to inclusion as human beings. To achieve this objective, this article is focused on the following:

- Inform about Disability and the vision of society to PSD people throughout history.
- Analyze the data that are related to the PSD and ASD people to finally show the serious consequences of using the words that give birth to discrimination.

1. <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/casi-240-millones-ninos-con-discapacidad-mundo-segun-analisis-estadistico>.

- Indicate that Persons with ASD have Functional Capacity with the help of supportive decisions. In some cases, persons with ASD need extra support.

Therefore, we have to ask ourselves about:

To what extent is it possible to talk about the dignity, the right to Legal Capacity, and the inclusion of people with ASD?

In this article, we will focus on the terms “Disability” and “Autism Spectrum”, in their historical evolution and society’s behavior toward Persons with Autism Spectrum Disability. In addition, the issue of persons with disability’s total inclusion represents the goal of the efforts of national and international associations and organizations.

## II. THE ISSUE OF THE TERM “PERSONS WITH SPECIAL NEEDS”

An important topic that floats in the dialogue scene: What term do we use to talk about handicap? In addition, what is the influence of that term on the handicapped?

The nomenclature of people in the State of Disability has evolved, and the nature of human thinking and its judgments are the fruit of attitudes towards others. The nomenclature changes over time, which means that it may change in the future. As a result, this pushes us to take a look at the evolution of the term.

In Greek thought, disability was considered a pious punishment for perversion and the moral deviation of society<sup>2</sup> and weakness that must be eliminated. According to Platon (374 A.J): “As for those, whose body is poorly built, they will be left to die and those whose soul is undesirable will be punished with death”<sup>3</sup>. This is also mentioned by Aristotle (322 A.J) who said: “As for the education and the upbringing of children, there must be a law prohibiting the upbringing of any defective”<sup>4</sup>. The first text explicitly states that persons with disabilities should be eliminated, while the second warns them to avoid being taken care of by the law, which requires their total abandonment from an early age, which will result in inevitable death.

This inferiority of the persons with disability in the eighteenth-century Western society is evident in the writings of some writers, such as the French writer Victor Hugo (1802) who shows the persons with disability as bad or pathetic. Society also regarded them as an undesirable group of people.

However, this view has been changed thanks to the new trend in the Age of Light. Its pioneers deduced that human beings are equal and that people with disabilities possess abilities that those who are not disabled do not, which is evident in the writings

2. Striker, H.: *Aspects socio-historiques du handicap moteur*, Source: «Deficiences motrices et situations de handicaps», 2002, p. 39.

3. Platón: *Diálogos*, UNAM, edición 1, 1921, México, reimpresión 1, 1988, p. 489.

4. Aristóteles: *Política* (Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés), Gredos, Madrid. España, 1988, pp. 447-448.

of Denis Diderot (1784), in his letters on the blind<sup>5</sup>, the deaf and dumb<sup>6</sup>, showed that they were capable of creating and innovating, and those disabilities did not stand on their way.

On this basis, there was a trend in caring for and providing persons with disability with the necessary supplies to help them rehabilitate. Thus, the alternative organ industry has been taken care of for the benefit of these people and the establishment of Rehabilitation Centers, especially after the world war.

Therefore, disability is considered as a personal issue in need of support; it is a physical issue that needs treatment and rehabilitation.

Due to the criticism of this trend, the concept of “People with Disabilities” evolved. Therefore, society is considered responsible for the issue of disability and is obliged to modify its system to make it easy for such people to rehabilitate. For that reason, calling them People with Disabilities began. In fact, they are people like anyone else, but this does not mean denying the existence of the disability; it is rather focusing on his humanity from the legal point<sup>7</sup>.

Thus, the definition of disability changed and included Persons in a Situation of Disability (PSD) either permanent or temporary with the loss of an organ, a psychological, mental, or visual condition. This definition has been adopted by countries, reflected in the established laws, as it is applied in the international laws on the rights of people with disabilities. The Kingdom of Jordan established in Law No. 20 of 2017, the Law on the rights of persons with disabilities<sup>8</sup>:

“A person with a disability is defined as a person who has a long-term physical, sensory, intellectual, mental, psychological or neurological impairment, which, as a result of interaction with other physical and behavioral barriers, may hinder performance by such person of one of the major life activities or hinder the exercise by such person of any right or basic freedom independently”.

While article 2 of title I of Law No. 92-07 on the social welfare of persons in State of Disability of Morocco states that:

“Any person who finds himself in a situation of permanent or accidental disability or obstruction resulting from the failure or inability to perform his vital functions shall be considered a person with a disability within the meaning of this Law; it does not matter if this person is a child or a person who becomes disabled afterward”.

5. Diderot, D.: *Lettre sur les aveugles a l'usage de ceux qui voient* (œuvres complets de Diderot, Paris, 1875), Londres, 1749, pp. 279-342.

6. *Ibid.*, pp.347-428.

7. Grant, C.: «The Social Model of Disability», *Scottish Accessible Information Forum (SAIF)*, 2009, pp: 6-29, Ennuyer, B.: «Définir le handicap: une question sociale et politique?», *Ethics, Medicine and Public Health*, 2015, 1/ 306-311. The principles of human rights, the International Convention signed by Morocco on 30 march 2007 and ratified by Morocco, its Optional Protocol on April 8, 2009, and the Constitution of the Kingdom of Morocco for the year 2011 in articles 31 and 34.

8. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/108108/133442/F1646503428/20-2017%20eng%20.pdf>.

It was subsequently amended by Law No. 97-13:

“The meaning of this Law is the framework for a person in a situation of disability: any person who has limitations, temporary or permanent in their physical, mental, psychological, or sensory, stable or sophisticated; it can deal with various barriers preclude you from participating fully and effectively in society on an equal basis with others”.

When we take a look at the title included in the Moroccan legislation on PSD, we find for the first time that they are mentioned by their name: “Social Welfare for Persons with Disabilities”. While after the amendment, we find it speaking of them as “A person in a Situation of Disability”, which is an evolution of the perception that it took into account the legal approach that does not accept the medical approach; with which they are treated based on a disability that needs to be qualified for their full inclusion in society; so that no distinction is made between them and anyone else who is not in a situation of disability, according to their qualifications as provided in Dahir No 1.16.52<sup>9</sup>.

However, other trends that do not accept the designation of PSD may appear and suggest another designation to achieve a set of rights depending on the evolution of social and legal situations to achieve equality in treatment and opportunities and modify the behavior of the society to accept the other.

### III. THE CAPACITY OF PERSONS WITH ASD

The discussion of Autism Spectrum Disorder (ASD) topic began in the 1940s with Léo Kaner (1894-1981), which has been published in 1943 an article “*Autistic Disturbance of Affective Contact*”, which continued to publish about this topic until 1956. Moreover, Hans Asperger (1906-1980), has published in 1944 “*Die Autistische Psychopathen in Kindersalter*”<sup>10</sup>. It is an updated topic that has attracted the interest of researchers thanks to its importance. Thus, it is noted that it is necessary to study this issue further to understand the causes of ASD since only assumptions that need evidence are given at the current time.

In the United States, the proportion of children and young persons with ASD is about 1% in 2021, while it was less in 2002. In 2000<sup>11</sup>, a study in 15 states revealed that 1 out of 150 children is diagnosed with ASD, which has jumped to 1 of 54 in 2016<sup>12</sup>. In other words, it has increased by nearly 300%.

9. Issued in the Official Gazette, Morocco, article 14 of title IV of the Framework Law 97-13 on April 27, 2016.

10. Jean Garrabé, L.: *El autismo. Historia y clasificaciones*, Salud Mental, México, 2012, p. 59, Andrée-Anne, S.: *Performance perceptive dans l'autisme: du facteur «g» au facteur «p»*, Université de Montréal, Phd, 2014, p. 25.

11. See Jean-François, M.: [https://www.scienceshumaines.com/autisme-chiffres-en-hausse-aux-usa\\_fr\\_24416.html](https://www.scienceshumaines.com/autisme-chiffres-en-hausse-aux-usa_fr_24416.html).

12. See Richard, F.: <https://tacanowblog.com/2020/04/13/how-the-cdc-arrived-at-its-1-in-54-estimate-and-what-it-means-for-autisms-present-and-future>.

In Quebec, according to a report by the MARIAM Foundation, about 76000 children with ASD were counted in 2014. According to the report of the National Health Institution entitled “Autism Spectrum Disorder Surveillance” in 2017, 16940 patients were counted between 1 and 17 years old and had a diagnosis presented to schools. Moreover, 1 in 66 children was diagnosed with ASD<sup>13</sup> in 2018.

In 2018, in Canada, the proportion of persons with ASD in males is 1 out of 42, and in females is 1 out of 165, which means that the number of people with ASD is very large, and the male population with ASD is about 4 times larger than the female population. According to the general report on ASD in 2018, 1 person with ASD was noticed in every 66 persons<sup>14</sup>.

In France, it is difficult to precisely determine the number of persons with ASD due to the limited information available, according to a report published on March 10<sup>th</sup>, 2020. In another publication entitled “Autism in France: Increasing Numbers,” published on March 12<sup>th</sup>, 2020<sup>15</sup>, in which it was noted that there have been two studies, one in the Haute-Garonne and another in the Haute-Savoie, which compare the number of children born between 1995-1997 and those born between 2007-2009. They have concluded that the estimates tripled in 10 years, jumping from 2.3 to 7.7 per 1000 children diagnosed with ASD. In Haute-Garonne there were 12.3 per 1000 children with ASD in 2007-2009. For children born in 2010, the estimate is between 8 and 10 children with ASD for every 1000 children<sup>16</sup>, the number of persons with ASD is estimated at 700000 persons<sup>17</sup>.

As for Morocco, we consider that information on this issue is scarce due to the lack of accurate statistics showing the number of people with ASD. According to the United Nations, it is estimated that about 1% of the world’s population has ASD. That is why it is necessary to make such statistics through regional partnerships and coordination of results in order to achieve an estimation that is close to reality. It could be said that the scarcity of this information is since several associations are not part of the regional alliances. In addition, the lack of awareness in society about children with ASD, as well as a part of the city population does not recognize ASD because of the distorted image that some people have about it. Therefore, they do not communicate with those who can help them. In addition, poverty prevents families from paying for the treatment of their children with disability.

From the aforementioned, we can find that the number of people living with ASD in Morocco is as high as in other countries. This requires actions concerning persons

13. <https://www.canada.ca/fr/sante-publique/services/publications/maladies-et-affections/trouble-spectre-autisme-enfants-adolescents-canada-2018.html>.

14. <https://www.autisme.qc.ca/tsa/lautisme-en-chiffres.html>.

15. Claire, C.: «Mieux connaître la prévalence des troubles du spectre de l’autisme (TSA), mais aussi les conditions de vie des personnes présentant un TSA, un défi pour notre politique publique », *BEH*, (Bulletin Epidémiologique Hebdomadaire), Santé Public, France, No: 6-7, 10 Mars 2020.

16. <https://www.alliancevita.org/2020/03/autisme-en-france-des-chiffres-en-hausse/>.

17. <https://sante.journaldesfemmes.fr/fiches-sante-du-quotidien/2710336-strategie-nationale-autisme-tnd-france-education-intervention-consultation-bilan-2021/>.

with ASD as human beings and citizens who should enjoy all the rights that others benefit from.

