



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

Vol. VIII ► N° 1 ► 2023

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 2023

 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^o Laboral y Reforma/GOVERNANCE (OIT), Suiza
Dr. Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Universidad Carlos III de Madrid, España
Dr. Rob Cornelissen, Universidad Vrije de Bruselas, Bélgica
Dr. Ángel Luis De Val Tena, Universidad de Zaragoza, España
Dra. Carolina Gala Durán, Universidad Autónoma Barcelona, España
Dr. José Ignacio García Ninet, Universidad de Barcelona, España
Dr. Daniel Ignacio García San José, Universidad de Sevilla, España
Dr. Juan Gorelli Hernández, Universidad de Huelva, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España
Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Dr. José Luis Monereo Pérez, Universidad de Granada, España
Dr. Marius Olivier, Northwest University, Sudáfrica; y Universidad de Western, Australia
Dr. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, Países Bajos
D. José Joaquín Pérez-Beneyto Abad, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España
Dr. Danny Pieters, Universidad de Lovaina, Bélgica
Dr. Borja Suárez Corujo, Universidad Autónoma de Madrid, España
Dr. Rodrigo Alejandro Sandoval, Abogado, Chile
Dra. Krassimira Sredkova, Universidad de Sofia, Bulgaria
Dr. Hans-Joachim Reinhard, Universidad de Fulda, Alemania
Dr. Gijbert Vonk, Universidad de Groningen, Países Bajos

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dr. Miguel Ángel Gómez Salado, Universidad de Málaga, España
D. Manuel de Armas Cejas, Colegio de Graduados Sociales de Tenerife, España
Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España
Dra. Yolanda Maneiro Vázquez, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España
D^a. María Dolores Ramírez Bendala, Universidad de Sevilla, España

Dra. Esperanza Roales Paniagua, Universidad de Sevilla, España
Dra. 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) ▶ 2023 ▶ Vol. VIII ▶ N° 1 ▶ 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 2023



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>).

Financiación Esta revista está financiada por la Universidad de Sevilla, dentro de las ayudas del VII PPIT-US

Dirección y contacto

Postal c/ Enramadilla 18-20, CP 41018, Sevilla, España.

Correo-e csrodas@us.es

Webs <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

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.

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



ÍNDICE

Vol. VIII ▶ N° 1 ▶ 2023

TRIBUNA

La gestación como supuesto excluido para lucrar el complemento de pensión del artículo 60 TRLGSS / *Pregnancy as an excluded event for qualifying for the pension supplement under article 60 TRLGSS*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.01>

Cristina Sánchez-Rodas Navarro 8-11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023) / *Impact of recent Spanish equality laws on women workers' rights (2022-2023)*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.02>

José Fernando Lousada Arochena 13-35

Las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor: coordinación de sistemas de Seguridad Social dentro y fuera del entorno europeo / *Benefits for birth and care of the child: coordination of Social Security systems within and outside the European environment*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.03>

María Alexandra Díaz Mordillo 36-54

Las personas mayores jubiladas y desplazadas en el territorio comunitario. Una revisión de mecanismos jurídicos articulados para salvar el abismo de la pobreza / *Moved Pensioners in the EU territory. A revision of the legal mechanisms to save the poverty abyss*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.04>

María Salas Porras 55-88

A dialética da liberdade econômica e dos direitos sociais no marco da indústria 5.0* / *The dialectic of economic freedom and social rights in the industry 5.0 framework*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.05>

Thereza C. Nahas 89-113

La metamorfosis del sistema de Seguridad Social marroquí. Especial atención a la asistencia sanitaria y prestaciones familiares / *The metamorphosis of the Moroccan Social Security system. Special attention to health care and family benefits*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.06>

María del Carmen Burgos Goye 114-138

¿Hacia dónde se dirigen los cuidados de larga duración?: Análisis al amparo del Convenio de la ONU / <i>Where is long-term care headed?: Analysis under the UN Convention</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.07 Alberto Gil Blázquez.....	139-162
La quimérica conciliación en los conflictos individuales de Seguridad Social / <i>The chimeric conciliation in individual conflicts of Social Security</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.08 Verónica Lidia Martínez Martínez.....	163-188
Algunas consideraciones en materia de prevención de riesgos laborales para los empleados de hogar al 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. Pinceladas de propuestas básicas sobre su aplicación / <i>Some considerations on occupational risk prevention for domestic employees as a result of Royal Decree law 16/2022, of September 6, for the improvement of working conditions and Social Security for domestic service workers</i> <i>Outlines of basic proposals on its application</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.09 María Cristina Méndez Úbeda.....	189-217
Cuatro conflictos derivados de la relación entre los principios de la Seguridad Social y la protección de los trabajadores informales en Lima, Perú / <i>Four conflicts derived from the relationship between the principles of Social Security and the protection of informal workers in Lima, Peru</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.10 Luis Reynaldo Chávez Lara.....	218-232
Atención sanitaria a personas extranjeras con ocasión de la pandemia del COVID 19: análisis comparativo con especial referencia a la situación fronteriza de Ceuta / <i>Health care for foreigners on the occasion of the COVID 19: comparative analysis with special reference to the border situation of Ceuta</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.11 Samra Mohamed Alami / Fatima Hamed Buzzian.....	233-248

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Sobre la teoría de la “ocasionalidad relevante” en la calificación del accidente como de trabajo. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de febrero de 2023, REC. 2617/2019 / <i>On the theory of “relevant occasionality” in the classification of the accident as an Accident at work. Commentary on the Judgment of the Supreme Court, Social Chamber, of 9 February 2023, rec. 2617/2019</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.12 Francisco Carmona Pozas.....	250-257
---	---------

RECENSIONES

- Recensión de la obra de Jorge Baquero Aguilar: *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Laborum, Murcia, 2022
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.13>
 Carlos José Martínez Mateo..... 259-267
- Recensión de la obra de Jorge Baquero Aguilar: *La subcontratación de servicios públicos y su posterior reversión: el acceso indirecto al empleo público*, Laborum, Murcia, 2022
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.14>
 Manuel Díaz Fernández..... 268-279
- Recensión de la obra de Arántzazu Vicente Palacio (coord.): *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia social*, Atelier, Barcelona, 2023
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.15>
 José Manuel Sánchez Torrado..... 280-287

VARIA

- Empleadas de hogar: especial referencia a un colectivo olvidado / *Domestic workers: special reference to a forgotten group*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.16>
 Bianca Evelyn Pico González..... 289-300



Tribuna



La gestación como supuesto excluido para lucrar el complemento de pensión del artículo 60 TRLGSS

PREGNANCY AS AN EXCLUDED EVENT FOR QUALIFYING FOR THE PENSION SUPPLEMENT UNDER ARTICLE 60 TRLGSS

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: 13.05.2023 | Aceptado: 14.05.2023

La redacción primigenia del artículo 60 del TRLGSS¹ estableció un complemento de pensión para las mujeres que hubieran tenido hijos biológicos o adoptados y fueran beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social. La norma nacía con vocación de mitigar la brecha de pensiones entre hombres y mujeres y se justificaba por la aportación demográfica de estas últimas a la Seguridad Social. No solo podían ser beneficiarias de este complemento las madres trabajadoras sino también quienes no habiendo nunca cotizado fueran beneficiarias de una pensión de viudedad.

El artículo 60 TRLGSS era un precepto “bienintencionado” pero no precisamente un ejemplo de buena técnica legislativa²: la justificación legal del artículo 60 para reconocer el complemento solo a las madres era, literalmente, la aportación demográfica a la Seguridad Social de las mismas, cuando debería haberse perfilado “su regulación de manera inequívoca hacia ámbitos exclusivos de las mujeres, como es el caso del embarazo y los periodos ligados al mismo, o, en su caso, la adopción, cuando el derecho o licencia fuera disfrutada únicamente por una mujer”³.

1. Incorporado al TRLGSS por la disposición final segunda de la Ley 48/2015.

2. Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: *Una reinención sistémica de la Seguridad Social: Reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*, Bomarzo, Albacete, 2023, p. 61.

3. Rivas Vallejo, P.: “La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2/2020, p. 9.

Que el complemento por aportación demográfica no se reconociera a los progenitores masculinos provocó que el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gerona planteara una cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 12 de diciembre de 2019 que falló que “la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión”.

Como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 4 de febrero 2021 se reformó el artículo 60 TRLGSS⁴ y, actualmente el complemento de pensión puede ser reconocido tanto a mujeres como a hombres. En 2023 el citado artículo 60 TRLGSS ha vuelto a ser reformado por el Real Decreto-Ley 2/2023.

A pesar de las sucesivas reformas, la sentencia en unificación de doctrina de 27 de febrero de 2023 del pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo ejemplifica los perjuicios en materia de Seguridad Social que recaerán en la mujer gestante en caso de que el feto nazca muerto pues el Tribunal Supremo ha resuelto que únicamente los hijos nacidos con vida pueden computarse a los efectos del complemento por maternidad del artículo 60 TRLGSS.

La citada sentencia del Tribunal Supremo puede ser criticada, en primer lugar, por falta de rigor técnico puesto que en su FJ tercero se afirma respecto al artículo 60 TRLGSS que “la correcta interpretación del precepto es absolutamente inescindible de lo resuelto en la STJUE de 12 de septiembre de 2019 (asunto C-45/18)” pero yerra el Tribunal Supremo en la fecha y en el número de asunto y no una, sino hasta en tres ocasiones, porque la referencia correcta es STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18).

El Tribunal Supremo afirma que “si la finalidad de la norma es la de reconocer esa aportación demográfica, no parece razonable extender el derecho a los dolorosos supuestos en los que el feto ha nacido muerto y no se cumple esa función de incremento demográfico”. Pero “olvida” completamente la Sala IV que el artículo 60 TRLGSS también era y es aplicable a las trabajadoras extranjeras, cuyos hijos ni son españoles ni en la mayoría de los casos residen en España. Por tanto, si el requisito de la aportación demográfica al sistema español de Seguridad Social no era exigible *de facto* cuando de trabajadoras extranjeras se trataba, igualmente podría obviarse en el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo.

A mayor abundamiento, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo hace suya la tesis de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 cuando reproduce la frase de que “la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres (ap. 46)”. Afirmación que sin duda daría para un intenso debate que trasciende el objeto de este trabajo, pero de la que se disiente porque, hoy por hoy, ningún hombre puede ser padre biológico sin el concurso de una mujer gestante. Por tanto, la aportación de

4. Artículo 60 redactado por el apartado uno del artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/2021.

las mujeres a la demografía no solo es más necesaria que la de los hombres, sino que es insustituible.

Tampoco se comparte la afirmación del Tribunal Supremo de que la cuestión de si los hijos nacidos muertos deben computar a efectos del complemento de maternidad “incide en la misma medida en el padre y en la madre en orden al reconocimiento y extensión de ese derecho”. Porque el embarazo, por sí mismo, es una circunstancia diferenciadora de tal entidad que conlleva, incluso cuando no se trata de un embarazo de alto riesgo, limitaciones profesionales. Es decir, con independencia de cómo nazca el feto, el embarazo afecta de hecho negativamente a las posibilidades de la embarazada a encontrar un empleo y/o a promocionarse laboralmente. Por tanto, el fallo del Tribunal Supremo provoca que sea la mujer la única que soporte el riesgo que todo embarazo conlleva para la salud física y psíquica (pese a los avances de la medicina) y para la carrera profesional (pese a los avances legislativos en este campo) pero que se verá privada del derecho al complemento de pensión si el feto nació muerto. Mientras que, si nace con vida, aunque sea por un brevísimo período de tiempo, el padre se convierte en potencial beneficiario de un complemento de Seguridad Social, sin que el legislador en estos casos cuestione el derecho del padre, aunque su contribución a la crianza haya sido nula.

Querer poner a hombres y mujeres en una teórica situación legal de igualdad ante la gestación es una falacia puesto que hasta la fecha ningún hombre ha llevado a término un embarazo y por ello en modo alguno es equiparable la situación de la mujer que da a luz un feto muerto con quien, en el estado actual de la Ciencia, jamás podrá estar “embarazado”.

Ciertamente, el artículo 60 TRLGSS en la nueva redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, viene a corroborar la tesis del Tribunal Supremo de que no computan los embarazos que se malogran a efectos del complemento de pensiones, pues el precepto ahora especifica que únicamente se computarán los hijos o hijas que hubieran nacido “con vida”. Contrasta esta cicatera redacción con el artículo 8.4 del Real Decreto 295/2009 que dispone que no se verá reducida la duración de la prestación económica de maternidad en el supuesto de posterior fallecimiento del hijo tras el parto, y que esa misma previsión “será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días”.

De lege ferenda esta última solución es la que habría que adoptar respecto al complemento por pensiones por cuanto que la gestación debiera ser un bien jurídicamente protegido de manera separada e independiente frente a lo que es la guardia y custodia de los hijos, respecto a los cuales sí está justificada la exigencia del presupuesto de un nacimiento con vida. Que el mero hecho de estar embarazada coloca a la mujer en desventaja en el mercado laboral es tan obvio y evidente que es la causa de que legalmente el despido de una embarazada nunca pueda ser calificado como improcedente.