Faced with this problem, it is worth asking about the legal capacity of persons with ASD. Are they capable of it? Or should they be in the custody of those who can make decisions on their behalf? Or do they not deserve to benefit from citizenship rights?

When we talk about equality and non-discrimination based on disability or otherwise, we ask ourselves: Are they really people who cannot enjoy this Legal Capacity? Various laws deal with this subject, as is the case of the Moroccan Family Code<sup>18</sup>, and The Moroccan Commercial Code in book I, section III: Of Commercial Capacity, through articles 12 to 17.

To talk about this, a distinction between three types of acts of the minor endowed with discernment should be made:

1. Acts fully beneficial to them.
2. Acts harmful to them.
3. Acts of both beneficial and harmful character.

There is no doubt that the provisions refer to different situations and people, which has led researchers and jurists to talk about the ability of people in two sections:

1. The Legal Capacity.
2. The Functional Capacity.

What Legal Capacity means is the ability of a Person to Enjoy Rights and Assume Obligations<sup>19</sup>. As for article 207 of the Family Code, it stipulates that: "Legal capacity entails the acquisition of rights and the assumption of liabilities, as defined by the law, that is indivisible from a person during his lifetime and of which he cannot be deprived". This means that his rights and duties are recognized.

We can observe two parts in the Legal Capacity:

1. Restricted Legal Capacity. In this case, the fetus enjoys legitimate rights, such as ancestry and testimony if he is born alive, this does not require him to pay the price for something that has been bought by someone on his behalf.
2. Full legal Capacity. In other words, it is the ability to be the holder of subjective rights and legal duties, an ability that is possessed by the fact of birth.

As for Functional Capacity, article 208 of the Code establishes:

---

18. In Book IV, "Of the ability and legal representation" through the articles 206 to 228, the Code of Obligations and Contracts which have as a pillar of the contract through chapter 3 to chapter 13.

19. Altiftazani, M., O., A.: *Al-talwih alaa al-tawdih*, impresa alkhayriah, ed. 1, 1322 ha, 3/152 (in arabic).

“Functional capacity entails the exercise of personal and financial rights and the power of disposal, with the law defining the conditions governing their acquisition and causes of their limitation or deprivation”.

Some jurists define it as “the aptitude that each person has for the exercise of rights through legal acts”<sup>20</sup>.

This means that you have the power to exercise all your rights and bear their consequences.

That Capacity is divided into two parts:

1. Partial Functional Capacity.
2. Full Functional Capacity.

In article 213 of the Family Code:

“Those considered as not fully capable of legally exercising their rights:

1. A young person who has attained the age of discernment but has not yet reached the age of legal majority.
2. A prodigal person.
3. A demented person”.

As for Functional Capacity, it is defined in article 214 by saying: “A discerning young person is one who has completed twelve full Gregorian years”, which means that the minor before reaching the age of 12 is not allowed to perform legal acts. If the age of discrimination is less than the age of majority, article 225 of the Family Code stipulates that:

“The acts of a discerning young person are governed by the following provisions:

1. They are valid if they are fully beneficial for him or her.
2. They are null if they are harmful to him or her.
3. Their effects shall be subject to the permission of his or her legal representative, if the acts are neither clearly beneficial nor harmful, and the legal representative shall, within the limits of the authority vested in him, safeguard the interests of the ward”.

This shows the extent of the behavior of anyone, whether with a disability or not. Therefore, talking about capacity in the context of the debate is not about the Legal Capacity because everyone has it fully, it is possessed by the fact of being born alive. Therefore, the issue is about the Functional Capacity that is restricted. When the minor is 12 years old, his legal acts are restricted whether with ASD or not. However, when he is at the age of majority, his Functional Capacity is full unless there are restrictions on his Capacity by law. In this case, is a person with ASD who has reached the age of majority fully competent to perform all the legal acts?

20. Al-sanhuri, A., A.: *Al-wasit fi Sharh Al-qanun Al-Madani*, Dar Ihya' Al-Tturath Al-arabi, Dar Al-Nashr liljamieat Al-masriah, Bayrût, Libano, Ed. 1, 1952, 1/95 (in arabic).

According to the current laws in force in Morocco, article 215 of the Family Code says about the prodigal: “A prodigal person is the one who squanders his money on trifles or on things reasonable people consider futile, in a way which inflicts harm on himself or on his family” and according to article 217:

“Those considered as incapable of exercising their rights:

First, a young person who has not attained the age of discernment;

Second, an insane person and a person who has lost his mind.

A person who loses his mind in an intermittent way shall be considered as being fully capable during his intervals of lucidity. Voluntary loss of mind shall not dispense one from responsibility”.

Based on these two articles cited above, there is no explicit legal provision for persons with ASD, neither in the Family Code nor in the Moroccan Code of Obligations and Contracts, except when reference is made to mental disability. However, the person who has ASD and reached the age of majority is considered ineligible. This is contrary to the equality referred to in Framework Law 97-13, as well as the international conventions that require it. Paragraph 3 of the preamble of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities emphasizes the internationalization of human rights, fundamental freedom, their indivisibility, interdependence and the need to ensure that persons with disabilities fully enjoy these rights without discrimination. Some articles addressed autism as a lack of legal capacity and treated people with ASD as deficient in Capacity, which is something that needs more consideration to distinguish between autism levels, especially since autism does not mean mental retardation, but is a behavioral disorder and that the person with ASD needs support to be included in social life.

It should be noted that persons with ASD are not of the same level; there are usually three categories: light autism, medium autism and extreme autism. Therefore, these are spectra of autism. Each person with ASD has his own spectrum. There are persons with ASD who find themselves with another disability in addition to ASD. If this disability affects mental ability, there is no doubt that it will affect your understanding of some behaviors.

Therefore, it is necessary to attend to each person with autism according to his condition (referring to DSM-5: the new classification of ASD):

- Mild autism: At this degree, substantial support is required.
- Moderate autism: At his degree, substantial support is required.
- Severe autism: At this degree, strong substantial support is required.

The person with ASD and a mental disability could not understand the legal acts because of that disability he has. As a result, he would need the presence of a companion to help him make decisions, but the companions do not act out of their own free will as if the person with ASD do not exist. It is known that there are persons with ASD who are smarter than those who do not suffer from any disabilities.

According to statistics made by Yahya Association for Children with autism and its Center in Tetouan; Morocco, it can be noted that children who were diagnosed and received support through occupational therapy, psychomotor education, speech therapy and early intervention, etc., have obtained good grades in exams. One of the persons with ASD already has a bachelor’s degree in physics and is enrolled at university.

**Table 1.**

*Inclusive students for the year 2020-2021*

	Female	Male	Total
Preschool	21	56	77
Primary	44	133	177
School	1	10	11
Lyceum	1	4	05
<b>Total</b>	67	203	270

Source: Bulletin de l’Association Yahya pour Enfants autistes, 2018-2020

This means that persons with ASD are not mentally retarded; they are able to continue their studies and self-advocates achieving their own rights. For example: “Defending the rights of children with ASD” on April 21, 2019, some are members of the Children’s Parliament, as well as the Children’s Collective Council; others created social media pages and YouTube channels and have defended in 2020-2021 the right to a companion at exams. They also made presentations to teachers and administrative officials as in the case of the meeting with the Minister of Education Mr. Saaïd Amzazi, as well as with the Head of the Moroccan Government Saâd Eddine El Othmani and with several ministers such as the Minister of Family and Solidarity and the Minister of Health, who attended the launch of the *Rafiq* program in Rabat on February 05, 2019. A group of youth with ASD also participated in a round table about “The rights of youth with ASD” which was organized by the Alliance of Associations Working in the Field of Autism Disability in Morocco at the headquarters of the National Council of Doctors of Morocco on September 28, 2019<sup>21</sup>. We were also pioneers in forming a team of youth with ASD in coordination with the administrative office of Yahya Association to participate in decision-making, hoping to take their own defense of their rights and lead the Association in the future, for which they need training. All this indicates that people with ASD have the ability to take decisions without the need for a Supportive Decision except for those with the severe type of autism.

The problem is the lack of early diagnosis. If it had been done to all the children at the right time, it would have been possible to intervene on time through ABA, thus facilitating their better inclusion in society. However, they need support with Supportive Decisions rather than Alternative Decisions depending on their degree of ASD. Thus, they would have the right to make decisions by themselves when they come to the age of legal majority with Supportive Decisions to understand the consequences of

21. Bulletin de l’Association Yahya pour Enfants Autistes, Tetouan, Maroc, 2018-2020, pp. 15-19.

their actions. In this way, the Alliance of Associations Working in the Field of Autism Disability in Morocco will become real, as agreed upon by Morocco concerning the Principles of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities which mentions that they have the Legal Capacity in all spheres on an equal footing with others and the adoption of appropriate measures that give them the right of accompaniment in the exercise of their legal capacities.

The person with ASD loses his independence when the companion acts on his behalf due to a lack of Full Capacity and imposes on him things that he doesn't like, which is against the provisions of the same Convention in Preamble: "(n) Recognizing the importance of individual autonomy and independence of persons with disabilities, including the freedom to make their own decisions".

This does not mean that the person with ASD does not need a Supporting Decision that will help him absorb the legal decision and facilitate administrative procedures so that he can achieve what he wants. Not In Dahir. 1.16.52 of the 19th of Rajab 1437. (April 27, 2016) in connection with the implementation of Framework Law No. 97.13 on the protection and promotion of the rights of Persons with Disabilities, in the conclusion of article 2:

"The necessary and appropriate modifications and adjustments that do not impose a disproportionate or undue burden that is made, according to the needs of a given situation to ensure the enjoyment or exercise of persons with disabilities, on equal terms with others of all human rights and all fundamental freedoms".

Therefore, it is up to the State to afford the early diagnosis of children in hospitals by specialists to be able to intervene at the right time, to help them immediately to obtain good results in treating autism and improve their living conditions.

#### IV. THE INCLUSION ISSUE OF PERSONS WITH ASD

Is inclusion a reality or fantasy? The rights of persons with ASD have changed over time according to the evolution of human rights. We all have to enjoy these rights in the context of equality, equal opportunities and the right to respect human dignity as cited in the International Conventions on the Rights of Persons with Disabilities.

The problem is: What do we demand: integration or inclusion?

When we talk about integration, we focus on disability; we try to facilitate the environment for the person with ASD in which he is isolated from others who do not have ASD. The concept of integration refers to the assimilation of the Person in a Situation of Disability into an environment that is not always willing to welcome him. In this case, changes in the environment and adaptation efforts are directed almost exclusively at people with disabilities<sup>22</sup>. In other words, when we apply the school integration of a student in a situation of disability, we ask him to adapt to the regular class.

22. Corneau, F.; Dion, J.; Juneau, J.; Bouchard, J.; Hains, J.: «Stratégies pour favoriser l'inclusion scolaire des enfants ayant un trouble envahissant du développement: Recension des écrits», *Revue de psychoéducation*, vol. 43, no. 1, 2014, 1-36, p. 2.

When we talk about inclusion, we want the person with ASD to be part of the environment, taking into account their situation in the development of the system, educational programs, and regulations. A child with ASD has to find the appropriate situation, including his seat at school and his place in society which should be valued like any person benefiting from all his rights. It is about respecting the difference and privacy... It is not considered as an obstacle but as an enrichment of society. Nevertheless, there are still two obstacles that persons with ASD face:

1. Persistent impairments in social communication and social interaction in a variety of contexts.
2. Patterns of restrictive and repetitive behavior.