Por tanto, si la brecha en pensiones deriva de las carreras profesionales más cortas y de cotizaciones correspondientes a sueldos más bajos que desembocan en pensiones

de cuantía inferior en promedio a las de los trabajadores varones, estas causas a su vez tienen su origen último en el hecho diferencial de que solo las mujeres pueden gestar. De ahí que uno de los fines específicos del artículo 60 TRLGSS debiera ser *–de lege ferenda–* compensar a la mujer de los perjuicios derivado de la gestación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2023 cuenta con el voto particular de la magistrada Rosa María Virolés Piñol, quien invoca “la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas... Estimo, dicho sea con los debidos respetos al voto mayoritario que la conclusión debió ser en el presente caso favorable a la concesión del complemento interesado por la demandante por este hijo, porque la perspectiva de género refuerza esta conclusión y no hay razón jurídica para apartarnos de ella partiendo de la doctrina de la propia Sala IV/TS, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, y las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la maternidad. No hay que olvidar que se produjo el parto, tras una gestación de nueve meses, aunque con el desgraciado resultado del nacimiento del hijo muerto”.

En España, que será el país más envejecido del mundo en 2040, mientras los úteros artificiales no sean una realidad o se legalice la maternidad subrogada se hace necesario incorporar de *lege ferenda* medidas específicamente destinadas a las gestantes. Crianza y gestación no son lo mismo y, por tanto, a efectos de reducir la brecha en pensiones deben ser objeto de distinta regulación con distintas/os beneficiarias/os sobre la premisa que ni los hombres ni las madres por adopción están en una situación comparable a la de las mujeres embarazadas porque, parafraseando el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2021, cuanto mayor es el número de embarazos, “menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida”.

Bibliografía

- Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: *Una reinención sistémica de la Seguridad Social: Reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*, Bormarzo, Albacete, 2023.
- Rivas Vallejo, P.: “La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2/2020.




Artículos doctrinales



Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023)*

IMPACT OF RECENT SPANISH EQUALITY LAWS ON WOMEN WORKERS' RIGHTS (2022-2023)

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado especialista de lo Social
Tribunal Superior de Justicia de Galicia
Doctor en Derecho y Graduado Social
Profesor Asociado de Derecho Procesal
Universidad de A Coruña
fernando.lousada@udc.es  0000-0002-4629-0539

Recibido: 01.04.2023 | Aceptado: 19.04.2023

RESUMEN

Durante el 2022 y los primeros meses del 2023 hemos asistido en España a la publicación de hasta cuatro leyes sobre igualdad: la Ley de igualdad de trato y no discriminación; la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual; la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI; y la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. En el presente estudio se analiza de manera crítica la incidencia que dichas cuatro leyes han tenido sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras.

ABSTRACT

During 2022 and the first months of 2023, we have witnessed the publication of up to four laws on equality in Spain: the Law on equal treatment and non-discrimination; the Organic Law of comprehensive guarantee of sexual freedom; the Law for the real and effective equality of trans people and for the guarantee of the rights of LGTBI people; and the Organic Law that modifies the organic law on sexual and reproductive health and the voluntary interruption of pregnancy. This study critically analyzes the impact that these four laws have had on the labor and social security rights of working women.

PALABRAS CLAVE

Derechos de las trabajadoras
Igualdad en el trabajo
Seguridad Social

KEYWORDS

Women workers' rights
Equality at work
Social Security

* Este artículo se enmarca en el proyecto PID 2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033, con título "Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*", cuya investigadora principal es Juana María Gil Ruiz.

SUMARIO

- I. LEY DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN
 - A. Definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español
 1. *Discriminación por asociación*
 2. *Discriminación por error*
 3. *Discriminación múltiple e interseccional*
 4. *Intolerancia*
 - B. Garantías del derecho a la igualdad de trato
 - II. ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL
 - A. La prevención de las violencias sexuales en la empresa
 - B. Derechos laborales individuales de las víctimas de violencia sexual
 - C. Protección por desempleo de las víctimas de violencia sexual
 - D. Pensión de orfandad y prestación de orfandad
 - III. LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI
 - IV. LEY ORGÁNICA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA
 - A. Situación especial de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria
 - B. Situación especial de incapacidad temporal por la interrupción del embarazo
 - C. Situación especial de incapacidad temporal por gestación de la mujer desde el día primero de la semana trigésima novena
 - D. Algunas consideraciones críticas en relación con las situaciones de incapacidad temporal especial por salud sexual y reproductiva
 - E. Ampliación del descanso y las prestaciones de seguridad social por nacimiento y cuidado de menor
- Bibliografía

Durante el 2022 y los primeros meses del 2023 hemos asistido en España a la publicación de hasta cuatro leyes sobre igualdad: la Ley 15/2022, de 11 de junio, de igualdad de trato y no discriminación; la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI; y la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ninguna de estas cuatro leyes (dos orgánicas y dos ordinarias) supone ni muchos cambios cuantitativos, ni tampoco cambios cualitativos, en los derechos laborales y de Seguridad Social de las trabajadoras, que siguen regidos por las normas preexistentes, contenidas en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el Estatuto de los Trabajadores y sus disposiciones de desarrollo (Reales Decretos 901 y 902 de 2020, sobre planes de igualdad en las empresas e igualdad de retribuciones), en la Ley General de la Seguridad Social y en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Aunque ni han supuesto un cambio cualitativo, ni tampoco muchos cambios, todas ellas han impactado sobre ese núcleo normativo y, en consecuencia, sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de las trabajadoras, siempre en la idea de mejorar esos derechos, si bien la técnica normativa utilizada genera no pocos

problemas aplicativos que oscurecen las mejoras, y en ocasiones los avances han tenido marcha atrás o se han quedado cortos. Pretende este estudio realizar una aproximación crítica a cuál ha sido ese impacto, y para ello se analizarán cronológicamente esas cuatro leyes.

I. LEY DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Según se afirma en su Exposición de Motivos, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, “tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas”. Carácter mínimo en el que se insiste en el articulado hasta en dos ocasiones: en el artículo 3.2 cuando se establece que “lo dispuesto en la presente Ley se entiende sin perjuicio de los regímenes específicos más favorables establecidos en la normativa estatal o autonómica por razón de las distintas causas de discriminación (art. 3.2), y en el artículo 7.2 cuando se establece que “la presente Ley consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación”. Un carácter mínimo que también explica que allí donde la tutela antidiscriminatoria estaba más avanzada, nada se cambia, y de ahí que la LOIEMH salga indemne; y lo mismo cabe decir de la normativa social (ET, LGSS y LRJS).

Podríamos entonces llegar a la conclusión de que nada más hay que decir en orden a los derechos laborales y de Seguridad Social de las trabajadoras. Sin embargo, y precisamente por el carácter de mínimos de la Ley 15/2022, algunas de sus normas consolidan interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales en aplicación de la LOIEMH, con lo cual, sin suponer avances reales, sí suponen mayor seguridad jurídica. Deberíamos añadir: aunque no siempre, pues la superposición de regulaciones genera en algunas ocasiones dudas interpretativas que van en demérito de la seguridad jurídica.

Veamos seguidamente que aporta la Ley 15/2022 a la tutela de la igualdad de los sexos¹ al hilo de las dos finalidades que (según acabamos de ver) declara su propia Exposición de Motivos: “(contener) las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, (albergar) sus garantías básicas”.

1. Análisis más amplios sobre los aspectos laborales de la Ley 15/2022 son los siguientes: Álvarez del Cuvillo, A.: “La Ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución”, *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, pp. 87-120; Ferrer Cortines, O. y Herrera Trujillo, M. J.: “Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, y su repercusión práctica”, *Jurisdicción Social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 240, 2023, pp. 5-30; Lousada Arochena, J. F.: “Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho – Francis Lefebvre*, publicado el 29 de diciembre de 2022, disponible en <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>; Rojo Torrecilla, E.: “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral”, Blog de Eduardo Rojo, 19 de agosto de 2022, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/ley-integral-para-la-igualdad-de-trato.html>.

A. Definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación (que, por supuesto, incluye el sexo como causa prohibida de desigualdad de trato o discriminación ex artículo 2.1 de la Ley 15/2022) se define en los siguientes términos literales (art. 4.1): “Queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes”.

Un problema interpretativo en relación con la igualdad de trato y no discriminación por sexo se produce en relación con la disposición (contenida después de la anterior en el artículo 4.2) según la cual “no se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”. Sin embargo, la LOIEMH no prevé más exclusiones en el ámbito laboral que aquellas derivadas de la cláusula de buena fe ocupacional (art. 5²), cuyas exigencias, si bien parecidas, resultan más exigentes³. Y el carácter mínimo de la Ley 15/2022 no ampara redimensionar a la baja esas mayores exigencias.

Veamos seguidamente cuáles son las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación según el artículo 4.1, luego definidas en el artículo 6 de la Ley 15/2022. Aunque solo nos detendremos en los conceptos de aquellas vulneraciones que suponen novedad sobre la situación precedente en el ámbito de las relaciones laborales.

1. Discriminación por asociación

La discriminación por asociación, también denominada discriminación por vinculación, discriminación por interposición, discriminación refleja o discriminación

2. Según el artículo 5.II de la LOIEMH, “no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”. Véase también el artículo 69.3 de la LOIEMH, que regula la cláusula de buena fe comercial aplicable en el ámbito del acceso de bienes y servicios y su suministro. Más ampliamente, sobre las cláusulas de buena fe ocupacional y comercial y su interpretación jurisprudencial, me remito a Lousada Arochena, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 191-196.

3. Compárese el artículo 4.2 de la Ley 15/2022 con el artículo 5.II de la LOIEMH: aquel no limita su ámbito, este se refiere solo al “acceso al empleo, incluida la formación necesaria”, pero nada más; este utiliza una exigencia sin duda más estricta al hablar de “requisito profesional esencial y determinante”; además la cláusula de buena fe ocupacional ha sido aplicada muy restrictivamente por la jurisprudencia, mientras que aún está por ver la interpretación jurisprudencial que se da al artículo 4.2 de la Ley 15/2022.

transferida, adquiere carta de naturaleza con la STJUE de 17 de julio de 2008, caso *Coleman*, C-303/06⁴, que enjuiciaba el caso de una trabajadora a la que la empresa aplicaba un trato desigual y despectivo por solicitar permisos y reducción de jornada con el fin de atender a su hijo discapacitado. Por lo tanto, la circunstancia personal o social que motiva el trato peyorativo no concurre en la persona trabajadora, sino en alguno de sus allegados o persona asociada. Así, para apreciar la discriminación se atiende no solo a un sujeto sino en este caso a dos sujetos: el perteneciente al colectivo vulnerable y el represaliado.

Se ha cuestionado si la discriminación por asociación se puede aplicar al sexo pues todas las personas, hombres o mujeres, tienen relación con alguna mujer. Por ello, no cabe su aplicación con carácter general, pero sí cabría cuando la mujer se encontrase individualizada por algún motivo peyorativo (por ejemplo, sería una discriminación por asociación la sufrida por el hecho de ser hijo de una madre soltera; uno de los insultos más extendidos en nuestra cultura, llamarle a alguien hijo/a de puta, es otro ejemplo).

Jurisprudencialmente, la discriminación por asociación vinculada al sexo ha encontrado aplicación en la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria.

- En la jurisprudencia constitucional, la STC 71/2020, de 29 de junio, consideró discriminación por asociación vinculada al sexo la denegación a una trabajadora de un permiso por hospitalización de su hermana a consecuencia del parto (en este caso, la persona asociante es una mujer por ser el parto un hecho femenino).
- En la jurisprudencia ordinaria, la STS 79/2020, de 29 de enero (RCUD 3097/2017) consideró discriminación por asociación vinculada al sexo la imprevisión de las prestaciones a favor de familiares en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (en este caso, la persona asociante, causante de la prestación, es habitualmente una mujer pues, por el sustrato sociolaboral del SOVI, este seguro integraba mayormente mujeres).

La Ley 15/2022, en su artículo 6.2.a), define la discriminación por asociación “cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio”. Dados los antecedentes existentes, aquí la novedad se encuentra en la recepción legal del concepto que facilitará su aplicación.

2. Discriminación por error

Menos transitado por la jurisprudencia y la doctrina científica que la discriminación por asociación, la discriminación por error (o por una apariencia causante de un error

4. El estudio más completo en la materia en el presente es el de Maneiro Vázquez, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

en el sujeto discriminador) se define en el artículo 6.2.b) de la Ley 15/2022 como “aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas”. Un ejemplo de discriminación por error en el ámbito de la discriminación por sexo es el despido de una trabajadora si el empresario cree que está embarazada porque lleva la ropa floja o ha engordado.

3. Discriminación múltiple e interseccional

Según el artículo 6.3.a) de la Ley 15/2022, “se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley”. Mientras que su artículo 6.3.b) afirma que “se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación”.

Estamos ante unos conceptos de importante trascendencia en el ámbito de la discriminación por sexo pues la discriminación por sexo presenta la característica de ser fácilmente acumulable a otras causas de discriminación (mujer y gitana, mujer y lesbiana, mujer con discapacidad, mujer mayor). De hecho, el nacimiento del concepto se debe a las feministas afroamericanas estadounidenses, pioneras en la construcción del concepto de interseccionalidad⁵, quienes querían poner de manifiesto la insuficiencia de las teorías tradicionales sobre la discriminación sexista y racial para explicar adecuadamente la interacción entre sexo/género y raza porque, aunque sirven para explicar la discriminación que puede sufrir una mujer negra en su condición de mujer (como la sufriría una mujer blanca) o racial (como la sufriría un hombre negro), o simultáneamente en su condición de mujer y racial (como la sufriría una mujer blanca y un hombre negro), no sirven para explicar la discriminación que, en un mismo contexto, no sufriría una mujer blanca o un hombre negro, pero sí puede sufrir una mujer negra.