Thus, inclusion has several levels: the educational, health and social level. At the educational level, until now, the child with ASD suffered from both exclusion and non-acceptance in schools, especially if he suffered from epileptic seizures or hyperactivity that could provoke the teacher and students because they do not understand his situation, and teachers do not have training on how to interact with him. On the other hand, the students in the classroom are numerous. However, thanks to the efforts of the associations, the situation has improved.

Yahya Association for Children with Autism has played a prominent role in promoting autism awareness through several activities outside the Center and in educational institutions.

Initially, educational institutions did not accept the presence of any companions with the student with ASD, but then they understood their role in facilitating the educational process of teachers and began to ask for their assistance. The Center for Persons with Autism provides advice and participates in solving issues that arise in educational institutions concerning a student with ASD. Therefore, we should not talk about the integration of the student with ASD but about their inclusion. The school must be inclusive including the teachers, the education programs, the administration, the nature of the construction of the school, and the use of school time. All these must respond to the needs of all students who are with a disability or not since it is a natural right.

In order to achieve broad inclusion, all appropriate measures should be taken into account at the levels of health, education, social, political and economic activities. In other words, the person with ASD should be included in society in all ways without being devalued.

Accordingly, the Ministry of National Education of Morocco, Higher Education and Scientific Research, the Directors of the Academies, Regional Education and Training and Regional Directors, issued a decision on June 03, 2019 with a view to the implementation of the Ministerial Decree No. 047.19 of June 24, 2019 on education for students with disabilities in order to improve the educational system, make it an inclusive system, and intensify efforts to achieve equality in school attendance and education.

This education inclusion aims to enable them to study in the educational institutions where students who do not have disabilities study, providing them with the same conditions for a successful adaptation in terms of teaching, working methods and techniques, and continuous control tests according to the capabilities of each student, as well as providing the necessary training to support persons with ASD.

The ministerial decree called for the strengthening of communication and awareness-raising mechanisms on the issue of disability, focusing on educational, administrative and technical bodies, partners of educational institutions and all participants in the councils, especially parents, guardians of pupils and students, as well as openness to the media of all kinds for the welfare of children with disabilities.

This shows that the Ministry of Education tries to promote a comprehensive inclusion of students in a situation of disability, people with TSA are part of them, in addition to creating additional space for them as support that is called the Department of Resources for rehabilitation and support. However, this space has remained very limited; it has started in 2020-2021 in a single educational institution in Tetouan. Associations that carry out the tasks of habilitation and rehabilitation; They presented Yahya Association as an example of persons with autism through the Center for persons with autism indicating the services offered to them with statistics for the year 2020-2021.

Numbers in the table 2 illustrate those services, where 1-14 are representing: (1) Therapeutic Sessions (2) Precarious Intervention. (3) Educational Integration. (4) Special Education (5) Department of Resources. (6) Workshops (7) Total. (8) Beneficiaries of the Educational Support Project. (9) Beneficiaries outside the Project. (10) Beneficiaries by Distance (due to COVID-19). (11) Beneficiaries of complementary services and inclusion. (12) Daily beneficiaries at the Center. (13) The percentage of inclusive students. (14) The Percentage according to Sex. (15) Male. (16) Female.

**Table 2.**  
*Beneficiaries of the Center's services for the year 2020-2021*

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)	(12)	(13)	(14)
<b>Total</b>	270	13	13	15	16	20	<b>350</b>	214	136	3	270	80	100%	100%
<b>Mas(15)</b>	203	7	11	13	12	17	<b>256</b>	158	104	3	203	59	77.14%	76.85%
<b>Fem (16)</b>	67	6	2	2	4	3	<b>85</b>	56	29	0	67	18	22.86%	23.15%

Source: Data from Yahya Association Yahya pour Enfants Autistes

As for the adaptation in education, no adapted educational programs have been developed. They were only limited to exams in 2020-2021 while the continuous control remains non-adapted. However, there was the emergence of Ministerial Memorandum No. 42.21, on May 3, 2021 on the adaptation of continuous monitoring for students with disabilities in primary education in the light of the National Education Program, Ministerial Memorandum No. 46.21, May 24, 2021 concerning the adjustment of the situation of students with disabilities in college and secondary school and Ministerial Memorandum No. 81.21, of September 16, 2021.

This confirms that the introduction of the adaptation of continuous checks was only introduced in the 2021-2022 school year.

In addition, there is a legal gap concerning the adaptation of teaching and exams in universities, especially in the case of students with disabilities, as well as the authorization to have a companion in the classroom.

At the health level, an early diagnosis for children must be made in order to improve the behavior of the child with ASD. It is no secret that the financial expenses to adapt the behavior and the companion are expensive, in addition to the high price of medicines. We have found families who are suffering from poverty with two children with ASD, which means that the costs are expensive for them... The Kingdom of Morocco has done well in providing support to poor families through RAMEL PROGRAM, but it is not enough.

At a social level, we still believe that there is a lack of understanding of the conditions of people with ASD and a lack of respect, especially for young people who do not understand the suffering of those with ASD. Hence, people should be careful with the language used while talking about them so as not to make them feel inferior. Sometimes the lack of understanding comes from the parents; some divorces have occurred for that reason. To that end, Yahya Association for Children with Autism has organized a series of workshops in this area by participating in solving social problems<sup>23</sup>:

- Spreading awareness on the importance of managing family disputes among families on 12/22/2018.
- Parenting education on 11/10/2018 and Family Mediation on 12/23/2018.
- Communication techniques between parents and children with ASD on the 28-29/12/2018.
- Rehabilitation workshops.

The Center offers the following:

- Social diagnosis to families.
- The support and advice of the social advisor.
- The organization of medical examinations between children and their doctors.
- The inclusion of children in society by organizing activities on religious and national events in which everyone participates.
- Special education.
- Occupational therapy.
- Multisensory room.
- Psychomotor room.
- Speech therapy.
- Participation in local, national, and international competitions.
- Services for children and adolescents for their well-being.

23. Bulletin de l'Association Yahya pour Enfants Autistes, 2018-2020, pp. 4-5.

Young stars have achieved awards at international competitions such as the case of Amin El Mrimar in the “Little Stars” program on the MBC2 channel. Returning to the Yahya Association Newsletter 18-2020, it can be noted the efforts made for the inclusion of children with ASD at the local, national and international levels, in addition to professional awareness<sup>24</sup>.

For employment, Morocco has identified 7 percent of persons with disabilities to work according to their abilities, but that was not enough.

The question remains: Will the government encourage the private sector, along with its commitment, to properly employ youth persons with ASD? Especially that persons with ASD have raised the question about the right to marry and start a family, so how can they start a family when they cannot provide for themselves?!

## V. CONCLUSION

In this research, a series of problems are presented, starting with the nomenclature of persons with disabilities due to the nature of the vision of the society according to the epochs, which evolves, and may change in the future. The current legal trend is to describe them as Persons with Disabilities and their eligibility for performance may be missing due to not reaching the age of discernment, so it is not valid for persons with ASD or any other person to perform actions that are harmful to him or of a character both beneficial and harmful.

They are also deficient for not reaching the age of majority. If he reaches it, the question is: Does the person with ASD have Full Capacity to Act in Moroccan law? It turned out that the person with ASD does not have the Full Functional Capacity if he is prodigal or demented by law because autism is seen as a single category, but the reality is not like that. Each category has its degree: mild, moderate, or severe. In addition, the person with ASD may have another disability that affects his abilities.

At last, we have concluded that, in the mild and medium cases, the person with ASD needs a supportive decision, but the one suffering from severe autism, needs special treatment to preserve his rights so that he is not exploited.

There is a lack of Resources in Departments for Rehabilitation and Support in most educational institutions, in addition to their absence in high education.

The question remains: Has the Government prepared an inclusive policy to achieve full inclusion? This issue will remain open despite the efforts made to alleviate the situation of persons with disabilities through the RAMED PROGRAM, the acceptance of applications for the right to a companion in educational institutions, and the adaptation of examinations.

---

24. *Ibid.*, pp. 14-20.

## Bibliography

- Altiftazani, M., O., A.: *Al-talwih alaa al-tawdih*, impresa alkhayriah, ed. 1. 1322 ha (in arabic).
- Al-sanhuri, A., A.: *Al-wasit fi Sharh Al-qanun Al-Madani*, Dar Ihya' Al-Tturath Al-arabi, Dar Al-Nashr liljamieat Al-masriah, Bayrût, Libano, ed. 1, 1952 (in arabic).
- Andrée-Anne, S.: *Performance perceptive dans l'autisme: du facteur «g» au facteur «p»*, Université de Montréal, 2014. Phd.
- Aristóteles: *Política* (Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés), Gredos, Madrid, 1988.
- Claire, C.: «Mieux connaître la prévalence des troubles du spectre de l'autisme (TSA), mais aussi les conditions de vie des personnes présentant un TSA, un défi pour notre politique publique», *BEH (Bulletin Epidémiologique Hebdomadaire)*, Santé Public, France, 2020, no: 6-7.
- Corneau, F.; Dion, J.; Juneau, J.; Bouchard, J.; Hains, J.: «Stratégies pour favoriser l'inclusion scolaire des enfants ayant un trouble envahissant du développement: Recension des écrits», *Revue de psychoéducation*, vol. 43, no. 1, 1-36, 2014.
- Diderot, D.: *Lettre sur les aveugles a l'usage de ceux qui voient (œuvres complets de Diderot, Paris, 1875)*, Londres. 1749.
- Grant, C.: «The Social Model of Disability», *Scottish Accessible Information Forum (SAIF)*, 2009.
- Jean Garrabé, L.: *El autismo. Historia y clasificaciones*, Salud Mental, México, 2012.
- Maurice, J.: «Les terminologies pour dire le handicap: une histoire sans fin?», *Revue suisse de pédagogie spécialisée*, 2016.
- Platón: *Diálogos*, UNAM, edición 1, 1921, reimpresión 1, México, 1988.
- Stiker, H.: *Aspects socio-historiques du handicap moteur*, Source: «Deficiences motrices et situations de handicaps», 2002.
- Victor, H.: *Notre-Dame de Paris*, Bibebook, 1832.
- Laws and conventions:
- The Moroccan Commercial Code*. An unofficial legal translation, by: Youssef Benabderrazik, Mohamed Benhima, Kimberly Rightor, 2020, [https://rnesm.justice.gov.ma/Documentation/MA/3\\_TradeRecord\\_fr-FR.pdf](https://rnesm.justice.gov.ma/Documentation/MA/3_TradeRecord_fr-FR.pdf)
- The Moroccan Code of Obligations and Contracts*. An unofficial legal translation. Translation: Mohamed Benhima, Kimberly Rightor, Youssef Benabderrazik, 2020, [https://www.researchgate.net/publication/343862653\\_Moroccan\\_Code\\_of\\_Obligations\\_and\\_Contracts\\_in\\_Arabic\\_French\\_and\\_English#fullTextFileContent](https://www.researchgate.net/publication/343862653_Moroccan_Code_of_Obligations_and_Contracts_in_Arabic_French_and_English#fullTextFileContent)
- The Moroccan Family Code (Moudawana)*, Human Rights Education Associates (HREA). An unofficial English translation of the original Arabic text, <http://www.hrea.org/wp-content/uploads/2015/02/Moudawana.pdf>
- Dahir No. 1-92-30, issued on 22 Rabi 'al-Awal implementing Act No. 07-92 on Social Welfare for Disabled Persons / Official Gazette, Jumada I, 4, 1414 - October, 20, 1993/* (in arabic).
- Dahir N ° 1.16.52, issued on Rajab, 19, 1437 / Official Gazette, (April, 27, 2016), implementing Framework Law N ° 97.13 on the Protection and Promotion of the Rights of Persons with Disabilities* (in arabic).
- Dahir N ° 1.16.52 issued on 19 Rajab 1437 / Official Gazette, (April, 27, 2016). The Constitution of the Kingdom of Morocco, 2011* (in arabic), [https://www.usc.gal/export9/sites/webinstitucional/gl/institutos/ceso/descargas/Const-Marruecos-2011\\_es.pdf](https://www.usc.gal/export9/sites/webinstitucional/gl/institutos/ceso/descargas/Const-Marruecos-2011_es.pdf)
- Law No. 20, for the year 2017, Law on the Rights of Persons with Disabilities Act*, Jordan, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/108108/133442/F1646503428/20-2017%20eng%20.pdf>
- Naciones Unidas, *Convention on the Rights of Persons and Optional Protocol*, <https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>
- Gazettes and Manuals:

Bulletin de l'Association Yahya pour Enfants Autistes, 2018-2020, présenté par: Pr. Dr. Mekki Klaina, Directeur des Relations Scientifiques et Externes de l'Association. (en arabe et espanol).

Articles with links:

Jean-François Marmion, *Autisme: chiffres en hausse aux USA*, [https://www.scienceshumaines.com/autisme-chiffres-en-hausse-aux-usa\\_fr\\_24416.html](https://www.scienceshumaines.com/autisme-chiffres-en-hausse-aux-usa_fr_24416.html)

Richard Frye, *How the CDC arrived at its 1 in 54 estimate, and what it means for autism's present and future.*

<https://tacanowblog.com/2020/04/13/how-the-cdc-arrived-at-its-1-in-54-estimate-and-what-it-means-for-autisms-present-and-future/>

*Trouble du Spectre De l'Autisme chez les enfants et les adolescents au Canada 2018*, Un Rapport du Système National de Surveillance du Trouble Du Spectre De L'Autisme, Gouvernement du Canada.

<https://www.canada.ca/fr/sante-publique/services/publications/maladies-et-affections/trouble-spectre-autisme-enfants-adolescents-canada-2018.html>

*L'autisme en chiffres*, FQA, Federation Quebecoise de L'Autisme

<https://www.autisme.qc.ca/tsa/lautisme-en-chiffres.html>

*Autisme en France: des chiffres en hausse*, Alliance VITA, mars 12, 2020.

<https://www.alliancevita.org/2020/03/autisme-en-france-des-chiffres-en-hausse/>

*Stratégie nationale pour l'autisme: bilan et actions 2021*, Le journal des Femmes, Santé, 14/4/2021.

<https://sante.journaldesfemmes.fr/fiches-sante-du-quotidien/2710336-strategie-nationale-autisme-tnd-france-education-intervention-consultation-bilan-2021/>

<https://www.redcenit.com/tea-dsmv/>

<https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/casi-240-millones-ninos-con-discapacidad-mundo-segun-analisis-estadistico>

<https://www.redcenit.com/tea-dsmv/>



# Un análisis antropológico de la solidaridad social en Ceuta como recurso de emergencia ante momentos de crisis migratorias

## AN ANTHROPOLOGICAL ANALYSIS OF SOCIAL SOLIDARITY IN CEUTA AS AN EMERGENCY RESOURCE IN MOMENTS OF MIGRATORY CRISIS

**María Remedios Guerrero Trujillo**

Tutora de Centro Asociado en Ceuta

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Doctoranda

Universidad de Cádiz

[remediosguerrerotrujillo@gmail.com](mailto:remediosguerrerotrujillo@gmail.com) 0000-0001-7016-5407

Recibido: 18.06.2022 | Aceptado: 17.12.2022

### RESUMEN

Esta comunicación pretende, desde la etnografía, acercarnos a la realidad social que se vive en un espacio fronterizo ante situaciones de crisis como la acaecida por el cierre de la frontera hispano-marroquí, intensificada por la “crisis migratoria” del día 17 de mayo del 2021. Reflejamos las respuestas solidarias de la comunidad a través del testimonio de mujeres como modos de cubrir necesidades materiales de los inmigrantes irregulares, e indagamos qué explica esa labor humanitaria, labor que en muchos casos repara vacíos relacionados con el ámbito jurídico.

### ABSTRACT

This communication intends, from ethnography, to approach the social reality that is lived in a border space in crisis situations such as the one that occurred due to the closure of the Spanish-Moroccan border, intensified by the “migration crisis” of May 17, 2021. We reflect the solidarity responses of the community through the testimony of women as ways of covering the material needs of irregular immigrants, and we investigate what explains this humanitarian work, work that in many cases repairs gaps related to the legal field.

### PALABRAS CLAVE

Ceuta  
Crisis migratoria  
Solidaridad Social  
Mujeres  
Antropología

### KEYWORDS

Ceuta  
Migratory crisis  
Social solidarity  
Women  
Anthropology

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. INMIGRACIÓN MARROQUÍ EN CEUTA Y DEMANDAS QUE SUPONE
  - A. Carencias de los servicios sociales en un contexto transfronterizo
  - B. Saturación del hospital de la Ciudad Autónoma
- III. TRABAJO DE CAMPO
  - A. Trabajadoras transfronterizas del servicio doméstico que quedaron en el lado marroquí
  - B. Trabajadora del servicio doméstico en el lado marroquí
  - C. El día 17 de mayo del 2021 y la puerta blanca
- IV. SOLIDARIDAD SOCIAL
  - D. A. *Zakat* o conciencia moral
  - E. B. Teoría del don
- V. CONCLUSIONES  
Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

En momentos tildados de crisis migratoria, todas las medidas tomadas para la ayuda de los migrantes son bienvenidas; tanto las formales, incluidas en las respuestas políticas y en las ofrecidas por las organizaciones no gubernamentales; como las informales, las que ofrecen personas desde el anonimato. Las primeras están bajo el amparo de la ley, las segundas dependen de principios morales de los individuos que en ocasiones pueden estar vinculados a motivos religiosos<sup>1</sup>.

Ceuta, por su situación geográfica, desde que comenzaron las migraciones internacionales en los años noventa del pasado siglo coincidiendo con la globalización, es testigo, por su condición fronteriza, de momentos que podemos tildar de crisis migratorias. Estas situaciones generan unas necesidades inmediatas que por su urgencia requieren de una pronta respuesta. En ello se implican actores bajo el anonimato cuya colaboración nos corresponde investigar a las antropólogas a fin de apreciar la aportación de estas personas desde una doble perspectiva: material y simbólica. Concretamente, nos vamos a referir a actos solidarios que contribuyeron de modo informal en la ayuda humanitaria a los migrantes mientras que la frontera hispano marroquí se mantuvo cerrada, periodo comprendido entre el día 13 de marzo del 2020 y el 17 de mayo del 2022<sup>2</sup>. Para seleccionar algunas contribuciones vamos a organizar tres casos, cada uno de los cuales puede afectar a más o a menos personas, teniendo en cuenta que todos ellos están incluidos en este periodo de tiempo:

1. Estas jornadas están dedicadas a las fronteras de la Seguridad Social, mientras que esta comunicación pretende desde la proximidad de los rostros de sus protagonistas, ir más allá de esas fronteras, concediendo a los actos individuales un valor humanitario que sin duda contribuye de modo informal a la seguridad y al bienestar de las personas que más lo necesitan, los migrantes.

2. Aunque oficialmente la frontera se cierra en el periodo que comprende del 13 de marzo de 2020 al 17 de mayo de 2022 por la pandemia, Marruecos unilateralmente cerró la frontera unos meses antes, en noviembre del 2019 con lo que el tránsito regular de trabajadores se ve afectado desde entonces.

- Trabajadoras transfronterizas del servicio doméstico que quedaron en el lado español.
- Trabajadora del servicio doméstico que quedó en el lado marroquí.
- Acción humanitaria del 17 de mayo del 2021.

Zygmunt Bauman afirmaba que “[...] es improbable que las migraciones masivas vayan a remitir, ni porque desaparezcan los factores que las impulsan, ni porque se pongan en práctica ideas más ingeniosas para frenarla”<sup>3</sup> y nos habla de dimensiones épicas en las migraciones del futuro. Para tales acontecimientos, no hay otra salida que afrontar el desafío desde distintas ópticas porque todo esfuerzo cuenta cuando las crisis humanitarias soplan como el motor de la humanidad. El análisis etnográfico desde la antropología puede resultar un instrumento importante a la hora de valorar los límites de la Seguridad Social en espacios fronterizos como la ciudad de Ceuta porque representa una herramienta para evaluar el tejido social desde la neutralidad y un mecanismo empírico para sondear tanto las necesidades como los recursos que tienen las personas en situaciones límites.

## II. INMIGRACIÓN MARROQUÍ EN CEUTA Y DEMANDAS QUE SUPONE

Ceuta es una ciudad española y europea fronteriza con Marruecos. Entre ambos países existe gran distancia en relación con los factores que acompañan al desarrollo de las naciones<sup>4</sup> y según los cuales se va configurando el índice de Desarrollo Humano que sitúa a España en el año 2020 en el puesto número 25 junto a otros países con muy alto índice de Desarrollo Humano; y a Marruecos, por el contrario, en el 121, encontrándose entre los países de desarrollo humano medio<sup>5</sup>. Esta distancia predispone a que España se vaya convirtiendo desde la década de los años 80 hasta la actualidad, en un destino atractivo para el inmigrante marroquí por su proximidad geográfica, así como por la posibilidad de mejora en la calidad de vida con respecto a su país.

De aquí que la nacionalidad marroquí sea la de mayor presencia entre la población extranjera residente en España, suponiendo el 14,43% de los residentes extranjeros<sup>6</sup>, de tal manera que hace atractiva la continuidad migratoria a la ciudad de Ceuta por motivos económicos. Son los motivos económicos los que han movido multitud de publicaciones, e incluso la redacción de tesis doctorales como la de Marta Saceda Montesinos, centrada especialmente en la causa económica como fundamento de la migración marroquí y posicionando la ciudad de Ceuta como el “tapón migratorio”<sup>7</sup>.

3. Bauman, Z.: *Extraños llamando a la puerta*, Paidós, Barcelona, 2016.

4. Véanse los marcadores en los últimos años donde se observa la comparativa del Desarrollo Humano por indicadores: <https://datosmacro.expansion.com/paises/comparar/espana/marruecos?sc=XE21>

5. Conceição, P.: *Informe sobre el Desarrollo Humano 2020. La próxima frontera. El desarrollo humano y el Antropoceno*, PNUD, Nueva York, 2020.

6. Véase gráfico en la nota de prensa: [https://www.ine.es/prensa/cp\\_e2021\\_p.pdf](https://www.ine.es/prensa/cp_e2021_p.pdf).