Un ejemplo prototípico en el ámbito de las relaciones laborales es el de la mujer negra a quien se rechaza su ingreso como personal de fábrica en una empresa que tiene en plantilla mujeres blancas como personal administrativo (*white collar*) y hombres negros como personal de fábrica (*blue collar*). Y es que, si examinamos por separado sexo y raza, se podría llegar a concluir que la empresa no ha discriminado por ninguna de esas causas porque contrata mujeres y porque contrata personas de raza negra. Sin embargo, la mujer negra está en una situación diferente a los hombres

5. El primer estudio relevante sobre la cuestión es Crenshaw, K.: “Demarginalizing the intersection between race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, vol. I, 1989, pp. 139-167. De esta misma autora véase “Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991, pp. 1241-1299. También entre estos estudios pioneros el de Harris, A.P.: “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, *Stanford Law Review*, Vol. 42, núm. 3, 1990, pp. 581-616. En Europa, el estudio pionero fue el de Makkonen, T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Finlandia, 2002. En España, Rey Martínez, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251-283. Todos estos estudios son de fácil acceso *on line*.

negros y a las mujeres blancas que es lo que a la postre se encuentra en la base de su no contratación: los estereotipos asociados al trabajo físico le cierran el acceso como personal de fábrica y la falta de estudios por el gap racial les impide entrar como personal administrativo.

Con la discriminación interseccional se quiere superar las formas puntuales de discriminación para encontrar nexos en las estructuras o categorías de los sistemas de opresión que puedan explicar sus manifestaciones culturales, de clase, religiosas, etc. Porque no cualquier combinación de factores permitirá identificar a través de la interseccionalidad un grupo discriminado; cabrá exigir que la discriminación de sus miembros se base en estereotipos sociales negativos, lesivos para su dignidad, que tengan un perfil propio⁶. De ahí la oportunidad de mantener la distinción entre discriminación múltiple (no se identifica un prejuicio con un perfil propio) y la discriminación interseccional (en que se identifica un prejuicio con un perfil propio).

Siendo esto así, es un tanto desconcertante la redacción del artículo 6.3.c): “En supuestos de discriminación múltiple e interseccional la motivación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del artículo 4, debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación”. Y es que, como se acaba de razonar, la utilización separada de cada uno de los motivos de discriminación puede no dar como resultado la existencia de discriminación, con lo cual la motivación de la diferencia no solo debe operar en relación con cada uno de los motivos de discriminación (lo que permitiría excluir la existencia de discriminación múltiple en los términos del artículo 6.3.a), sino también en relación con la específica forma de discriminación que se produce cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley (que es lo único que permitiría excluir la existencia de discriminación múltiple en los términos del artículo 6.3.b)⁷. En todo caso, el artículo 6.3.c) debe ser interpretado en este sentido con la finalidad de ofrecer coherencia lógica con el artículo 6.3.a) y 6.3.b).

Más cuidada es la redacción del artículo 6.3.d): “Igualmente, en supuestos de discriminación múltiple e interseccional las medidas de acción positiva contempladas en el apartado 7 de este artículo deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación”. Con esta redacción más cuidada, resulta evidente la posibilidad de medidas de acción positiva, por poner un ejemplo, consistentes en ayudas para

6. En este mismo sentido, véase Barrère Unzueta, M. A. y Morondo Taramundi, D.: “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42. En el mismo sentido, Lousada Arochena, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, ob. cit., pp. 243-250, y Lousada Arochena, J. F.: “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, pp. 125-140, y en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2018, pp. 29-40.

7. Veámoslo con un ejemplo histórico, pero no tan lejano en el tiempo: durante años se justificó, previa autorización judicial, la esterilización de las personas con discapacidad judicial declarada, lo que en su aplicación práctica afectaba a muchas más mujeres que hombres como consecuencia de la intersección de los prejuicios sexistas y capacitistas; la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, eliminó de nuestro derecho toda posibilidad de esterilización forzosa o no consentida de las personas con discapacidad. Otro ejemplo prototípico es el supuesto de las mujeres con discapacidad, quienes sufren más violencia de género o tienen tasas de empleo más bajas que las mujeres sin discapacidad y que los hombres con discapacidad, lo que obedece a que los prejuicios capacitistas adquieren relieves específicos cuando interseccionan con el sexo. Véase Lousada Arochena, J. F.: “Discriminación de las mujeres con discapacidad”, *Hablamos de Feminismo*, en página web de la Valedora do Pobo de Galicia.

la contratación laboral de mujeres con discapacidad que sean más intensas que las existentes para contratación de mujeres y para contratación en caso de discapacidad. Tales acciones positivas se podrían justificar tanto en discriminaciones simultáneas en el momento presente, como en discriminaciones sucesivas en el tiempo pues el artículo 6.3.a) se refiere a persona que “es discriminada de manera simultánea o consecutiva”.

4. Intolerancia

La mayoría de los conceptos recogidos en el artículo 4 de la Ley 15/2022 aparecen luego definidos en su artículo 6. La mayoría, pero no todos, y de hecho se echa en falta la definición de intolerancia que resultaría un concepto novedoso en su aplicación a las relaciones laborales. El Consejo de Europa la define como “una falta de respeto a las prácticas o creencias distintas de la propia”, lo que incluye “el rechazo de las personas a quienes consideramos diferentes, por ejemplo los miembros de un grupo social o étnico distinto al nuestro, o las personas que son diferentes en su orientación política o sexual”. En el ámbito de la discriminación por razón de sexo, se podría identificar con la misoginia. Y la aplicación del concepto de intolerancia a las relaciones laborales es, hoy por hoy, potencial, estando por ver el recorrido que llegue a tener.

B. Garantías del derecho a la igualdad de trato

Dentro de su Título II (“Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”), y en particular dentro de su Capítulo I (“Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”), la Ley 15/2022 contiene varias cláusulas jurisdiccionales de defensa de la igualdad que, en lo que se refiere al proceso laboral, quedan en buena medida cubiertas por las previsiones contenidas en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, lo que, dicho sea de paso, permite entender la ausencia de modificaciones concretas de dicha Ley rituarial laboral en las disposiciones adicionales (a diferencia de lo que acaece con la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que sí son sometidas a oportunas reformas).

Con todo, algunas de esas cláusulas sí suponen un par de novedades en el ámbito del proceso laboral en las que conviene detenerse, y que acaso hubieran justificado algunas adaptaciones de la LRJS, aunque en todo caso deben tomarse en consideración.

En primer lugar, y en cuanto a la atribución de responsabilidad patrimonial y reparación del daño causado, se dice que, “acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la Ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido” (art. 28). Aunque esta presunción de existencia de daño moral ya se estaba aplicando en la práctica judicial laboral, su recepción legal potencia la seguridad jurídica. La

presunción exonera al trabajador demandante de la prueba del daño moral, pero, a nuestro juicio, no lo exonera de pedirlo; dicho de otro modo, el órgano judicial no puede conceder indemnización por daños morales de oficio, solamente si el demandante la pide. Por lo demás, los daños personales de carácter físico y los daños materiales no están amparados en la presunción, con lo cual deberán ser probados para ser indemnizados.

En segundo lugar, y en cuanto a la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 29), se contempla una legitimación de las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos que cumplan los dos siguientes requisitos: (a) “Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos, salvo que ejerciten las acciones administrativas o judiciales en defensa de los miembros que la integran”. (b) “Que según sus estatutos desarrollen su actividad en el ámbito estatal o, en su caso, en un ámbito territorial que resulte afectado por la posible situación de discriminación”.

También se legitima (art. 40) a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación para “ejercitar acciones judiciales (lo que incluye las laborales) en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación conforme a lo dispuesto en esta Ley y en las distintas leyes procesales”.

Además de estas garantías jurisdiccionales, la Ley 15/2022 implementa un sistema de “infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación” (así se rubrica el Título IV, comprensivo de los artículos 46 a 52). En el ámbito laboral, el problema surge porque la tipificación de estas infracciones (contenida en el artículo 47) se superpone con las tipificaciones de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, y las sanciones asociadas a esas infracciones (contenidas en el artículo 48 de la Ley 15/2022) son más cuantiosas que las contempladas en la LISOS. Aun así, el principio de especialidad conduce, a nuestro juicio, a la aplicación de la LISOS.

II. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

Coherente con su integralidad, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, contiene diversas normas relacionadas con las relaciones laborales, unas de trascendencia colectiva relacionadas con la prevención de las violencias sexuales en la empresa, y otras de trascendencia individual relacionadas con los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia sexual.

A. La prevención de las violencias sexuales en la empresa

A ello se dedica el artículo 12 de la LOLIS, titulado “prevención y sensibilización en el ámbito laboral”. Se trata de una disposición loable, pero no es tan novedosa como

podría pensarse con la lectura de su título, pues sustancialmente se limita a extender para las conductas de violencia sexual las medidas de prevención que para el acoso sexual y por razón de sexo se establecen en el artículo 48 de la LOIEMH.

El contenido del artículo 12 de la LOLiS comprende hasta cinco clases de obligaciones para las empresas, en gran medida clonadas del artículo 48 de la LOIEMH.

Primera clase de obligaciones de las empresas (art. 12.1.I de la LOLiS): “Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el artículo 48 de la (LOIEMH)”. No solo estamos ante una clonación del artículo 48 de la LOIEMH, además es una remisión expresa al mismo.

- *¿Se trata de una norma de aplicación general a todas las empresas?* Como asimismo ocurre con el artículo 48 de la LOIEMH, la respuesta debe ser afirmativa, aunque la empresa en cuestión no tenga obligación de realizar un plan de igualdad.
- *¿Qué alcance tiene la referencia a la integridad moral?* Se trata de una referencia lógica que conecta con el Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo (2019), pero desconcertante porque va más allá del ámbito de la LOIEMH y de la LOLiS, que está limitado a la igualdad de género y a las violencias sexuales.

Segunda clase de obligaciones de las empresas (art. 12.1.II de la LOLiS): “Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital”. De nuevo la clonación de una norma contenida en el artículo 48 de la LOIEMH, añadiendo la referencia específica a las violencias sufridas en el ámbito digital; pero curiosamente la norma contenida en el artículo 48 de la LOIEMH que fue objeto de clonación desaparece en la redacción que a este artículo se da en la LOLiS (disposición final 10ª).

- *¿Qué conductas comprenden las violencias sexuales sufridas en el ámbito digital?* Delitos de violencia sexual digital: *ciberstalking*, o ciberacoso; *grooming*; *revenge porn*; sextorsión; discurso de odio por causa de género (*gender hate speech*). Pero también otras formas de violencia digital en el ámbito del teletrabajo no necesariamente delictivas: desde la sobresaturación de mensajes hacia la persona trabajadora con la finalidad de hostigarla, hasta el caso, en cierto modo contrario, de apagón de comunicaciones para aislarla de la actividad de sus compañeros/as de trabajo.

Tercera clase de obligaciones de las empresas (art. 12.2.I de la LOLiS): “Las empresas podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de las personas trabajadoras, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas

prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación”. Otra vez aparece como modelo clonado el artículo 48 de la LOIEMH.

Pero aquí el artículo 12.2 tiene un añadido desconcertante: “De las medidas adoptadas, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá beneficiarse la plantilla total de la empresa cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y con contratos en prácticas. También podrán beneficiarse las becarias y el voluntariado. Asimismo, podrán beneficiarse de las anteriores medidas aquellas personas que presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición”.

Y decimos desconcertante en un doble sentido. Desconcertante porque todas estas personas deberían beneficiarse no solo “de las medidas adoptadas de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior”, también de las medidas adoptadas de acuerdo con el resto de los apartados del artículo 12 de la LOLiS. Desconcertante también porque, siendo las medidas de prevención dirigidas a la protección de hombres y mujeres frente a las violencias sexuales, no se entiende el uso del femenino respecto a las “becarias”.

Cuarta clase de obligaciones de las empresas (art. 12.2.III de la LOLiS): “Las empresas promoverán la sensibilización y ofrecerán formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio”. Aquí sí estamos ante obligaciones no recogidas explícitamente en el artículo 48 de la LOIEMH, por mucho que, a nuestro juicio, se pudieran entender implícitas en sus demás mandatos.

Quinta clase de obligaciones de las empresas (art. 12.2.IV de la LOLiS): “Las empresas deberán incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras”. Obligaciones que, en este caso, no estaban explícita ni implícitamente en el artículo 48 de la LOIEMH. Son totalmente nuevas. Y, añadimos, mal concebidas pues no es lógico que esta clase de obligaciones de las empresas dependan del sexo de quien ocupe el puesto de trabajo (“puestos de trabajo ocupados por las trabajadoras”): primero, porque las violencias sexuales las pueden sufrir igualmente los hombres; y segundo, porque supondría una segregación de sexos en las medidas de prevención de riesgos laborales. A nuestro juicio, la valoración se debe realizar para todos los puestos de trabajo de la empresa, aunque no los ocupen mujeres, e incluso aunque no haya mujeres en la empresa; en otro caso, se estaría dificultando a las trabajadoras el acceso a puestos de trabajo que, por estar antes ocupados por varones, no tendrían valoración de los riesgos de la violencia.

Hasta aquí las obligaciones de las empresas. El artículo 12 de la LOLiS agota su contenido (apartados 3 y 4) con la creación de un *label* a desarrollar mediante un Real Decreto: el distintivo “empresas por una sociedad libre de violencia de género”.

Se echa en falta, en este artículo 12, una referencia a las obligaciones de la representación legal del personal de la empresa. Referencia que sí contiene el artículo 48 de la LOIEMH, ya la contenía antes de la LOLiS, y esta le da nueva redacción con la finalidad de incluir, junto al acoso sexual y por razón de sexo, las referencias a las

violencias sexuales y de nuevo a los atentados contra la integridad moral: “Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, con especial atención al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital, mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo”.

B. Derechos laborales individuales de las víctimas de violencia sexual

Con la finalidad de “establecer una malla protectora ante las personas más vulnerables”⁸, la LOLiS reconoce derechos laborales a favor de trabajadoras víctimas de violencias sexuales sustancialmente idénticos a los derechos laborales a favor de las trabajadoras víctimas de violencia de género contemplados en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. De hecho, el artículo 38 de la LOLiS es trasunto casi literal del artículo 21 de la LOPIVG.

1. Según el artículo 38.1 de la LOLiS, trasunto casi literal del 21.1 de la LOPIVG, las trabajadoras víctimas de violencias sexuales “en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores” tendrán derecho “a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo”. Trasunto no del todo literal porque añade el derecho “a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación”, añadido desconcertante porque no nace de la situación de víctima de violencias sexuales, sino de la situación de discapacidad, e inútil porque, sin que nada se dijese, el derecho a la adaptación nace de las normas sobre discapacidad. Al efecto de dar efectividad a esta norma general, la LOLiS modifica el ET, en concreto sus artículos 37.8 (reducción o reordenación de su tiempo de trabajo), 40.4 (movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo), 45.1.n) (suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo), 49.1.m) (extinción del contrato de trabajo), 53.4.b) y 55.5.b) (nulidad del despido de la trabajadora por el ejercicio de los anteriores derechos, salvo procedencia del despido por motivos no relacionados con tal ejercicio). Todos estos artículos contemplan los derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género, a las que, tras su reforma, se equiparaban las víctimas de violencias sexuales.

8. En expresión de Baylos Grau, A.: “Notas sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Según Antonio Baylos ...* (blog del autor), publicado el 10 de septiembre de 2022, disponible en: <https://baylos.blogspot.com/2022/09/notas-sobre-la-ley-organica-102022-de-6.html>.

Y en esta mini-reforma del ET se aprovechó para modificar el derecho a la movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo en dos aspectos: su duración de seis meses se permite prorrogar hasta doce; finalizado ese plazo, al derecho de la trabajadora a optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior, o la continuidad en el nuevo, se completa con una tercera opción a “la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

Todos estos derechos, según la regulación dada en el ET, no son automáticos, sino “para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral”, es decir, el ejercicio del derecho debe coadyuvar a la protección o asistencia de la víctima.

2. Según el artículo 38.3 de la LOLiS, “las empresas que formalicen contratos de interinidad, siempre que el contrato se celebre con una persona desempleada, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo”. Hasta aquí la norma es trasunto literal del artículo 21.3 de la LOPIVG; tan literal que se olvida que, tras la LOLiS, la duración en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo se puede ampliar hasta 12 meses sin que en relación al intervalo entre los 6 y los 12 meses se prevea la bonificación.

Por lo demás, el artículo 38.3 de la LOLiS (en línea con el artículo 21.3 de la LOPIVG) tiene un último inciso según el cual “cuando se produzca la reincorporación, esta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, garantizándose los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad”. Que la reincorporación se producirá en los mismos términos es algo de cajón, y la referencia a los ajustes razonables resulta desconcertante e inútil.

3. Según el artículo 38.4 de la LOLiS, trasunto también literal del artículo 21.4 de la LOPIVG, “las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad”. Como el artículo 21.4 de la LOPIVG, esta norma es completa en sí misma considerada, en consecuencia, directamente aplicable, de ahí que no necesita desarrollo en el ET, ni tampoco lo tiene.

Toda esta regulación merece, además de las críticas de técnica jurídica aludidas en párrafos precedentes (como la desubicación de las normas sobre apoyos y ajustes necesarios para las víctimas con discapacidad), algunas críticas adicionales de fondo.

La primera es la de que no se acaba de entender que, siendo asexuados los delitos sexuales, así como el acoso sexual y por razón de sexo, estos derechos no se reconozcan de manera bilateral, esto es tanto si la víctima es mujer como si es hombre. No cuestionamos la justificación de la unilateralidad de la protección a favor exclusivo de las víctimas mujeres en muchas ocasiones (en particular, si se trata de gestionar recursos limitados). Pero en concreto, en estos casos se hace difícil concebir que, ante un mismo delito, la empresa solo esté obligada a reconocer derechos a la trabajadora, pero no al trabajador, y menos lógico aún si el delito sufrido por este resulta ser más grave.

La segunda es la de que tampoco se acaba de entender que se impongan obligaciones económicas a las empresas, como es la indemnización en el supuesto de extinción del contrato a opción de la trabajadora en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo⁹. No significa esto que se prive a las víctimas de derechos económicos¹⁰, sino que quien debe responder de ellos sea el Poder Público.

No sabemos si por estos motivos, o si solo ha sido un error de bulto, pero el Poder Legislativo se ha apresurado a derogar la mayoría de estos derechos en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Nos remitimos a su comentario.

C. Protección por desempleo de las víctimas de violencia sexual

Según el artículo 38.2 de la LOLIS (en línea con el artículo 21.2 de la LOPIVG), las trabajadoras por cuenta ajena víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la protección por desempleo en los términos previstos en la LGSS. A tales efectos, se consideran situaciones legales de desempleo (según el artículo 267 de la LGSS, que equipara a las víctimas de violencias de género con las víctimas de violencia sexual):

9. Con respecto a esta extinción, “no se contempla ningún mecanismo de compensación de este gasto lo que merece una notable crítica al establecer, como medida de protección de la víctima, una extinción indemnizada sin culpa ni negligencia de la empresa, pero cuyo coste asume” (Rojas Nieto, P.: “Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *El Foro de Labos*, 15 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/09/medidas-laborales-en-la-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>).

10. Resulta evidente “la ventaja implícita que supondría para las trabajadoras víctimas de violencia de género o violencia sexual, cuando fuera posible a la vista de sus circunstancias personales y las objetivas de su empresa, optar primero por la movilidad y, en un segundo momento, si no fuera posible el mantenimiento en el nuevo lugar ni el retorno al antiguo, proceder a la extinción con derecho a indemnización y a desempleo en su caso” (Álvarez Cuesta, H.: “Aspectos laborales de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, en AA.VV.: *Los briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2022, pp. 291-294).

- “cuando se extinga la relación laboral ... por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40 ... 49.1.m) ... del (ET)”;
- “cuando se suspenda el contrato por decisión de las trabajadoras víctimas de ... violencia sexual al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.1.n) del (ET)”.

La situación legal de desempleo se justificará por comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la LOPIVG o el 37 de la LOLiS.

Otra norma de interés en materia de desempleo es que el servicio público de empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género o de violencia sexual, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso de actividad (art. 300 de la LGSS).

Por otro lado, la suspensión del contrato de trabajo tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 165.5 de la LGSS, reformado al efecto por la LOLiS).

Todos los anteriores derechos de las trabajadoras por cuenta ajena se trasladan a las trabajadoras por cuenta propia gracias al artículo 38.4 de la LOLiS, según el cual (de nuevo en línea con el artículo 21.4 de la LOPIVG, es decir equiparando a las víctimas de violencia sexual con las víctimas de violencia de género), las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencias sexuales que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral se les considerará en situación de cese temporal de la actividad, en los términos previstos en la LGSS, y se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social con base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos; su situación será considerada como asimilada al alta. A los efectos de desarrollo de esta norma, la LOLiS ha modificado un importante número de artículos en la LGSS: los artículos 329.1.b), 331.1.d), 332.1.c), 335.1.a), 335.2.d), 336.1.d), y 337.2.

Sin perjuicio de las críticas que hemos realizado a los derechos laborales que sirven de presupuesto al expuesto sistema de protección por desempleo, este, en sí mismo considerado, se encuentra bastante bien trabado al haber seguido a pies juntillas el sistema de protección por desempleo previsto para víctimas de violencia de género. Pero lo que ocurre es que, derogados los derechos laborales en los que se sustentaban muchos de estos derechos de protección social, el sistema ha resultado muy maltrecho, como veremos al analizar la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

D. Pensión de orfandad y prestación de orfandad

Según el artículo 54 de la LOLiS, “en los casos de muerte en el marco de alguna de las conductas previstas en el apartado 1 del artículo 3, los hijos e hijas de las víctimas, cualquiera de sea la naturaleza de su filiación, por naturaleza o por adopción, podrán percibir una pensión, o, en su caso, una prestación de orfandad”, con remisión, para su regulación, a la LGSS, que, en su artículo 267, desarrolla dicha disposición.

III. LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, apenas contiene unas pocas normas con incidencia sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de las trabajadoras. Pero, con la excepción de una de esas normas (cuyo análisis dejaremos para el final), las demás que, en orden a modificar el ET, se contienen en la disposición final 14ª de la Ley Trans son de nulo alcance o de vuelta atrás con respecto a la LOLiS.

De nulo alcance son las modificaciones que, a través de la disposición final 14ª, se acometen en el artículo 11.4.b) y en el artículo 14.3 del ET. Y la calificamos de nulo alcance porque las redacciones derogadas y las redacciones reformadas son exactamente iguales en su contenido y alcance, y prácticamente iguales en cuanto a su redacción, y ello porque, para más inri todavía, las normas reformadas contienen fallos lingüísticos¹¹.

De vuelta atrás son las modificaciones que, a través de la disposición final 14ª, se acometen en los artículos 37.8, 40.4, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b) y 55.5.b) del ET, pues todas estas normas recuperan las redacciones que las mismas tenían antes de la LOLiS.

*¿Supone una derogación realmente querida o se trata de un inconcebible error de bulto?*¹². A falta de una corrección de errores de la Ley Trans (que iría más allá de una corrección de errores), o de una vuelta atrás en alguna disposición extravagante de una Ley cualquiera (que también podría en evidencia una pésima técnica legislativa), no resulta fácil defender una interpretación correctora: una interpretación analógica que integrase a las víctimas de violencias sexuales dentro de las víctimas de violencia

11. Véanse las redacciones reformadas: Artículo 11.4.b): “Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, violencia de género, interrumpirán el cómputo de la duración del contrato”. Artículo 14.3: “Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, violencia de género, que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes”. En ambas redacciones reformadas se ha obviado, al final de las enumeraciones, la copulativa “y”, que sí se contenía, más correctamente, en las redacciones derogadas.

12. José María Goerlich Peset encuentra explicación del desbarajuste en “el uso del corta-pegar (en la tramitación parlamentaria) y la aparente separación estanca de los debates entre las dos leyes”, “¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?”, *El Foro de Labos*, 7 de marzo de 2023, disponible en <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>.

de género (que sí mantienen los derechos laborales contemplados en el ET), chocaría con el restringido concepto de violencia de género de la LOPIVG (que se mantiene vigente); y una interpretación sistemática según la cual la protección por desempleo de la LGSS (que no se ha reformado) permitiría integrar los supuestos de hecho de los derechos laborales contemplados en el ET parece bastante arriesgado pues la LGSS regula derechos de protección social, mientras el ET regula derechos exigibles a las empresas.

A salvo que, en algún caso concreto, se pueda acudir a una interpretación correctora (lo que no descartamos), la única opción es considerar la derogación de todos los derechos laborales establecidos en el ET a favor de las trabajadoras víctimas de violencia sexual. Ciertamente, eran derechos con ciertos aspectos abiertos a la crítica. Pero la solución no estaba en derogarlos, sino en ampliarlos a todas las víctimas de violencias sexuales, mujeres u hombres, y en derivar su coste a los Poderes Públicos¹³.

Una derogación de los derechos laborales que trae consigo también la derogación de aquellas disposiciones que tienen esos derechos como presupuesto: el artículo 38.3 de la LOLiS sobre bonificación de contratos de interinidad; y las normas de la LGSS sobre la protección por desempleo de las trabajadoras por cuenta ajena (a salvo, como se ha dicho, de una interpretación correctora en algunos casos en concreto).

¿Qué se salva de esa vuelta atrás? Se salvan aquellos derechos laborales contemplados en el artículo 38 de la LOLiS que no se desarrollan en el ET: las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales (art. 38.4, directamente aplicable).

También se salvan aquellas disposiciones de la LGSS que no tienen esos derechos como presupuesto: la protección por desempleo de las trabajadoras por cuenta propia. O sea (por disfuncional que sea), las trabajadoras por cuenta propia que sean víctimas de violencia sexual tienen derecho a desempleo, pero no las por cuenta ajena (salvo una fuerte interpretación correctora que se nos aparenta muy difícil de sustentar).

¿Qué pasa con la acomodación del compromiso de actividad (art. 300 de la LGSS en la redacción dada por la LOLiS)? Pues en principio se salvaría de las reformas de la Ley Trans porque no es una disposición que tenga como presupuesto los derechos laborales de la LOLiS. Ahora bien, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo (de la misma fecha que la Ley Trans), entra en el partido y directamente reforma el artículo 300 de la LGSS, que se limita a remitirse, en relación con el ahora denominado acuerdo de actividad, a lo dispuesto en la Ley 2/2023. Y en esta Ley 2/2023 no existe ninguna norma tan concreta como la establecida en el derogado artículo 300 de la LGSS. Ciertamente, lo que se decía en esa derogada norma se puede deducir aplican-

13. Parecidamente, según José María Goerlich Peset, "cabría aprovechar la ocasión para reflexionar hasta dónde deben alcanzar las medidas jurídico-laborales de apoyo a las distintas víctimas contempladas en los preceptos que nos ocupan: es posible sea razonable imponer a la empresa deberes de colaboración para la superación de las distintas situaciones que se atienden; pero no tengo claro lo sea tanto obligar al pago de una indemnización si la persona trabajadora opta por dejar el empleo". Ver Goerlich Peset, J. M.: "¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?", ob. cit.

do la perspectiva de género de la que la Ley 2/2023 hace gala, además de que ello es obligado según el artículo 4 de la LOIEMH; pero era mejor mantener la norma tal cual estaba.