7. <https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-contemporanea/20210518/7463588/ceuta-hay-marcha-verde.html>

Nosotros, empero, sumamos a las razones puramente materiales, las derivadas de la proximidad geográfica, entre el lugar de origen de los migrantes marroquíes y Ceuta en tanto que posibilita la multiterritorialidad o, lo que es lo mismo, la posibilidad de vivir a ambos lados de la frontera, concepto que reutilizo a partir del geógrafo brasileño Rogerio Haesbaert<sup>8</sup> y con el que se crea un área o zona *borderland* cuya población establece lazos sociales y/o familiares que incentivan la permeabilidad fronteriza. Las trabajadoras transfronterizas por su creciente movilidad, así como los inmigrantes irregulares que diariamente llegan a la ciudad<sup>9</sup>, entran en la categoría de movilidad marcada por la multiterritorialidad porque su espacio vital está entre dos territorios, en este caso entre dos países, cada uno con su correspondiente legislación y cobertura de derechos y asistencia.

La ciudad de Ceuta tiene un crecimiento poblacional mayor al resto de España y a su vez mayor crecimiento vegetativo<sup>10</sup>. Si al crecimiento demográfico le sumamos la inmigración irregular, entendemos que la demanda de servicios también crezca. La población de Ceuta va en aumento, con la excepción de los dos últimos años, coincidiendo con la pandemia y con la frontera cerrada<sup>11</sup>. La población extranjera en Ceuta es, con creces, mayoritariamente de procedencia marroquí, lo que ha significado que la minoría etnocultural de origen marroquí se va convirtiendo en mayoría. En ese proceso intervienen tanto el proceso de nacionalización o naturalización de la población por arraigo, cuya mayor incidencia ocupó el lustro que va entre la promulgación de la Ley de Extranjería, 1986 y el comienzo de las inmigraciones subsaharianas (1991), como los matrimonios entre españoles y marroquíes o el reagrupamiento familiar.

En el contexto de España y estrenando el siglo XXI, investigamos sobre la cuestión de la adquisición de la nacionalidad española entre los colectivos de extranjeros, y hallamos que en el año 2001 es el colectivo originario de Marruecos el que ocupa el primer puesto según el Informe del Observatorio Permanente de la Inmigración, y que en el año 2007 será el segundo grupo, aunque en términos absolutos el porcentaje sea menor que en el 2001, el número total se multiplicará en 2,8 puntos. De este modo, tenemos que en el año 2001 a 2822 personas marroquíes les es concedida la nacionalidad española y en el año 2007 a 7864, suponiendo más del 10 por ciento del total de las nacionalidades otorgadas, en tanto que en el año 2001, sumando todas las procedencias, se concedieron un total de 16.743 y en el año 2007, 71.810<sup>12</sup>. En el mismo informe, se representan las nacionalidades originarias más comunes aten-

8. Haesbaert, R.: "Del mito de la desterritorialización a la multiterritorialidad", *Cultura y representaciones sociales*, vol. 8, núm. 15, 2013, pp. 9-42.

9. Utilizo la denominación de inmigrante irregular para las personas que sirviéndose de la prioridad del visado con la excepcionalidad de la provincia de Tetuán pernoctan en la ciudad e incluso viven temporadas en ella, porque ni ellos ni los trabajadores transfronterizos tienen la posibilidad de pernoctar legalmente en la ciudad de Ceuta.

10. [https://ec.europa.eu/search/?QueryText=crecimiento+vegetativo+ceuta&op=Buscar&swlang=es&form\\_build\\_id=form-1ahfuLNiisHTHstsyFKNfObVdT-jkBz34zISrjxEyZc&form\\_id=nexteuropa\\_europa\\_search\\_search\\_form](https://ec.europa.eu/search/?QueryText=crecimiento+vegetativo+ceuta&op=Buscar&swlang=es&form_build_id=form-1ahfuLNiisHTHstsyFKNfObVdT-jkBz34zISrjxEyZc&form_id=nexteuropa_europa_search_search_form).

11. "Ceuta pierde población empadronada en el año de la pandemia", en *El Faro de Ceuta*, 20 de abril de 2021. Accesible en: <https://elfarodeceuta.es/ceuta-pierde-poblacion-pandemia/#:~:text=Los%20habitantes%20experimentaron%20un%20descenso,de%202021%20en%2083.517%20personas>.

12. Observatorio Permanente de Inmigración: *Boletín Estadístico de Extranjería e Inmigración. Número 18*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

diendo a las Comunidades y Ciudades Autónomas según el Registro Civil en que se solicita el cambio de nacionalidad y se observa que lo que sucede en Ceuta y en Melilla no ocurre en ninguna otra Comunidad. En cualquier comunidad, a lo sumo, una única nacionalidad ocupa un 50 por ciento del total de las concesiones, pero en Ceuta y en Melilla la nacionalidad marroquí supera al 90 por ciento de las concesiones.

La población musulmana aumenta de forma continuada en ambas ciudades debido a la mayor natalidad y a la reagrupación familiar, ya que es práctica común su matrimonio con individuos marroquíes. Así, en Ceuta, la tercera parte de las bodas celebradas en el año 2003 se efectuaron entre una persona de origen marroquí y nacionalidad española con otra marroquí residente en Marruecos. Según el Padrón Municipal de enero de 2006, el 16 por 100 de la población residente en Melilla y el 7 por 100 de la de Ceuta había nacido en Marruecos. La población musulmana tiene ahora casi en su totalidad la nacionalidad española, que por la vía del matrimonio se obtiene en un año según las normas españolas. Así, según el Padrón de 2006, sólo el 3 por 100 de la población residente en Melilla y el 4 por 100 de la de Ceuta carecía de nacionalidad española<sup>13</sup>.

Para hacernos una idea sobre el panorama de la celeridad con la que se sigue desarrollando en la ciudad fronteriza de Ceuta el proceso de nacionalizaciones a marroquíes, localizamos los datos de los tres últimos años: 178 en el 2018, 165 en el 2019 y 148 en el 2020<sup>14</sup>.

Y para más demanda de servicios, Ceuta cuenta con un porcentaje muy alto de población flotante procedente de Marruecos, personas que no pudiendo pernoctar en la ciudad lo hacen, y que recibirían la denominación de inmigrante irregular. Entre ellas, aquellas mujeres dedicadas al servicio doméstico que sin documentación en regla y sin la condición de transfronteriza permanecieron en la ciudad. A tal efecto, consultamos informes como el de la Unión de las Comunidades Islámicas de España, y comprobamos que a fecha de diciembre del 2020 eran 5.056 los marroquíes musulmanes en la ciudad de Ceuta<sup>15</sup>.

Con todo, intuimos que las necesidades y demandas en la ciudad en cuanto a prestaciones y ayudas sociales van a ser proporcionalmente mayores a las del resto de España. A su vez, tenemos presente que la inmigración en Ceuta está muy asociada a la recepción de personas cuya identidad grupal está ligada a la confesión islámica y es por ello que investigaremos dentro de la religión como modo de encontrar explicación a la tarea solidaria de las personas implicadas.

13. González Enríquez, C.: "Los frenos al pluralismo cultural en territorios de soberanía discutida: Los casos de Ceuta y Melilla", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 140, 2008, pp. 140-141.

14. "De marroquí a español: 148 obtienen la nacionalidad en Ceuta", en *El Faro de Ceuta*, 30 de diciembre de 2020, accesible en: <https://elfarodeceuta.es/marroqui-espanol-nacionalidad-ceuta/>.

15. Observatorio Andalusi: *Estudio demográfico de la población musulmana*, Unión de Comunidades Islámicas de España, Madrid, 2021.

## A. Carencias de los servicios sociales en un contexto transfronterizo

La celeridad de los cambios demográficos derivados de la continua migración marroquí, así como del proceso de nacionalización por diferentes vías, no irá acompañada con los cambios estructurales exigibles a nivel jurídico que den prestación a las crecientes demandas, generando la necesidad de servicios para los que ni la infraestructura ni los presupuestos responden inmediatamente. Tendríamos que tener en cuenta, como estima Ana María Planet Contreras, el hecho de que, aunque la migración marroquí, a diferencia de la subsahariana, no se cuantifique como tal, posee las características y consecuencias de la migración tradicional<sup>16</sup>. Y como tal, unidas ambas migraciones, suponen unos gastos y un nivel organizativo para los que la ciudad ni tiene competencia ni es dotada con suficientes fondos<sup>17</sup>. Por tanto, partimos de la base de que existe un amplio vacío de políticas migratorias eficientes generado por la dispersión de responsabilidades en el entramado que va de la Unión Europea a España y de España a las Comunidades Autónomas, en tanto que el caso de Ceuta no entra en la consideración de Comunidad Autónoma y no tiene competencia más que a nivel local en su capacidad ejecutiva, pero no legislativa. Con ello, según la experta María del Carmen Burgos, Europa mira hacia otro lado<sup>18</sup>. Pero las necesidades surgen y nos interesa evaluar la respuesta de la ciudadanía de Ceuta, porque en ocasiones será la propia solidaridad de familias y amigos los que intervengan en materia ante la premura de las necesidades vitales.

Todo el transir de las naturalizaciones consecuencia del espacio fronterizo explica que en Ceuta ocurra lo contrario a lo que suele suceder en relación con los extranjeros adscritos al Régimen Comunitario y es que suele ser inferior al Régimen General, pero en Ceuta es superior porque las familias de origen marroquí lo van engrosando y así observamos en un estudio del año 2007 que, habiendo un total de 3.605 personas como población extranjera con autorización de residencia y/o trabajo, 1.340 pertenecían al Régimen General y 2.265 al Régimen Comunitario, siendo la edad media la de 36,2 años y estando prácticamente equilibrado los dos sexos<sup>19</sup>.

En Ceuta sucede que la población “de hecho” es muy superior a la “de derecho” y se benefician de prestaciones y servicios de la ciudad y del sistema público. Uno de los usos en servicios más comunes ha sido el de Sanidad y de ello dan fe el número de partos de mujeres marroquíes en el hospital de Ceuta<sup>20</sup>. Tenemos, según informe del Real Instituto Elcano, que el crecimiento demográfico de Ceuta supone una amenaza

16. Saceda Montesinos, M.: *Evolución de las migraciones entre Marruecos y España (1999-2014): La gestión migratoria en Ceuta ante la encrucijada de intereses UE-Marruecos*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

17. Burgos Goyé, M. C.: *Las migraciones en Ceuta y Melilla*, Comares, Granada, 2012, p. 163.

18. *Ibid.*, p. 150.

19. Andreo Tudela, J. C.: *Diagnóstico de la situación sociolaboral de las trabajadoras transfronterizas del servicio doméstico*, Instituto de Estudios Ceutíes, Ceuta. 2013.

20. En unas jornadas del Instituto de Seguridad y Cultura celebradas el 3/12/2020, tituladas “Ceuta y Melilla, frontera europea en España y en la U.E. en África”, el coronel de la guardia civil Antonio Sierra dijo que en Nador, en su entorno, se está publicitando el hospital de Melilla como referencia para la población marroquí.

para el equilibrio social y político<sup>21</sup>, amenaza que en momentos de crisis se intensifica. Desde la humildad del trabajo de campo, nos preguntamos si a este vacío le compensa la institucionalización creciente del islam y la capacidad organizativa de su comunidad en vistas a ayudar a la nueva población. Pero en este estudio no nos centramos en el carácter institucional de la comunidad, sino en los actores individuales.