Fuera de estas normas de nulo alcance (criticables por la falta de técnica jurídica) o de vuelta atrás con respecto a la LOLiS (criticables por el borrado de derechos), la Ley Trans contiene una razonable norma (pues la protección de la gestación debe abarcar a toda persona gestante) cuando, a efectos de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor regulada en el artículo 48.4 del ET, se dice que “el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes”.

IV. LEY ORGÁNICA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, introduce tres situaciones especiales de incapacidad temporal y contempla una mejora del descanso y prestaciones de Seguridad Social por nacimiento y cuidado de menor.

A. Situación especial de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria

Con la finalidad de eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral vinculado a la situación patológica de menstruación incapacitante secundaria o dismenorrea secundaria asociada a patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2003), se establece (artículo 5 ter de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva) que “a fin de conciliar el derecho a la salud con el empleo, se reconoce a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias el derecho a una situación especial de incapacidad temporal”, que, en relación con el Régimen General de la Seguridad Social, se regula en la LGSS.

Situación protectora (art. 169 de la LGSS). La incapacidad temporal especial de menstruación incapacitante secundaria, calificada como contingencia común, se vincula a la necesidad de asistencia sanitaria y al impedimento para el trabajo. Como estas exigencias son las mismas establecidas para la situación ordinaria de incapacidad temporal, no estamos ante una real ampliación de la acción protectora. El sentido de la especialidad la debemos encontrar en la flexibilización o en la mejora de la regulación con relación a la de la situación ordinaria de incapacidad temporal.

¿Qué es lo que se flexibiliza o mejora? No se exigirán periodos mínimos de cotización, mientras que sí se exigen para la situación ordinaria de incapacidad temporal [art. 172.a) de la LGSS]; el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día

de la baja en el trabajo (art. 173.1 de la LGSS), lo que supone una notable diferencia con respecto al subsidio ordinario por contingencias comunes cuyos tres primeros días son a cargo de la persona trabajadora, y desde el cuarto al dieciséis a cargo de la empresa, con lo cual a la vez se garantiza la cobertura de la trabajadora desde el primer día y se libera a la empresa del coste económico evitando la producción del indeseable efecto *boomerang* (a mayor protección de la mujer trabajadora, mayores reticencias a contratar mujeres); a los efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, y de su posible prórroga, cada proceso se considerará nuevo (art. 173.2 de la LGSS), y ello aunque la nueva baja médica por la misma o similar patología lo sea dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos de alta médica anterior (aquí estaría la mejora respecto al subsidio ordinario).

B. Situación especial de incapacidad temporal por la interrupción del embarazo

También se reconoce como situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la debida a la interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo. Así se establece en el artículo 7 bis, letra e, de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva. Situación que, en relación con el RGSS, se regula en la LGSS.

Situación protectora (art. 169 de la LGSS). La incapacidad temporal especial por interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, calificada como contingencia común, se vincula a la necesidad de asistencia sanitaria y al impedimento para el trabajo. Como estas exigencias son las mismas establecidas para la situación ordinaria de incapacidad temporal, no estamos ante una real ampliación de la acción protectora; el sentido de la especialidad se encuentra en la flexibilización o en la mejora de la regulación con relación a la de la situación ordinaria de incapacidad temporal.

¿Qué es lo que se flexibiliza o mejora? No se exigirán periodos mínimos de cotización, mientras que sí se exigen para la situación ordinaria de incapacidad temporal [art. 172.a) de la LGS]; el subsidio se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja (art. 173.1 de la LGSS), lo que, suponiendo una mejora en relación con el subsidio ordinario de incapacidad temporal por contingencias comunes y una asimilación al subsidio ordinario por contingencias profesionales, supone una diferencia de no fácil explicación en relación con la situación especial de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria, en que se libra al empresario de la carga salarial.

Ahora bien, si la interrupción del embarazo es debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, la incapacidad temporal será por contingencia profesional, y en consecuencia se aplicarán las normas más favorables previstas para tales contingencias pues, aunque para ellas tampoco se exigen cotizaciones previas, y el subsidio a cargo de la Seguridad Social es también desde el día siguiente de la baja, estando el salario de la baja a cargo del empresario, hay otras ventajas como un cálculo de la

base reguladora más ajustado al salario realmente percibido o debido percibir, y una mayor cuantía (el 75% desde el día siguiente al nacimiento del derecho, mientras en el subsidio por contingencias comunes ese porcentaje se alcanza en el día veintiuno, antes es el 60%).

C. Situación especial de incapacidad temporal por gestación de la mujer desde el día primero de la semana trigésima novena

También se reconoce como situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la de gestación de la mujer desde el día primero de la semana trigésima novena. Así se dice en el artículo 7 bis, letra f), de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva. Situación que, en relación con el RGSS, se regula en la LGSS.

Situación protectora (art. 169 de la LGSS). Aquí sí es una ampliación de la acción protectora pues no se exige asistencia sanitaria e imposibilidad para trabajar.

Para el acceso a esta situación especial, los periodos mínimos de cotización son los exigidos para la prestación por nacimiento y cuidado de menor (art. 172 de la LGSS, inferiores a los de la situación ordinaria de incapacidad temporal); el subsidio se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja (art. 173.1 de la LGSS); salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto esta deba mantenerse (art. 173.2 de la LGSS), lo que resulta lógico pues el subsidio de esa situación es superior al subsidio de incapacidad temporal.

D. Algunas consideraciones críticas en relación con las situaciones de incapacidad temporal especial por salud sexual y reproductiva

Desde la perspectiva de la igualdad de género, la reconducción de estas situaciones a la incapacidad temporal, siendo más lógica en el supuesto de menstruación incapacitante secundaria, no lo es tanto (por no decir que no lo es nada) en los supuestos de interrupción del embarazo y de gestación de la mujer desde el día primero de la semana trigésima novena, en que la cercanía de estas situaciones con la situación de maternidad habría aconsejado una asimilación de la cobertura prestacional al subsidio por nacimiento y cuidado de menor (recordémoslo: se percibe desde el primer día en cuantía del 100% de la base reguladora), como, dicho sea de paso, la doctrina científica viene reclamando desde hace décadas en relación con la interrupción del embarazo¹⁴.

14. Véase el atinado estudio de Garrigues Giménez, A.: "¿Incapacidad temporal o maternidad? Interrupción de embarazo: la intersección de dos contingencias", en Ojeda Avilés, A. (coord.): *La incapacidad temporal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pp. 278-293. En el mismo sentido de reclamar una equiparación de la cobertura social del aborto

La incapacidad temporal especial en el supuesto de menstruación incapacitante secundaria tampoco se encuentra ajena a la crítica, y ello porque, precisamente por ese carácter especial, y por tendencialmente reiterarse cada mes, se posibilita el conocimiento empresarial de datos de salud de las trabajadoras, lo que puede vulnerar la confidencialidad de los datos médicos relacionados con las causas de las bajas, repercutir en los derechos de promoción profesional relegando a estas trabajadoras, e incluso en la propia estabilidad del empleo, y, en términos generales, conducir al efecto *boomerang* pues “al margen de los mayores beneficios de la incapacidad temporal en situación especial (...) el impacto general en el mercado laboral puede conllevar retrocesos en la inserción laboral de las mujeres en total igualdad que los hombres”¹⁵.

Algunas de estas críticas se moderarían si el Poder Legislativo hubiera incluido algunas modulaciones tendentes a corregir los indeseables efectos prácticos derivados de esos defectos de planteamiento. Pero esas modulaciones brillan por su total ausencia.

La más llamativa de esas carencias es que no se ha establecido una protección específica frente al despido estableciendo su nulidad si el despido se hubiera producido por ejercitar el derecho a la incapacidad temporal especial; en estos casos, se deberá acudir a la prohibición general de discriminación por razón de la condición de mujer, lo que, por no ser una nulidad automática, puede generar situaciones de desprotección.

También se echa en falta que no se hubiera exonerado a las empresas de la obligación de cotizar (el artículo 144.4 de la LGSS, reformado por la LO 1/2023, se encarga de corroborar el mantenimiento de esa obligación durante estas situaciones), o, cuando menos la contemplación de bonificaciones para la obligación empresarial de cotización si decide cubrir la baja de la trabajadora con un contrato de interinidad (lo que es una carencia muy llamativa en particular en el supuesto de gestación de la mujer desde el día primero de la semana trigésima novena, pues sí que tendrá esas bonificaciones cuando la mujer entre en descanso por nacimiento y cuidado de menor).

E. Ampliación del descanso y las prestaciones de seguridad social por nacimiento y cuidado de menor

Un último cambio, este en el artículo 45.1.d) del ET, es que el contrato de trabajo podrá suspenderse por guarda con fines de adopción o acogimiento de menores cualquiera que sea su duración. Antes de la LO 1/2003, la duración debía ser superior a un año. Con lo cual se amplía a este supuesto el ámbito de aplicación del derecho al descanso y, consiguientemente, también el derecho a prestaciones de Seguridad Social.

con la maternidad, Lousada Arochena, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, ob. cit., p. 384.

15. Blázquez Agudo, E. M.: “La protección de las trabajadoras con menstruación incapacitante: ¿un beneficio o una medida con efectos perniciosos?”, *El Foro de Labos*, 8 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/03/la-proteccion-de-las-trabajadoras-con-menstruacion-incapacitante-un-beneficio-o-una-medida-con-efectos-perniciosos/>.

Bibliografía

- Álvarez Cuesta, H.: "Aspectos laborales de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual", en AA.VV.: *Los briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2022, pp. 291-294.
- Álvarez del Cuvillo, A.: "La Ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución", *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, pp. 87-120.
- Barrère Unzueta, M. A. y Morondo Taramundi, D.: "Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.
- Baylos Grau, A.: "Notas sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual", *Según Antonio Baylos ...* (blog del autor), publicado el 10 de septiembre de 2022, disponible en <https://baylos.blogspot.com/2022/09/notas-sobre-la-ley-organica-102022-de-6.html>.
- Blázquez Agudo, E. M.: "La protección de las trabajadoras con menstruación incapacitante: ¿un beneficio o una medida con efectos perniciosos?", *El Foro de Labos*, 8 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/03/la-proteccion-de-las-trabajadoras-con-mens-truacion-incapacitante-un-beneficio-o-una-medida-con-efectos-perniciosos/>.
- Crenshaw, K.: "Demarginalizing the intersection between race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics", *University of Chicago Legal Forum*, vol. I, 1989, pp. 139-167.
- Crenshaw, K.: "Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color", *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991, pp. 1241-1299.
- Ferrer Cortines, O. y Herrera Trujillo, M. J.: "Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, y su repercusión práctica", *Jurisdicción Social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 240, 2023, pp. 5-30.
- Garrigues Giménez, A.: "¿Incapacidad temporal o maternidad? Interrupción de embarazo: la intersección de dos contingencias", en Ojeda Avilés, A. (coord.): *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 278-293.
- Goerlich Peset, J. M.: "¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?", *El Foro de Labos*, 7 de marzo de 2023., disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>.
- Harris, A. P.: "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", *Stanford Law Review*, vol. 42, núm. 3, 1990, pp. 581-616.
- Lousada Arochena, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Lousada Arochena, J. F.: "Discriminación de las mujeres con discapacidad", *Hablamos de Feminismo*, en página web de la Valedora do Pobo de Galicia.
- Lousada Arochena, J. F.: "Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones", *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, pp. 125-140
- Lousada Arochena, J. F.: "Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2018, pp. 29-40.
- Lousada Arochena, J. F.: "Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo", *Revista de Jurisprudencia El Derecho – Francis Lefebvre*, publicado el 29 de diciembre de 2022, disponible en <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>

- Makkonen, T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Finlandia, 2002.
- Maneiro Vázquez, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- Rojas Nieto, P.: "Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual", *El Foro de Labos*, 15 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/09/medidas-laborales-en-la-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>).
- Rey Martínez, F.: "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251-283.
- Rojo Torrecilla, E.: "Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral", *Blog de Eduardo Rojo*, 19 de agosto de 2022, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/ley-integral-para-la-igualdad-de-trato.html>



Las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor: coordinación de sistemas de Seguridad Social dentro y fuera del entorno europeo

BENEFITS FOR BIRTH AND CARE OF THE CHILD: COORDINATION OF SOCIAL SECURITY SYSTEMS WITHIN AND OUTSIDE THE EUROPEAN ENVIRONMENT

María Alexandra Díaz Mordillo

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social
Instituto Nacional de la Seguridad Social - Tesorería General de la Seguridad Social
maria-alexandra.diaz@seg-social.es 0000-0001-8619-3592

Recibido: 07.06.2022 | Aceptado: 16.11.2022

RESUMEN

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, agrupa las prestaciones de maternidad y paternidad en un único subsidio que ha dejado de ser un derecho transferible entre los progenitores. Teniendo en cuenta esta nueva configuración otorgada a las prestaciones por nacimiento, es conveniente analizar si se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 y en el de aquellos otros Convenios Bilaterales suscritos por España que también recogían la anterior prestación de maternidad (Andorra, Argentina, Australia, Chile, Ecuador, Filipinas, Marruecos, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela). Es decir, la nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor, con una regulación diferente a las anteriores, tiene que encontrar su encaje dentro los instrumentos internacionales ratificados por España.

ABSTRACT

The Royal Decree-Law 6/2019, of 1st March, on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, groups maternity and paternity benefits into a single subsidy that has ceased to be a transferable right between parents. Considering this new configuration granted to birth benefits, it is convenient to analyze whether they are included in the material scope of Regulation 883/2004 and in those other Bilateral Agreements signed by Spain that also included the previous maternity benefit (Andorra, Argentina, Australia, Chile, Ecuador, Philippines, Morocco, Paraguay, Peru, Dominican Republic, Russia,

PALABRAS CLAVE

Maternidad
Paternidad
Nacimiento
Reglamentos comunitarios
Convenios bilaterales

KEYWORDS

Maternity
Paternity
Birth
Community regulations
Bilateral agreements

Tunisia, Ukraine, Uruguay and Venezuela). That is, the new benefit for birth and care of the child, with a different regulation to the previous ones, must find its fit within the international instruments ratified by Spain.

SUMARIO

- I. LA COORDINACIÓN DE SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL COMO GARANTÍA AL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN
 - II. LAS PRESTACIONES POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019. EL DEVENIR HISTÓRICO HASTA ALCANZAR EL PERMISO ÚNICO
 - III. LA PROTECCIÓN AL NACIMIENTO DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA
 - A. La coordinación de sistemas de seguridad social en europa
 - B. Principios informadores de los reglamentos comunitarios
 - C. ¿Puede considerarse incluida dentro del campo de aplicación material de los reglamentos comunitarios la prestación por nacimiento y cuidado del menor tras la nueva regulación?
 - D. Conclusión primera
 - IV. LA PROTECCIÓN AL NACIMIENTO DENTRO DE LOS CONVENIOS BILATERALES FIRMADOS POR ESPAÑA
 - A. La coordinación de sistemas de seguridad social fuera de europa
 - B. Convenios que incluyen la prestación por maternidad en su ámbito de aplicación
 - C. ¿Puede considerarse incluida dentro del campo de aplicación material de los convenios bilaterales suscritos por españa, la prestación por nacimiento y cuidado del menor tras la nueva regulación?
 - D. Conclusión segunda
- Bibliografía

I. LA COORDINACIÓN DE SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL COMO GARANTÍA AL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN

La existencia de una normativa internacional en materia de prestaciones sociales no garantiza la aplicación uniforme de estos derechos en los diferentes países. A pesar de la eficacia de tratados como la Declaración de Derechos Humanos de la ONU de 10 de diciembre de 1948 o el importante Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, la falta de un poder legislativo internacional provoca la imposibilidad de establecer medidas supranacionales¹.

Es competencia de cada Estado la regulación y determinación de los requisitos exigibles para el acceso a sus propias prestaciones². Los países tienden a conservar su individualidad fruto de un proceso histórico en el que confluyen factores políticos, económicos, sociales y culturales que son únicos para cada territorio³. Prevalcen así

1. Ojeda Avilés, A.: "La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009, pp. 15-37; resalta la utopía de la idea de un derecho universal.

2. STJUE C-430/2015, de 1 de febrero de 2017, *Tolley*.

3. Martínez Martínez, V. L.: "La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 2, 2017, p. 177.

las normas de coordinación de sistemas, que garantizan la independencia legislativa interna⁴, antes que las de armonización, que implicarían cesión de competencias. Estos instrumentos de coordinación determinan cuál es la normativa que debe regir ante la ausencia de armonización⁵ y la medida en la que un país admitirá la aplicación de una norma extranjera para cubrir determinados supuestos internos⁶.

En el ámbito de la Unión Europea, la capacidad legislativa de cada Estado miembro se ve limitada por el propio Derecho Comunitario que garantiza libertad de circulación⁷ y residencia⁸, aunque se permite que la normativa nacional establezca exigencias específicas⁹ siempre que su uso sea proporcionado¹⁰ y no discriminatorio¹¹ por razón de nacionalidad¹². Sin embargo, desde hace unos años se observa cierta intromisión competencial en materia de protección social que, más que a la mejora de derechos, se orienta a la reducción del impacto que ocasiona la cobertura prestacional sobre el gasto público¹³.

Las actuales leyes internacionales, en general, han venido a complementar el derecho interno y no a sustituirlo, generando de esta manera diferencias sustanciales¹⁴ en la cobertura dispensada por cada país¹⁵. El derecho a la libre circulación del trabajador migrante genera otros derechos sociales¹⁶, adquiridos o en curso de adquisición, que conviene proteger¹⁷ con el fin de evitar cualquier diferencia de trato con respecto a las personas que hayan residido y trabajado siempre en un mismo país¹⁸.

4. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E. (coords.): *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada. Retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2015, p. 185.

5. Jimeno Jiménez, F. M.: "La coordinación de las prestaciones de asistencia personal en el Derecho de la Unión Europea", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2021, p. 83.

6. Sánchez Carrión, J. L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 47, 2003, p. 17.

7. STJUE C-208/2007, de 16 de julio de 2009, *Chamier-Glisczinski*.

8. STJUE C-562/2010, de 12 de julio de 2012, *Comisión Europea contra la República Federal de Alemania*, por ejemplo.

9. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", ob. cit., p. 184.

10. Hay autores que se refieren a este fenómeno como articulación de derechos, término que superaría al de la propia coordinación. Miranda Boto, J. M.: "El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.): *El Reglamento Comunitario 1408/71: nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008, pp. 26-28.

11. Carrascosa Bermejo, M. D.: "Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales", en Nogueira Guastavino, M. et al. (coords.): *Lecciones de Derecho social de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 188.

12. STJUE C-138/2002, de 23 de marzo de 2004, *Collins*.

13. De la Fuente Lavín, M.: "Pensiones mínimas y no contributivas: los casos de Francia y España", en VV.AA.: *Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021, p. 1211.

14. Sempere Navarro, A. V.: "Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2004, pp. 123-150; habla de la existencia de sistemas basados en el modelo bismarckiano y otros en el modelo de Beveridge.

15. Ordóñez Pascua, N.: "Los modelos europeos de rentas mínimas: Avanzando en el modelo de bienestar a través de la modalidad no contributiva de la Seguridad Social", en VV.AA.: *Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021, p. 1147.

16. STJUE C-114/1, de 12 febrero de 2015, *Bouman*.

17. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusula de residencia", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, p. 397.

18. Martínez Martínez, V. L.: "La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", ob. cit., p. 200.

La coordinación de sistemas incentiva la movilidad laboral del trabajador al evitar la fragmentación de su vida laboral¹⁹. Aunque no siempre esta libertad de movimiento significa el libre acceso al sistema de Seguridad Social²⁰ de otro país²¹.

Uno de los principios fundamentales que rigen las fuentes del derecho internacional es el de la totalización de periodos para completar la necesidad de carencia y cálculo de cada prestación, computando para ello los periodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en otro país como si se hubieran producido en el propio, teniendo en cuenta los periodos comunicados por el Estado miembro receptor, pero sin medir su valor²². La totalización sólo será posible en el caso de que una determinada prestación se encuentre recogida en el ámbito de aplicación material del convenio o acuerdo suscrito entre países²³.

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, agrupa la prestación de maternidad y la de paternidad en un único subsidio, que ha dejado de ser un derecho transferible entre los progenitores. Teniendo en cuenta esta nueva configuración otorgada a las prestaciones por nacimiento, es conveniente analizar si se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 y en el de aquellos otros convenios bilaterales suscritos por España que también recogían la anterior prestación de maternidad.

II. LAS PRESTACIONES POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019. EL DEVENIR HISTÓRICO HASTA ALCANZAR EL PERMISO ÚNICO

39

Desde que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, unificara la incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional en una única prestación por incapacidad temporal, al tiempo que se configuraba la maternidad como contingencia específica desligada de las anteriores²⁴, varias han sido las modificaciones que han ido modulando este derecho tal y como lo conocemos en la actualidad.

19. Maldonado Molina, J. A.: "El régimen jurídico de las prestaciones españolas no contributivas de jubilación e invalidez y su coordinación en el Reglamento 883/2004", en VV.AA.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, p. 487.

20. Martínez Martínez, V. L.: "La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", ob. cit., p. 202.

21. STJUE C-290/2000, de 18 de abril de 2002, *Duchon*; STJUE C-170/1995, de 13 de junio de 1996, *Spataro* o STJUE C-43/1999, de 31 de mayo de 2001, *Ghislain*, entre otras.

22. Considerando 4 de la Decisión Nº H6, de 16 de diciembre de 2010, de la Comisión administrativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social relativa a la aplicación de determinados principios relacionados con la totalización de los períodos en virtud del artículo 6 del Reglamento (CE) 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

23. Véase por ejemplo la STS de 7 de marzo de 2005, número de Recurso 894/2004, en cuanto a la cobertura del subsidio de mayores de 52 años cuando existen cotizaciones en Suiza para completar el periodo de seguro español.

24. Debe hacerse notar que este epígrafe no pretende analizar la evolución histórica de la maternidad que nos llevaría a remontarnos hasta la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre condiciones de trabajo de

mujeres y niños y su Reglamento de aplicación del 13 de noviembre de 1900, así como textos posteriores. Únicamente se repasa la evolución de la moderna prestación desde su introducción en el TRLGSS de 1994.

La prestación se ha ido transformando de acuerdo con los diferentes modelos familiares (como cuando la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social equiparó la filiación adoptiva a la natural, en cuanto a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad como medida de protección a la familia)²⁵ y las nuevas necesidades sociales ocasionadas tras la incorporación masiva de la mujer al mundo laboral (como cuando la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras²⁶ facilitó a los hombres el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que fuera el padre el que disfrutara hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad, permitiendo además que lo disfrutara simultáneamente con la madre)²⁷.

Sin embargo, si hay una Ley pionera en el desarrollo de los derechos de igualdad de género en España esta es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁸. Esta Ley nace con el objeto de hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, mediante la eliminación de toda discriminación directa o indirecta de las mujeres. Para ello, y con el fin de fomentar la conciliación de la vida personal y laboral, su disposición adicional 18.7 incluyó, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, el permiso de paternidad con una duración inicial de 13 días, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. Aunque no se daba alternativa cuando la necesidad de descanso se producía en el núcleo de una familia monoparental²⁹.

La Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad, determinó su duración en cuatro semanas (aunque no entraría en vigor hasta el 1 de enero de 2017, tras sucesivos aplazamientos). A partir del 5 julio de 2018³⁰ la duración de la suspensión pasó a ser de cinco semanas.

25. Sánchez-Urán Azaña, M.Y.: "Las prestaciones económicas vinculadas al nacimiento de hijos y protección a la familia (de las prestaciones familiares a la prestación familiar)", en *VV.AA.: Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021, p.465.

26. Dice su preámbulo: "La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. Ello plantea una compleja y difícil problemática que debe abordarse, no sólo con importantes reformas legislativas, como la presente, sino con la necesidad de promover adicionalmente servicios de atención a las personas, en un marco más amplio de política de familia. En este sentido, en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, se consideró como objetivo estratégico fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres y en la Declaración aprobada por los 189 Estados allí reunidos, se reafirmó este compromiso".

27. Panizo Robles, J. A.: "La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 34, 2002, p. 23.

28. Como precursoras, la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la formación profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

29. Barrios Baudor, G. y Lasaos Irigoyen, E.: "Examen de la titularidad femenina del permiso de maternidad española a la luz del derecho social comunitario", en Areta Martínez, M. y Sempere Navarro, A. V. (dirs.): *Cuestiones actuales de Derecho Social Comunitario*, Laborum, Murcia, 2009, pp. 571-580.

30. Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

Es decir, la legislación sobre las prestaciones de maternidad y paternidad es heredera directa de las diferentes directivas europeas y los compromisos suscritos por el Estado español y sus obligaciones, especialmente en el marco de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo.

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, ha equiparado los derechos de ambos a ejercer su corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, igualando la duración del permiso de maternidad (contributiva) y paternidad (o permiso del otro progenitor), que a partir de ahora convergen en una única prestación³¹. Se ha producido la modificación del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores en este sentido.

Esta necesidad nace no sólo de la clara voluntad del legislador, sino de la existencia de una profunda demanda social³² y de la exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para garantizar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres y las posibilidades de conciliación de la vida personal y familiar³³.

La equiparación de permisos se ha llevado a cabo de forma progresiva hasta culminar en 2021³⁴ con un permiso de dieciséis semanas de duración para cada progenitor en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o, en su caso, acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten (art. 177 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– que, a su vez, remite a los arts. 48 y 49 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2019)³⁵.

Los progenitores tendrán derecho a una suspensión del contrato de trabajo de 16 semanas, que será igual para ambos, pudiendo disfrutar de las seis primeras semanas de manera ininterrumpida inmediatamente después del parto. Este periodo se disfrutará a tiempo completo y estará destinado a la protección de la salud en el caso de la madre biológica y de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil

31. Aragón Gómez, C.: "La prestación por nacimiento y cuidado de menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 219, 2019, pp. 229-239.

32. López Anierte, M. C.: "Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018, pp. 93-135.

33. Barrios Baudor, G. L.: "Prestación por nacimiento y cuidado del menor: primeras interpretaciones administrativas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2020.