En orden a la creciente necesidad de servicios que garanticen los derechos sociales de una población migrante que va en aumento, podríamos especificar los límites de tales garantías refiriéndonos a tres demandas básicas: educación, sanidad y empleo, pero por cuestión de espacio lo ejemplificaremos únicamente con la sanidad en su relación con el hospital de Ceuta.

## B. Saturación del hospital de la Ciudad Autónoma

Como hemos explicitado más arriba, al haber más nacimientos hay mayor demanda hospitalaria en maternidad. Ello nos lleva a situaciones de saturación en el hospital de Ceuta originadas por los alumbramientos de mujeres marroquíes<sup>22</sup>. Comprensible es, por ende, que el actual cierre de frontera explique el descenso de partos en la ciudad<sup>23</sup>, aunque como veremos en la parte dedicada al trabajo de campo, sí ha habido partos de mujeres marroquíes. Hacemos referencia a la saturación hospitalaria en el área de maternidad como un modo de mostrar la demanda de servicios sociales que genera un espacio fronterizo.

En relación con los nacimientos, consideremos un estudio realizado entre los años 2007 y 2011 cuyos datos se obtuvieron del Registro Civil sin considerar la totalidad de los meses de ninguno de los años referenciados. En dicha investigación figura que en el 2008 hubo en Ceuta un total de 1.593 nacimientos, de los cuales 925 fueron nacimientos extranjeros y algo parecido en el año 2011, donde se registran 1.191 nacimientos de extranjeros entre un total de 1.927 nacimientos<sup>24</sup>. Tenemos, por tanto, que, en todos los años reflejados en el estudio, los resultados originan que más del 50% de los nacimientos en la ciudad de Ceuta son de extranjeros.

Todos aquellos niños inscritos de padres extranjeros, y que a su vez al menos uno de los ellos hubiera nacido en España, podrán optar a la nacionalidad española de origen, no pudiendo ser privado de la misma, al existir un mandato constitucional que lo impide. La realidad que nos afecta directamente a la Ciudad Autónoma es que una vez se implantó la universalización de la asistencia sanitaria al entrar en vigor la Ley

21. "El crecimiento de la población de Ceuta y Melilla es una amenaza a su estabilidad social y política", en *El Pueblo de Ceuta*, 9 de diciembre de 2016, accesible en: <https://elpueblodeceuta.es/art/13570/-ldquo-el-crecimiento-de-la-poblacion-de-ceuta-y-melilla-es-una-amenaza-a-su-estabilidad-social-y-politica-rdquo->.

22. "Ceuta encabeza la lista de nacimientos de España por atender partos de Marruecos", en *Público*, 30 de enero de 2008, accesible en: <https://www.publico.es/actualidad/ceuta-encabeza-lista-nacimientos-espana.html>

23. "Ceuta: bajan un 31% los nacimientos por el cierre de las fronteras", en *bladi.es*, 1 de marzo de 2021, accesible en: <https://www.bladi.es/ceuta-descenso-nacimientos-cierre-frontera,9270.html>.

24. Arnet Rodríguez, A.: "Antecedentes y aspectos relevantes en la población extranjera para conseguir la nacionalidad española", en Rontomé Romero, C. (coord.): *I Congreso Internacional sobre movimientos migratorios*, Editorial Tleo, Ceuta, 2017, pp. 125-142.

General de Sanidad, comenzaron a nacer niños, que en su momento no adquirirían arraigo en la Ciudad, pero que sin embargo los sucesores de éstos optarán a la nacionalidad española según el artículo 17,1,b del Código Civil español<sup>25</sup>.

### III. TRABAJO DE CAMPO

Como investigación en ciencias humanas hemos de constatar hechos a través del trabajo empírico realizado con la metodología propia de la Antropología, observación participante y/o entrevista abierta. El trabajo empírico se centra en tres casos prácticos que se incluyen en este epígrafe. Las entrevistas han sido realizadas directamente de modo presencial pero, no pudiendo acceder al lado marroquí por cierre fronterizo, la investigadora ha conversado vía *wasap* con la mujer “transfronteriza”<sup>26</sup> que queda al otro lado de la frontera. Incluimos aquí los tres casos prácticos, incluyendo en el relato observaciones gestuales o comportamentales que puedan servir de apoyo a las palabras tal cual fueron documentadas y de las cuales existe registro fechado por escrito y/o grabación.

#### A. Trabajadoras transfronterizas del servicio doméstico que quedaron en el lado español

Este epígrafe está compuesto de dos entrevistas. Comenzaremos con una entrevista presencial realizada en la barriada ceutí de Benzú, en la casa de una empleadora, el día 11 de abril del 2021. Proseguiremos con una entrevista presencial realizada el día 17 de mayo del 2022 a Rachida Jraifi y a otras compañeras en parecidas situaciones. Quedamos en la Plaza de los Reyes y conversamos durante prácticamente dos horas.

Domingo 11 de abril del 2021, converso alrededor de una mesa con cuatro mujeres, dos mujeres ceutíes de la tercera edad en calidad de empleadoras y dos mujeres marroquíes en calidad de empleadas. La primera de las marroquíes, Iman o Inma, porque me dice que le da igual cómo la llamen, se ha casado con un ceutí y se encuentra en proceso de conseguir la nacionalidad. No me voy a centrar en esta joven trabajadora de servicio doméstico, sino en Aicha. Esta mujer, de 48 años, lleva 8 años trabajando con Isabel, una ceutí de 90 años que, según me dice Aicha, para reforzar lo buena persona que es, “sigue haciéndole giros a la mujer que estuvo trabajando antes, trabajó veinte años para ella”. Se las ve muy a gusto y tranquilas. Reconocen que se respetan como es cada una. Un ejemplo, Isabel almorzaba, pero ella cumplía el Ramadán a rajatabla hasta que la diabetes empezó hace un par de años y tuvo que abandonarlo.

25. *Ibid.*, p. 133.

26. El uso de la denominación “transfronteriza” no es adecuado aquí porque la trabajadora no tiene contrato de trabajo en la ciudad y sería una migrante irregular que hace uso de la excepcionalidad de visado, pernoctando en la ciudad si la demanda de empleo así lo requiere.

Aicha e Isabel viven juntas, las dos solas. Observo que están muy compenetradas. Aicha se ha quedado encerrada en Ceuta, pero añade: “menos mal que me ha cogido aquí para mandar dinero”. Ella tiene un hijo de 22 años en Marruecos quien, según dice, “trabaja de trapicheo, en Marruecos ahora la gente vende la botella del gas y las cosas de la casa para comer”. Aicha se divorció hace 9 años y con el dinero que gana como empleada de hogar ayuda a su hijo, porque el padre no colabora en nada. Reconoce tener ganas de volver a ver a su hijo y a su familia de Marruecos, añade, pero parece resignada y da gracias a Dios. Me cuenta una bonita historia de su hermano, hoy dermatólogo en Córdoba, historia que, aunque no proceda, refleja la gratitud de esta familia a España.

Seguidamente, pasamos al segundo relato, donde iremos dando saltos por los testimonios vitales de nuestras cuatro colaboradoras: Rachida, Amira, Zubaida y Lakbira.

Rachida, trabajadora transfronteriza de un pueblo próximo a Kenitra, se traslada a Castillejo en el año 2006<sup>27</sup>, enseguida consigue la tarjeta de transfronteriza renovable cada dos años, lleva 15 años cotizando, 5 a jornada completa y 10 a media jornada. Por su parte, indica que los problemas de paso los halla al regresar a Marruecos con la policía española. También la colaboradora Lakbira, de 47 años, aunque es de Rabat, se empadronó en Castillejo.

Rachida estudiaba por la tarde en el Edrisis en horario de 16 a 21 horas, con lo que su empleadora, “que es legal y buena”, le dice que se quede para estudiar por los exámenes y poder usar su ordenador. Su empleadora tiene 69 años y lleva trabajando con ella 8 años. Empezó cuidando a los nietos de modo eventual y ella, que se iba a ir a Jerez al jubilarse, enviuda con lo que finalmente se queda en Ceuta.

Puestos en situación, como antropóloga, me interesa que describan cómo ha sido su vida durante el confinamiento y la pandemia en la ciudad de Ceuta. Hoy comparten la emoción y alegría porque esta noche, a las 23:59, está programada la reapertura de la frontera. Todas coinciden en que lo más duro ha sido la separación de sus familias. Una de ellas, Amira, mujer de 41 años, tiene 5 hijos en el lado marroquí a los que lleva casi dos años sin ver y sus edades están comprendidas entre los 5 y los 24 años. También coinciden en las penalidades que tienen que pasar por no tener residencia, “hay amigas que se han quedado sin trabajo y sin casa por ello”, explica Rachida. Entre bromas, surge la posibilidad de conseguir el arraigo por matrimonio como modo de llegar a tener el permiso de residencia. A Rachida, que está soltera, le pregunto si le gustaría y ella, no lo duda, “No, no me gustaría, estoy deseando”. Resignada, añade “España es un país que presume de derechos”. Zubaida, de 46 años, no sabe hablar español porque apenas lleva dos años y no tiene documentación de ningún tipo. Es Rachida quien traduce lo poco que habla. Las mujeres como Lakbira, que se empadrona en Castillejo pero que como su familia es de Rabat no cuenta con lazos

27. Castillejo o *Fndieq* es el pueblo marroquí más próximo a Ceuta y sus habitantes, al pertenecer a la provincia de Tetuán, se favorecen de la excepcionalidad del visado. Esto conduce a la multiterritorialidad como práctica habitual en las vidas de estas personas, necesitadas de trabajar en Ceuta, y es un motivo del crecimiento demográfico de *Fndieq*.

familiares en Ceuta, dependen de lazos afectivos relacionados con la amistad. Entre las mujeres transfronterizas se entabla una red de ayuda y solidaridad a ambos lados de la frontera, ellas se ayudan entre ellas en la ciudad de Ceuta y a su vez reciben la ayuda de sus empleadoras, y ellas ayudan a sus familiares y vecinos en Marruecos porque, como dice Rachida, “con nuestro dinero lo mandamos a la familia, los vecinos y hasta amigos”. Cuando le pregunto el motivo por el que ayuda, si acaso es religioso, me responde asertiva: “Noooo, porque sale de dentro”. Entonces Amira corta la conversación, se emociona para agradecer a sus amigas que durante el confinamiento cada una de las compañeras con las que convive pusiera 50 euros para pagar el alquiler en Ceuta y que ahora, ella puede pagar su parte porque hace varios trabajos “el alquiler, 450 euros y así que para pagarlo cuando termino de trabajar, cocino para restaurantes”. Le pregunto si está todo el día trabajando y se encoje de hombros como asintiendo que no le queda otra, “es una locura lo que estamos pasando”. Veo resignación en su rostro. En este caso, omito los nombres de los restaurantes de la ciudad que se están favoreciendo de estos servicios. Le pregunto si trabaja allí, en los locales y me contesta que cocina en su casa y que lo lleva.

Por último, abrimos el tema de la utilización de la sanidad pública por si la necesitaron y cómo se les atendió. Una de ellas, Lakbira, se ha operado de la vesícula en el hospital y “esta gente es su familia, hasta una cesta le han regalado”. Ellas no detectan que me refería a la atención ofrecida en el hospital, siguen refiriéndose a la atención entre ellas. Están agradecidas, “si no hubiera sido por nuestras empleadoras y por el pueblo ceutí y la empatía de ellos, no sabríamos qué hubiera sido de nosotras”. Se refieren a una amiga transfronteriza que se quedó en Ceuta por cita médica embarazada y que “ha tenido a su hijo, pero le ha tenido que pagar la vacuna y todo, ahora ella cuida de su hijo y de la mujer mayor”. Finalmente, abordamos el trato que reciben por parte de los representantes políticos e instituciones, “tuvimos nuestro reconocimiento el día de la mujer, pero a la hora de la verdad, nadie hace nada” sentencia Rachida y observo de nuevo la resignación cuando con un tono irónico se refiere a Delegación de Gobierno “dice que demos gracias a dios por habernos quedado a este lado”. En general, no son ajenas a que los partidos políticos e incluso las Ongs hacen poco o nada por mejorar su situación y que “les interesa la foto”. Finalmente mencionamos a un partido político en particular por su vinculación con los migrantes: “mira Vox nunca ha mencionado nuestro problema, ni pa bien ni pa mal”, prosigue Rachida, pero añade “pero los comentarios son vete a tu país”.

## **B. Trabajadora del servicio doméstico en el lado marroquí**

El siguiente relato me lo refiere una de las empleadoras de Yasmina en entrevista y lo resumo de forma indirecta. Ambas, empleadora y empleada, tienen mucha confianza. La conversación tuvo lugar un domingo, 6 de marzo del 2022. Yasmina tiene 45 años, llevaba trabajando en Ceuta 25 años. No está acogida a un contrato laboral y carece de Seguridad Social. Afirma que prefiere trabajar así porque no tiene que cumplir de

modo riguroso el horario en una sola casa, y según asegura, ganaba más. Llevaba 25 años trabajando en la misma casa, un día a la semana. La mujer de Ceuta, de la cual por petición de anonimato no revelamos el nombre, le paga 50 euros y asegura que echa unas 8 horas en su puesto de trabajo y que con frecuencia se queda un rato más porque es muy exigente y si tiende ropa tendida, quiere dejarla planchada. Me explica que hace limpieza a fondo y que conoce la casa como si fuera suya. Yasmina reconoce estar muy contenta porque es como de la familia. Almuerza con la familia, aunque no siempre hace ella la comida. Yasmina necesita el dinero para sus hijos porque su marido no trabaja, está enfermo y a ella le da pena, aunque en confianza a la mujer de la casa le confiesa entre lágrimas que su marido no trabaja porque no quiere. Aparte de esa casa, Yasmina hace otras limpiezas: una señora mayor y un funcionario. Reconoce estar contenta con todos y valora la libertad. Tiene las llaves de todas las casas y en el caso del funcionario, cuando va a trabajar el hombre no está y cuando se va de vacaciones le riega las plantas, hace limpieza a fondo y puede quedarse a dormir.

Pero ahora nos surge una pregunta, para lo que entablamos una conversación corta, con llamada wasap a la mujer. ¿Cómo se mantiene Yasmina, dedicada al servicio doméstico en Ceuta, cuando se queda en el lado marroquí donde tiene a sus dos hijos adolescentes? Carece de ahorros, vive al día. Da las gracias a la mujer para la que lleva trabajando 25 años, se encomienda a Alláh. Me dice que la mujer para la que trabajó 25 años le sigue pasando 200 euros todos los meses, pero que ella está deseando que vuelvan a abrir la frontera y me ruega “busca a alguien que arregle los papeles”. Le pregunto si quiere trabajar en una casa a jornada completa o parcial por si me entero de alguien que necesite una empleada de hogar. Pero lo tiene claro, “no, alguien que pague el seguro y yo le limpio sin cobrar, un día a la semana y el resto yo limpio las casas que tenía”. Esta opción es una posibilidad que incumple la ley, pero que se practica e incluso, como podemos comprobar, es deseada por algunas mujeres porque les da libertad o porque, creo yo, están desesperadas y no ven otra opción. Días después, Yasmina me manda un vídeo de su hijo practicando la mecánica en un instituto de formación profesional en Marruecos que ella paga. Está nerviosa porque se comenta en Marruecos que pronto abrirán la frontera, necesita que la contraten, aunque sea un contrato ficticio.

Vuelvo a conversar con la empleadora en mayo. Me relata que Yasmina no ha conseguido contrato, que no puede volver y que ella ha buscado a otra chica de Ceuta, una chica que es maestra de infantil y que entró nadando el día 17 de mayo del 2021. ¿De Ceuta?, le pregunto con sorpresa, “Tú me entiendes, de las que viven en Ceuta ilegales, pero no sabe ni español y a limpiar la he enseñado, tampoco sabía”. Me confiesa que como tiene que pagar a la muchacha nueva, a Yasmina ahora le da menos dinero, 100 euros al mes y un poco más por Ramadán. La propia Yasmina le ha dicho que con eso intenta sobrevivir, pero que en Marruecos no ha encontrado trabajo, que se ayudan entre la familia y que otros lo pasan peor. Espera poder regresar a Ceuta para trabajar porque su hijo, con 21 años, estudia en el Instituto Cervantes una formación profesional y le queda un año, necesita pagar los estudios.

### C. El día 17 de mayo del 2021 y la puerta blanca

Este caso tiene una protagonista, Himo, mujer delicada de salud, pero con fortaleza de espíritu, 74 años, segunda generación en Ceuta porque su propia madre nació en Benzú. Me recibe en su casa, me sirve el té, nos visitan nietas y amigas de sus nietas, es 14 de febrero del 2022 y una de ellas lleva un ramo de flores. Dice que es para su abuela. Pasamos más de tres acogedoras horas. Algunos de sus testimonios son los siguientes.

“He dado de comer a 50 inmigrantes, les he guisado, a las 9:30 era la cena, les he lavado la ropa”. A la pregunta de si usted los conocía, la colaboradora responde con un gesto de sorpresa: “¡qué va!, hay que ser humana, haz el bien y no mires a quien”. Ahora me llaman casi todos los días. Yo les decía, “mañana venid a ducharos, a la puerta blanca. Al principio eran menos, pero ellos se iban dando el aviso”. Pero allí no solamente se duchan, sino que me dice que pone mesas grandes en el exterior y allí comida para todos. La solidaridad social y el compromiso va más allá de la puerta blanca:

“Me da mucha lástima de la gente porque el mundo está muy mal repartido, si han salido de sus casas es porque están mal. Yo no me voy de la mía. A los 50 no les he querido dar el número de teléfono, pero a los últimos en irse a la península, sí, les he comprado una tienda de campaña, un colchón...y cuando llegó el frío mi primo de Algeciras le dio la llave de su casa. Uno de ellos, más bueno, Ahmed, me llama mamá Himo, él es de un pueblo al lado de Rabat. Yo le dije que me regara y como quería pagarle para que cuando se fuera tuviera dinero, él no quería cogerlo, pero yo le dije que se portara bien, que no fumara ni bebiera esas cosas de la calle... Yo asustaba a Ahmed porque su abuela desde Francia me llamaba ¿cómo te vamos a pagar lo que estás haciendo por él?, ¿cómo voy a comer yo y dejarlos sin comer?”

Ahmed, tenía unos 20 años. Me explicó que comían por turnos y que no entraban en la casa, sino que ponía tres mesas afuera (...). Le digo que eso es mucho trabajo para ella, porque sé que está delicada de salud y su edad. Ella me cuenta que entre los que entraron ese día vino un hombre muy fuerte que tiene dos hijas pequeñas y que necesitaba dinero, por lo que se quedó y trabaja en las casas por 50 euros al día, pero que hace todo el trabajo de peso y que limpia muy bien.

Himo es todo corazón y nos muestra que la solidaridad trasciende las fronteras: Ahmed, veinte años, de Rabat a Ceuta, de Ceuta a Algeciras y, con suerte de Algeciras a Francia, donde se “reagrupará” con su abuela.

## IV. SOLIDARIDAD SOCIAL

### A. Zakat o conciencia moral

“La humanidad está en crisis y no hay otra manera de salir de esa crisis que mediante la solidaridad entre los hombres”<sup>28</sup>. Es por ello que preguntamos si el *zakat* tiene un carácter obligatorio o pende de la conciencia moral.

*Zakat* o limosna obligatoria es el tercer pilar de los cinco pilares (*arkan*) que constituyen la esencialidad conductual del Islam. Los cuatro restantes son la *shahada* o profesión de fe; la *salat* u oración; el *sawn* o ayuno del mes de Ramadán y el *alhajj* o peregrinación a la Meca. En lo que a nuestro trabajo respecta, es el tercero de ellos el que más nos interesa por ser un modo de compensación allí donde la función de las prestaciones y asistencia social es insuficiente. Al *zakat* también se le conoce como *sadaqa* o caridad. He aquí que tenemos que ser muy cuidadosos y no confundir la solidaridad en sí con la caridad, porque la primera viene a significar una relación de simetría que parte del reconocimiento de un semejante, se basa en la fraternidad, donde se trata de restablecer una justicia social mientras que la caridad implica una relación de asimetría y de poder, estableciendo una relación de usufructo<sup>29</sup>. En cambio, lo que nosotros hemos podido corroborar en los casos prácticos de las mujeres musulmanas es solidaridad, porque ninguna relación de poder se observa, sino que al contrario es una acción que bien podríamos asociar a la buena voluntad kantiana, porque autonomía y desinterés es lo que prima.

En su origen, era el Estado islámico quien se encargaba de gestionar y dado que la cuantía a entregar era anual y tenía un porcentaje del 2,5% de los ingresos, lo podemos considerar como una especie de impuesto<sup>30</sup> para garantizar unos servicios a la comunidad necesitada de ellos. Esta limosna como entrega material tenía un valor asociado al simbolismo religioso por cuanto está relacionado con la purificación de la persona.

Hoy, a falta del Estado islámico, la limosna se entrega directamente a las personas necesitadas o a la mezquita. Y así vemos que todos los gestos de ayuda entre los casos estudiados son entre las personas, no hay mediador que intervenga. Ayudar es dar parte de lo que se posee, aunque solo consista en medio dátil. El *zakat* no es acto exclusivo del rico, sino de todo musulmán. Es este último rasgo un motivo más para encajarlo dentro de la solidaridad y no de la caridad.

28. Bauman, Z.: *Extraños llamando a la puerta*, ob. cit., p. 24.

29. Agüero Muñoz, S.: *Solidaridad: requisito esencial en la existencia de la sociedad*, accesible en: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/029\_Solidaridad\_requisito\_esencial\_en\_la\_existencia\_de\_la\_sociedad-1.pdf.

30. López Brenes, M. E.: “El ZAKAT en el Sahih Muslim. Ensayo sobre la limosna obligatoria y la caridad en el islam”, *Revista Estudios*, núm. 33, 2016, pp. 1-48.

## B. Teoría del don

A lo largo de este trabajo hemos podido corroborar modos de solidaridad que nos llevan al *Ensayo sobre el don*, publicado ahora hace casi un siglo. En la teoría del antropólogo Marcel Mauss, conocida como teoría del don e inteligible a través de la secuencia “dar, recibir, devolver”, el regalo es la forma primigenia de establecer alianzas y fundar comunidad. Este principio lo podemos trasladar al carácter comunitario de la Umma para los musulmanes y en las formas de solidaridad que hemos relatado. El don es recurrente en situaciones migratorias vividas en la ciudad de Ceuta, que bien podemos tildarlas de crisis ante la dimensión de las mismas, y por la respuesta que requerirían para ser satisfechas.