34. Disposición transitoria 13ª TRET que fijaba una aplicación progresiva de este precepto, diferente para los años 2019, 2020 y 2021.

35. Romero Burillo, A.M.: "De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el RD-Ley 6/2019", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019, pp. 63-88.

cuando se trate del otro progenitor. El resto de los periodos podrán disfrutarse hasta el cumplimiento de los doce meses del hijo o hija, debiendo comunicar a la empresa cada periodo semanal o acumulado, con una antelación mínima de quince días.

Se trata de un derecho individual de cada trabajador sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor³⁶. Mediante esta cualidad de no transferencia entre progenitores el legislador pone de manifiesto que la función principal del permiso es la corresponsabilidad y no el cuidado del menor³⁷, ya que si así fuera, nada impediría que pudiera disfrutarlo la madre en su totalidad³⁸. Esta circunstancia también justifica el cambio de nomenclatura³⁹.

Únicamente podrán beneficiarse del permiso aquellas personas incluidas en cualquier régimen de Seguridad Social, independientemente de su sexo, que disfruten de los descansos establecidos, siempre que acrediten, además del resto de requisitos dispuestos en la normativa vigente⁴⁰, un periodo mínimo de cotización que varía según la edad del beneficiario en el momento de acceso a la prestación⁴¹.

Si la persona trabajadora tiene menos de veintiún años de edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización. Si la persona trabajadora tiene cumplidos veintiún años de edad y es menor de veintiséis en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

Por último, si la persona trabajadora tiene cumplidos veintiséis años de edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de ciento ochenta días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente,

36. Sobre la aplicación en familias monoparentales se recomienda la lectura de: Ballester Pastor, I.: "Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2021.

37. Gorelli Hernández, J.: "La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 20, 2019, pp. 47-70.

38. Ballester Pastor, M. A.: "EL RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el Diablo en la Tierra del Sol", *Temas Laborales*, 2019, núm. 146, p. 27.

39. Blasco Lahoz, J. F.: "Las medidas adoptadas en materia de protección social como consecuencia de la COVID-19", *Trabajo y Derecho*, núm. extra 12, 2020.

40. Alonso-Olea García, B.: *Derecho de la protección social: derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2020.

41. Canvas Martínez, F.: "Prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor: Criterios administrativos y primeras experiencias judiciales", García Romero, B. y López Anierte, M. C. (coords.): *Protección social del trabajo de cuidados*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 75-110.

acredita trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

Aquellas personas que han realizado cotizaciones en países extranjeros sólo podrán beneficiarse de la totalización de periodos para alcanzar la carencia requerida si existe un acuerdo o convenio internacional que recoja en su ámbito de aplicación material la prestación por nacimiento y cuidado del menor en los mismos términos establecidos en nuestro país. Es decir, las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad contributivas han sido suprimidas y sustituidas por la nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor que, con una regulación diferente a las anteriores, tiene que encontrar su encaje dentro los instrumentos internacionales ratificados por España.

III. LA PROTECCIÓN AL NACIMIENTO DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA

A. La coordinación de sistemas de seguridad social en europa

La Unión Europea carece de un sistema propio de Seguridad Social. Todos los países han conservado su autonomía reguladora en materia de prestaciones, mientras que la Unión Europea ha impulsado una política comunitaria basada en la coordinación y representada en los actuales Reglamento (CE) 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social⁴² y el Reglamento (CE) 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009⁴³, que se han convertido en los elementos esenciales para proteger la libre circulación de trabajadores regulada en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE (también en el 21.1).

Establece el artículo 48 del TFUE⁴⁴ que tanto el Parlamento como el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes⁴⁵: a) la acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de estas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados Miembros (también se incluye en el 352 TFUE).

42. Que ha sido modificado por el Reglamento (CE) 988/2009, de Parlamento Europeo y el Consejo, de 16 de septiembre de 2009; Reglamento (UE) 1244/2010, de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010; Reglamento (UE) 465/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012; Reglamento (UE) 1224/2012, de la Comisión, de 28 de diciembre de 2012; Reglamento (UE) 517/2013, del Consejo, de 13 de mayo de 2013 y Reglamento (UE) 1372/2013, de la Comisión, de 19 de diciembre de 2013.

43. Que ha sido modificado por el Reglamento (UE) 1244/2010, de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010; Reglamento (UE) 465/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012; Reglamento (UE) 1224/2012, de la Comisión, de 28 de diciembre de 2012 y Reglamento (UE) 1372/2013, de la Comisión, de 19 de diciembre de 2013.

44. <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

45. Lozano Lares, F.: *La protección social de las personas migrantes*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 32.

Por su parte, el artículo 151 TFUE establece que, tanto la Unión Europea como los Estados miembros, teniendo presentes los derechos sociales fundamentales indicados en la Carta Social Europea, firmada en Turín en 1961 y en la Carta Comunitaria de todos los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, tendrán como objetivo, entre otros, una protección social adecuada. Este artículo se completa con lo dispuesto en el 156 TFUE que dispone la facultad de la Comisión para fomentar la colaboración entre los Estados miembros y facilitar la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social, particularmente en materia de Seguridad Social.

Fruto de estas facultades nacen los Reglamentos Comunitarios que garantizan la coordinación de sistemas ante la independencia nacional en el desarrollo normativo. Así, el Considerando 1 del Reglamento 883/2004 dispone que las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social forman parte del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de estas. Añadiendo el Considerando 13 que las normas de coordinación deben garantizar a las personas que se desplazan dentro de la Comunidad, incluyendo personas a su cargo y supérstites, el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, siempre que exista un elemento transfronterizo.

En materia de armonización las disposiciones son más limitadas y se han centrado en materias concretas como la igualdad de trato o la seguridad y salud laboral.

B. Principios informadores de los reglamentos comunitarios

La correcta aplicación del Derecho Comunitario garantiza en los trabajadores una serie de derechos. Los Reglamentos Comunitarios prevalecen sobre el derecho nacional y tienen carácter de ley, no pudiendo las autoridades nacionales modificar su contenido o efectuar una aplicación fragmentada. Los Reglamentos son directamente aplicables en todos los Estados miembros, respetando siempre las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social (considerando 4 del Reglamento 883/2004).

Una de las principales garantías de estos instrumentos de coordinación es la de preservar la igualdad de trato⁴⁶, es decir, los sujetos comprendidos en su campo de aplicación tendrán los mismos derechos y obligaciones⁴⁷ que los nacionales del Estado miembro competente (art. 4 del Reglamento 883/2004). Se prohíbe así cualquier tipo de discriminación directa o encubierta⁴⁸, cuya razón última se fundamenta principalmente en criterios de nacionalidad⁴⁹.

En cuanto al ámbito subjetivo, determina el artículo 2 que su aplicación se circunscribe a los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza, a los apátridas o refugiados residentes en uno de estos estados, así

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

47. STJUE C-134/2018, de 14 de marzo de 2019, *Vester*.

48. STJUE C-523/2013, de 18 de diciembre de 2014, *Larcher*.

49. Recio Laza, A. M.: *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, p. 71.

como a sus familiares y supérstites. En virtud del Reglamento (CE) 1231/2010, también serán aplicables a los nacionales de terceros países y a sus familiares, siempre que acrediten la legalidad de la residencia en un Estado miembro. Por otro lado, será posible la asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos ocurridos en el territorio de otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en el propio, salvo lo dispuesto para el principio de totalización y siempre que los resultados objetivos estén justificados (art. 5 del Reglamento 883/2004, matizado por los arts.10, 11 y 12)⁵⁰. Se incluyen, además, los principios de supresión de cláusulas de residencia (art. 7), no acumulación de prestaciones (art. 10) o única legislación aplicable (art. 15). Por último, el principio de totalización de periodos⁵¹ del artículo 6 garantiza la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones mediante la consideración de periodos de seguro cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, en la medida necesaria, como si se tratara de periodos propios. Para que estos períodos tengan valor deben ser reconocidos por la legislación nacional⁵² bajo la que hayan sido realizados.

Por tanto, para que el solicitante de una prestación de nacimiento o cuidado de menor en España al amparo de la nueva normativa pueda acogerse a estos principios rectores, es necesario conocer si la prestación se encuentra contenida en el campo de aplicación material de los Reglamentos Comunitarios o no.

C. ¿Puede considerarse incluida dentro del campo de aplicación material de los reglamentos comunitarios, la prestación por nacimiento y cuidado del menor tras la nueva regulación?

La Directiva pionera fue la 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), garantiza el acceso a las trabajadoras de un permiso de maternidad de al menos catorce semanas ininterrumpidas, antes y/o después del parto, con arreglo a las prácticas nacionales⁵³. El bien jurídico protegido por esta Directiva europea, y posteriores, no es otro que la recuperación física y psicológica de la madre tras el parto⁵⁴. No será hasta la regulación posterior de los permisos parentales cuando se proteja el interés del menor y su necesidad de cuidados durante las primeras semanas (de los que se hace copartícipe al padre), además de la estabilidad en el empleo de las personas que interrumpen su actividad laboral por este motivo⁵⁵.

50. Interesante reflexión en García de Cortázar y Nebreda, C.: "Principio de asimilación en el Reglamento 883/04", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 3, núm. 1, 2018, pp. 3-15.

51. En los artículos 69.4 del Tratado del Carbón y el Acero, el artículo 51 del Tratado de Maastricht y el artículo 42 del Tratado de Ámsterdam se encuentra plasmado el principio de totalización.

52. TJCE C-41/1977, de 9 de noviembre de 1977.

53. Guerrina, R.: *Mothering the Union*, Manchester University Press, London, 2010.

54. Como ejemplo, STJUE C-5/2012, de 19 de septiembre de 2013, *Betriu Montull*,

55. Pérez Campos, A. I.: "La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XLVII, 2014, p. 179.

El permiso por paternidad (parental o del otro progenitor) se encuentra en la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo⁵⁶, que regulaba la existencia del permiso parental como herramienta para favorecer la corresponsabilidad⁵⁷.

No fue sino hasta la efectividad de los Reglamentos 988/2009, de 16 de septiembre, y el Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre⁵⁸, cuando se incluiría en el campo de aplicación material europeo la prestación de paternidad con efectos del 1 de mayo de 2010, aplicándose desde esa fecha, en caso de ser necesario, el principio de totalización de los periodos de seguro acreditados en la Unión Europea, estados parte del Espacio Económico Europeo y Suiza. También le será aplicable el principio de exportación y será abonada a cargo de un único país, como se venía haciendo para la prestación de maternidad.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 3.1.b) del Reglamento 883/2004, las prestaciones de maternidad y de paternidad⁵⁹ asimiladas se encuentran dentro del campo de aplicación material (lista cerrada) de los Reglamentos, y se caracterizan por tratarse bien de prestaciones en metálico, bien por ser prestaciones en especie. Por tanto, salvo disposición en contrario del Anexo XI, esta garantía será aplicable a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos⁶⁰.

Resulta cierto que la protección a la familia no es competencia de la Unión Europea, sino de cada uno de los Estados Miembros que la forman. Este hecho provoca un problema: la comparación internacional de los permisos es difícil porque las denominaciones y coberturas no son homogéneas⁶¹: maternidad (los más parecidos entre sí), paternidad (con notables diferencias en cada país en cuanto a su carácter individual e intransferible⁶²) o cuidado parental, se han ido construyendo según la historia particular de cada país y presentan características diferentes⁶³ en cuanto a la titularidad

56. Cuya precursora fue la Directiva europea 96/34/CE relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental, que fue el origen de la posibilidad en el ordenamiento jurídico español que hasta diez de las dieciséis semanas de la baja maternal pudieran cederse al padre. La Directiva de 2010 fue la primera en establecer permisos diferenciados para ambos progenitores.

57. Núñez-Cortés Contreras, P.: "La maternidad y la paternidad en el derecho de la Unión Europea", *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2011.

58. Que modificaron el 883/2004.

59. García de Cortázar y Nebreda, C.: "El campo de Aplicación del Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 64, 2006, p. 61. Ya se adelantaba a lo que estaba por venir, indicando en 2006 que la nueva inclusión en los Reglamentos Comunitarios de las prestaciones de paternidad no era mera formalidad, sino que se trataba de una protección que poco a poco se iría imponiendo en Europa.

60. STJUE C-266/2013, de 19 de marzo de 2015, *Kik y Staatssecretaris van Financiën*.

61. Corte Rodríguez, M.: "El permiso parental en la Unión Europea: de la antigua a la nueva directiva", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012, p. 197.

62. Castro García, C. y Pazos Morán, M.: "Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual", en Pazos, M. (ed.): *Economía e igualdad de género: retos de la hacienda pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, p. 192.

63. Castro García, C. y Pazos Morán, M.: "Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual", ob. cit., p. 189.

del derecho, remuneración⁶⁴, agente remunerador, grado de individualidad, obligatoriedad, duración⁶⁵, derechos sociales asociados o flexibilidad en el uso.

Aunque en referencia a la acumulación de prestaciones del artículo 10 del Reglamento 883/2004, cabe recordar que el propio TJUE entiende que, independientemente de las características propias de las diferentes normativas nacionales, las prestaciones de Seguridad Social deben considerarse de la misma naturaleza cuando su objeto y su finalidad, así como su base de cálculo y los requisitos para su concesión sean idénticos. Por el contrario, las características puramente formales no son elementos pertinentes para clasificar las prestaciones⁶⁶.