La tríada “dar, recibir, devolver” supone un modo de entablar relaciones sociales y nos posibilita explicar el hecho social desde los orígenes como una acción de compromiso, ayuda o reciprocidad capaz de colaborar con el mantenimiento de la vida de las personas estableciendo lazos sociales entre ellas. Entendemos los cambios y reestructuraciones que se producen en la sociedad cuando rastreamos lo que en las mismas permanece de otra época. Precisamente esto es lo que hemos intentado ofrecer en este trabajo. A consecuencia de la afluencia migratoria en Ceuta, como la del pasado 17 de mayo, se ponen en marcha mecanismos de cohesión social (véase cuando Himo se queda con los teléfonos, contacta con la abuela de Rabat o pone en contacto con el primo de Algeciras) cuya existencia no depende de actuaciones políticas formales sino de respuestas individuales sujetas a unas creencias y a un simbolismo donde en el inconsciente late el principio de la teoría del don: Dar limosna, recibir, tomar con agradecimiento y devolver.

Las distintas conjunciones entre personas y cosas, es decir, las distintas sociedades, según la definición amplia de sociedad que da Durkheim, se explican en Mauss por la supervivencia del pasado en el presente, organizando eficientemente toda vida social. Fenómenos, hechos y prestaciones totales funcionan contemporáneamente, según Mauss, como conjuntos arcaicos de potencialidades<sup>31</sup>.

Pero para Mauss, estos intercambios no tienen un sentido moral puro al modo de la ética kantiana, sino que tienen un vínculo material o de mercado que se va reconstruyendo con un sentido estético y religioso. Como consta: “En el don, el aspecto económico del intercambio se continúa estética, religiosa, política, jurídicamente, etcétera. En esa capacidad de continuidad, de un aspecto en otro, reside su principal característica”<sup>32</sup>.

En nuestro estudio, el anonimato de las personas entrevistadas no encarna lógica de mercado, sino que más bien adquiere un sentido purificador de tipo religioso y es una acción acometida como un deber de orden divino, pero todas las entrevistadas coinciden en que no lo hacen por motivos religiosos. Por tanto, interpretarlo desde la

31. Dapuez, A.: “Diferencias categóricas. La invención del intercambio social en la obra de Marcel Mauss”, *Dimensión antropológica*, vol. 70, 2017, pp. 67-100.

32. *Ibid.*

perspectiva religiosa como la del *zakat* sería interpretarlo como producto consciente, pero, repito, todas las mujeres coinciden en que lo hacen porque les sale de dentro.

No podemos obviar que, tras las prácticas de limosna, sean conscientes y por motivos religiosos o no, puede latir una lógica asistencial capaz de purificación que guarda cierta semejanza con los rituales ancestrales como los *potlatchs* descritos por Marcel Mauss. Cabría preguntarse, por tanto, de la utilidad de la organización política a nivel personal y social en tanto que “el mundo debe ser cuidadosamente administrado a través de una religiosidad política o, mejor dicho, de una compleja política ritual dirigida a lograr regulares renacimientos ónticos”<sup>33</sup>. Algo de ello puede haber cuando, en lugar de atribuir a la bondad de la persona el gesto solidario, se atribuye a un requisito implícito en el Corán: dar limosna en el Islam no es algo que dependa de la bondad personal, sino que es algo impuesto por el Profeta<sup>34</sup>. En cambio, en estas mujeres hay una especie de bondad personal y no una imposición externa.

## V. CONCLUSIONES

La inmigración marroquí que va engrosando la población de Ceuta, es continua y constante, y genera la necesidad de unos servicios acordes con la ciudadanía española. A ello hay que sumarle las entradas diarias, población de hecho cuyas demandas también hay que atender. El aumento demográfico a consecuencia de la inmigración no es proporcional a las políticas que resguardan una garantía de sus derechos.

El perfil de esta población inmigrante tiene en común la identidad religiosa, y hemos comprobado que en el caso del Islam este es una herramienta moral que funciona como fuerza de cohesión social, así como de purificación y bienestar individual, sin olvidar la consideración política que puede adquirir en su tratamiento institucionalizado, hecho que podemos detectar no tanto en la *zakat*, tal y como la hemos considerado, como en la gestión del mes de Ramadán en lo relativo a la FIDYAH en tanto que en esta última cabría la condición de tributo.

Las trabajadoras domésticas, transfronterizas o no, con documentación en regla o no, desempeñan una labor de cuidado en el servicio doméstico del que dependen muchos ceutíes y la multiterritorialidad forma parte de su dinámica vital. En cambio, como consecuencia del cierre de frontera se ha experimentado una situación excepcional para estas personas impidiendo la multiterritorialidad. Unas se han quedado sin trabajo y recursos en el lado marroquí, otras se han quedado en la ciudad de Ceuta con el impedimento de no poder disfrutar de sus familias.

Entre las trabajadoras domésticas encontramos preferencia por acercar su domicilio marroquí a Ceuta, en vistas a poder practicar la multiterritorialidad y a poder ser incluidas en la excepcionalidad del visado para entrar y salir a Ceuta diariamente.

33. *Ibid.*, p. 83.

34. Gómez Bahillo, C.: “Solidaridad y religión. La acción social en las confesiones minoritarias en España. El caso de Aragón”, *Ilus. Revista de Ciencias de las Religiones*, vol. 22, 2017, p. 183.

Las entradas y salidas a diario no se cumplen con frecuencia, es un hecho conocido y por ello surgen lazos sociales nuevos donde el compromiso, la fidelidad y la solidaridad van a priorizar las relaciones entre estas mujeres. Por un lado, entre empleadas y empleadoras; y, por otro lado, entre las trabajadoras marroquíes que pernoctan en la ciudad y quedan “atrapadas” a cuenta del cierre fronterizo.

Las relaciones de ayuda recíproca van desde compartir gastos a convivir, a compartir viviendas, el uso del ordenador, o las remesas que se envían al país vecino. Se establecen de este modo redes asistenciales más allá de lo que legalmente pueda estar regulado.

Aunque visto desde fuera existe categoría en la tipología de mujeres estudiadas: empleadas, empleadoras; transfronteriza, no transfronteriza; transfronteriza con documentación o inmigrante irregular dedicada al servicio doméstico que pernocta..., no hay relaciones de poder entre ellas y ese trato igualitario explica que no exista caridad sino solidaridad comprometida en las formas de ayuda. La simetría prima sobre la asimetría.

Los motivos por los que se ayudan trascienden la religión y cualquier otro modo de organización institucionalizada. Ello nos produce la impresión de que por un lado caminan las personas y por otro las instituciones políticas, religiosas u ONGs.

Finalmente, este trabajo etnográfico confirma que, aunque la seguridad de las personas solo la garantice la existencia de una legislación, en zonas de frontera se está más expuesto a situaciones imprevisibles relacionadas con la inmigración, y ahí, la acción humanitaria es como un bote salvavidas en medio del océano.

## Bibliografía

- Andreo Tudela, J. C.: *Diagnóstico de la situación sociolaboral de las trabajadoras transfronterizas del servicio doméstico*, Instituto de Estudios Ceutíes, Ceuta, 2013.
- Arnet Rodríguez, A.: “Antecedentes y aspectos relevantes en la población extranjera para conseguir la nacionalidad española”, en Rontomé Romero, C. (coord.): *I Congreso Internacional sobre movimientos migratorios*, Editorial Tleo, Ceuta, 2017.
- Bauman, Z.: *Extraños llamando a la puerta*, Paidós, Barcelona, 2016.
- Burgos Goye, M. C.: *Las migraciones en Ceuta y Melilla*, Comares, Granada, 2012.
- Conceição, P.: *Informe sobre el Desarrollo Humano 2020. La próxima frontera. El desarrollo humano y el Antropoceno*, PNUD, Nueva York, 2020.
- Dapuez, A.: “Diferencias categóricas. La invención del intercambio social en la obra de Marcel Mauss”, *Dimensión antropológica*, vol. 70, 2017.
- Gómez Bahillo, C.: “Solidaridad y religión. La acción social en las confesiones minoritarias en España. El caso de Aragón”, *Ilustración. Revista de Ciencias de las Religiones*, vol. 22, 2017, DOI: <https://doi.org/10.5209/ILUR.57412>.
- González Enríquez, C.: “Los frenos al pluralismo cultural en territorios de soberanía discutida: Los casos de Ceuta y Melilla”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 140, 2008.
- Haesbaert, R.: “Del mito de la desterritorialización a la multiterritorialidad”, *Cultura y representaciones sociales*, vol. 8, núm. 15, 2013.
- Observatorio Andaluz: *Estudio demográfico de la población musulmana*, Unión de Comunidades Islámicas de España, Madrid, 2021.

- Observatorio Permanente de Inmigración: *Boletín Estadístico de Extranjería e Inmigración*. Número 18, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.
- López Brenes, M. E.: "El ZAKAT en el Sahih Muslim. Ensayo sobre la limosna obligatoria y la caridad en el islam", *Revista Estudios*, núm. 33, 2016.
- Saceda Montesinos, M.: *Evolución de las migraciones entre Marruecos y España (1999-2014): La gestión migratoria en Ceuta ante la encrucijada de intereses UE-Marruecos*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015.



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. **Trade Routes:** The map highlights the transatlantic slave trade routes, showing the movement of enslaved people from the Americas to Europe and Africa.

3. **Historical Significance:** The map illustrates the historical significance of the transatlantic slave trade, which was a major component of the global economy during the 16th to 19th centuries.

4. **Geographical Features:** The map shows the geographical features of the Americas, Europe, and Africa, including the Atlantic Ocean, the Indian Ocean, and the Mediterranean Sea.

5. **Trade Goods:** The map highlights the trade goods involved in the transatlantic slave trade, such as sugar, tobacco, and cotton, which were transported from the Americas to Europe and Africa.

6. **Historical Context:** The map provides a historical context for the transatlantic slave trade, showing the movement of enslaved people from the Americas to Europe and Africa during the 16th to 19th centuries.

7. **Geographical Features:** The map shows the geographical features of the Americas, Europe, and Africa, including the Atlantic Ocean, the Indian Ocean, and the Mediterranean Sea.

8. **Trade Goods:** The map highlights the trade goods involved in the transatlantic slave trade, such as sugar, tobacco, and cotton, which were transported from the Americas to Europe and Africa.

9. **Historical Context:** The map provides a historical context for the transatlantic slave trade, showing the movement of enslaved people from the Americas to Europe and Africa during the 16th to 19th centuries.

10. **Geographical Features:** The map shows the geographical features of the Americas, Europe, and Africa, including the Atlantic Ocean, the Indian Ocean, and the Mediterranean Sea.

11. **Trade Goods:** The map highlights the trade goods involved in the transatlantic slave trade, such as sugar, tobacco, and cotton, which were transported from the Americas to Europe and Africa.

12. **Historical Context:** The map provides a historical context for the transatlantic slave trade, showing the movement of enslaved people from the Americas to Europe and Africa during the 16th to 19th centuries.