Esta dificultad queda superada por lo dispuesto en el Considerando 19 que establece que, dado que en algunos supuestos las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas pueden ser disfrutadas tanto por la madre como por el padre y que, en este último caso, la naturaleza de estas prestaciones es distinta de las prestaciones parentales y puede asimilarse a las prestaciones de maternidad *strictu sensu* por concederse durante los primeros meses de vida del recién nacido, resulta conveniente una regulación conjunta de las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas.

D. Conclusión primera

Por todo ello, puede concluirse que las prestaciones de maternidad y paternidad (del otro progenitor) se encuentran expresamente incluidas en el ámbito de aplicación material de los Reglamentos comunitarios por lo que la prestación por nacimiento y cuidado del menor también lo está. Es decir, que los principios informadores que conforman los Reglamentos europeos (sobre todo en lo que respecta a la totalización de periodos) son plenamente aplicables a las nuevas prestaciones por nacimiento vigentes en España desde el 1 de enero de 2019, siempre que el solicitante cumpla con el resto de los requisitos exigidos por la normativa nacional⁶⁷.

64. Jover Ramírez, M. C.: "La coordinación de las prestaciones de maternidad y paternidad asimiladas, diferenciando entre el régimen aplicable a las prestaciones en metálico y en especie", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 265-280.

65. <https://www.epdata.es/duracion-prestaciones-maternidad-paternidad-paises-ocde/3767a979-5feb-4bc8-ae0f-fb1d70591d4a>. Duración de las prestaciones por maternidad y paternidad en los países de la OCDE.

66. STJUE C-347/2012, de 8 de mayo de 2014, *Wiering*.

67. Artículo 46.1 del Reglamento 987/2009, deberán cumplirse los requisitos de la legislación interna que aplique la institución mencionada en el artículo 45, apartado 1 o 4, del Reglamento de aplicación.

IV. LA PROTECCIÓN AL NACIMIENTO DENTRO DE LOS CONVENIOS BILATERALES FIRMADOS POR ESPAÑA

A. La coordinación de sistemas de seguridad social fuera de europa

Los Convenios Bilaterales fueron los primeros instrumentos nacidos para la coordinación de las legislaciones sociales de dos o más países y suponen el germen del derecho internacional de la Seguridad Social tal y como lo conocemos hoy.

Actualmente España tiene suscritos convenios bilaterales con veinticuatro países a los que acaba de unirse recientemente Senegal. Antes de los Reglamentos 1408/1971 y 572/1972, España también tenía suscritos convenios con los países que formaban parte de las Comunidades Europeas, salvo Dinamarca, Grecia e Irlanda. Estos antiguos Convenios Bilaterales continúan vigentes en la parte que no haya sido sustituida por la nueva normativa y aquellas otras partes objeto de reserva por el Anexo II del Reglamento 883/2004. Los Convenios Bilaterales y Multilaterales, al igual que ocurre con los Reglamentos Europeos, prevalecen sobre el derecho interno nacional, presentando así un mayor nivel de eficacia en la protección de los derechos de los trabajadores migrantes⁶⁸.

Todos los Convenios Bilaterales tienen una estructura parecida, variando sólo su extensión en proporción a su contenido. Los principios informadores que los regulan son similares, y contemplan: la igualdad de trato, la determinación de la legislación aplicable, la conservación de derechos adquiridos o en curso de adquisición, colaboración administrativa o afectación automática de legislaciones coordinadas. Cuando España firma un Convenio Bilateral busca el amparo recíproco de sus trabajadores migrantes a la vez que asegura la protección de aquellos trabajadores extranjeros en su propio suelo⁶⁹. Aun así, nuestro país presenta la particularidad de ser uno de los que mantiene un mayor número de Convenios suscritos con países en vías de desarrollo⁷⁰ con sistemas de Seguridad Social menos avanzados que el español.

Aunque el principio de igualdad de trato está recogido expresamente en todos los Convenios Bilaterales, no siempre tiene el mismo significado. Cada Convenio Bilateral es independiente para incluir personas, normalmente nacionales de los Estados contratantes que hayan trabajado en uno o ambos Estados y a los miembros beneficiarios de sus familias y supérstites⁷¹; otros Convenios incluyen, además, a los refugiados y apátridas con residencia en uno de los dos Estados (Filipinas o Marruecos). Otros

68. Miaja de la Muela, A.: "La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho Internacional y Derecho Comunitario europeo", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 1, núm. 3, 1974, pp. 987-1030.

69. Llamosas Trápaga, A.: "Los Convenios Bilaterales suscritos por España en materia de Seguridad Social", en Arrieta Idiákez, F. J. (coord.): *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 121-182.

70. Sánchez Carrión, J. L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario", ob. cit., p. 18.

71. Correa Carrasco, M.: "El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones", en Correa Carrasco, M. (coord.): *La protección social en las relaciones Laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 23.

protegen a los trabajadores en general, independientemente de su nacionalidad (Andorra o Argentina) y algunos utilizan el término *persona* (Australia o Japón).

En cuanto a los períodos incluidos en el principio de totalización, todos los Convenios hacen referencia a aquellos periodos de seguro, de cotización, de empleo o de trabajo que así se consideren por la legislación de cada una de las partes contratantes bajo las que hubieran sido realizados. Cada parte contratante reconocerá el derecho a prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en su propia legislación.

Al igual que ocurre entre los países europeos, existen grandes diferencias de cobertura social que se producen principalmente por causas económicas y que tienen que ver con el nivel de desarrollo de cada país. El grado de cobertura incluido en el Convenio suscrito va a depender principalmente de la reciprocidad que pueda obtenerse del otro país.

B. Convenios que incluyen la prestación por maternidad en su ámbito de aplicación

Normalmente los Convenios Bilaterales cubren la mayor parte de las prestaciones a excepción de las no contributivas y presentan limitaciones en asistencia sanitaria o prestación de desempleo.

Los que prevén expresamente la prestación de maternidad dentro de su ámbito material de aplicación son los firmados con Andorra⁷², Argentina⁷³, Australia⁷⁴, Chile⁷⁵, Ecuador⁷⁶, Filipinas⁷⁷, Marruecos⁷⁸, Paraguay⁷⁹, Perú⁸⁰, República Dominicana⁸¹, Rusia⁸², Túnez⁸³, Ucrania⁸⁴, Uruguay⁸⁵ y Venezuela⁸⁶. Ninguno de ellos contempla la

72. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001.

73. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Madrid el 28 de enero de 1997.

74. Convenio entre España y Australia sobre Seguridad Social, hecho en Madrid el 31 de enero de 2002.

75. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, hecho en Madrid el 28 de enero de 1997.

76. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador, hecho en Madrid el 4 de diciembre de 2009.

77. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 de noviembre de 2002.

78. Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979.

79. Convenio de Seguridad Social entre la República de Paraguay y el Reino de España de fecha 24 de junio de 1998.

80. Convenio, apartado 1 sobre Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Perú, suscrito el 16 de junio de 2003.

81. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 1 de julio de 2004.

82. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 11 de abril de 1994.

83. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, hecho en Túnez el 26 de febrero de 2001.

84. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y Ucrania, hecho en Madrid el 7 de octubre de 1996.

85. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 1 de diciembre de 1997.

86. Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, firmado en Caracas el 12 de mayo de 1988.

paternidad expresamente. Si bien es verdad que la mayoría de los Convenios fueron firmados mucho antes de que la Ley 3/2007 introdujera la protección a la paternidad (del otro progenitor) en el ordenamiento jurídico español, no parece que haya existido una voluntad clara de ampliar la cobertura.

Estos Convenios regulan la totalización de periodos de seguro para la adquisición del derecho a la maternidad. La prestación será abonada por un único Estado. En todos los Convenios se regula el principio de exportación salvo el convenio hispano australiano, que expresamente establece que no le es de aplicación este principio a esta prestación. El ámbito subjetivo de los Convenios con Argentina, Australia, Brasil, Paraguay y Uruguay extiende la cobertura a los trabajadores de cualquier nacionalidad. El resto únicamente a los trabajadores nacionales de los países firmantes.

Existen países que, después de la firma del Convenio con España, han incluido la paternidad en su esfera protectora (como es el caso de Andorra), pero no han ampliado la cobertura de sus respectivos Convenios Bilaterales. Otros países, si bien incluyen determinados permisos o licencias por nacimiento para el otro progenitor en su propio ordenamiento jurídico, carecen de un subsidio propiamente dicho que pudiera ser exportable (como Perú, Ecuador o Filipinas). Argentina, por ejemplo, a pesar de que desde el año 2001 ha introducido un variado catálogo de prestaciones relacionadas con el nacimiento y cuidado de hijos⁸⁷, dentro del Convenio establece expresamente que su ámbito de aplicación material se circunscribe al régimen de Asignaciones Familiares en lo que se refiere exclusivamente a la Asignación por Maternidad (art. 2).

En el artículo 2 del Convenio con Rusia, se habla de prestaciones por incapacidad laboral transitoria, embarazo y parto, natalidad, cuidado del niño y subsidio por defunción. También de prestaciones familiares y maternidad. A pesar de que en la normativa interna de este país parecen existir subsidios por nacimiento para el otro progenitor, el propio Convenio en su artículo 3 indica que los términos y expresiones utilizados tienen el significado que se les atribuye por la legislación de la correspondiente parte contratante. Si nos retrotraemos a la normativa española de la fecha de firma y ratificación (1994-1995), nada indica que deba ser tenida en cuenta una prestación diferente a la maternidad vigente en aquel momento. Llama la atención que tanto Rusia como Ucrania incorporan determinadas prestaciones por cuidado del niño y prestaciones sociales que no tienen equivalencia exacta en nuestro sistema contributivo de Seguridad Social⁸⁸.

87. Normativa | Argentina.gob.ar

88. Sánchez Carrión, J. L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario", ob. cit.

C. ¿Puede considerarse incluida dentro del campo de aplicación material de los convenios bilaterales suscritos por España, la prestación por nacimiento y cuidado del menor tras la nueva regulación?

Como hemos visto, ninguno de los Convenios Bilaterales suscritos por España que contemplan la prestación de maternidad incluyen expresamente la prestación de paternidad (o del otro progenitor) dentro de su ámbito de aplicación material.

Para evitar las posibles modificaciones ordinarias de los Convenios, derivadas de la ampliación de los Sistemas de Seguridad Social a nuevas ramas, regímenes o grupos de beneficiarios, se han incluido una serie de previsiones de futuro mediante la adopción de fórmulas diversas⁸⁹: extender su aplicación a las disposiciones legales que en el futuro modifiquen o complementen las recogidas en el Convenio Bilateral firmado (Marruecos o Argentina); extender el Convenio a aquellas disposiciones legales que establezcan un nuevo régimen especial de Seguridad Social o que incluyan, dentro de los regímenes vigentes, a nuevas categorías de personas cuando las partes contratantes así lo acuerden (principio recogido en el artículo 3 de todos los Convenios Bilaterales que incluyen prestaciones de maternidad); o bien, extender el ámbito de aplicación a otras categorías de beneficiarios, únicamente si la autoridad competente de una parte no comunica su objeción a la otra parte, dentro de un plazo prefijado desde la notificación; o cuando la otra parte no se oponga o cuando las partes así lo acuerden.

Teniendo en cuenta los criterios de reciprocidad que España suele asegurarse generalmente en la firma de cualquier Convenio Bilateral y el desembolso económico que puede suponer ampliar la totalización de periodos a efectos de la nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor, resulta completamente necesario que, como paso previo e indispensable, se negocie la inclusión expresa de las prestaciones por nacimiento (la paternidad en particular o la protección a las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor en general) en los Convenios Bilaterales suscritos por nuestro país.

D. Conclusión segunda

Si atendemos a las circunstancias y pactos que llevaron a los firmantes a suscribir los Convenios Bilaterales, el Reino de España no puede apartarse de sus obligaciones internacionales realizando modificaciones unilaterales mediante normativa interna, aunque esta normativa revista la forma de Real Decreto-ley. Por tanto, los Convenios Bilaterales se mantendrán vigentes en los términos pactados hasta producirse la correspondiente revisión según los instrumentos indicados para ello⁹⁰.

89. *Ibídem*.

90. En la misma línea STS 198/2021, de 15 de febrero de 2021. Sala de lo social. recurso 2582/2018 respecto de la exigibilidad del requisito de residencia en España para ser beneficiario del complemento a mínimos.

El Real Decreto-Ley 6/2019 ha establecido la plena equiparación de los derechos de ambos padres, pero, como hemos visto, con una finalidad diferente para aquellos progenitores diferentes de la madre biológica. Al carecer todos estos Convenios Bilaterales de cláusulas de equiparación de permisos (como sí lo hace el Reglamento 883/2004), no cabe más que afirmar que sólo será posible su aplicación cuando la prestación de nacimiento se refiera exclusivamente a los supuestos contemplados en la tradicional prestación de maternidad.

Indican los Convenios Bilaterales señalados que las prestaciones económicas derivadas de la maternidad serán reconocidas por el país en que esté asegurado el beneficiario teniendo en cuenta, si fuera necesario, los periodos de seguro realizados en el otro país, siempre que no se superpongan. Por tanto, si para el reconocimiento de una prestación por nacimiento y cuidado de menor en España hubiera que acudir a la totalización de periodos, no será posible hacerlo si se trata de países con Convenio Bilateral en los términos actuales, salvo que se trate de los supuestos previstos en la anterior prestación de maternidad.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la totalización de periodos sólo opera cuando el trabajador que ha prestado servicios en otros países diferentes de España no pueda causar la prestación de nacimiento con las cotizaciones realizadas exclusivamente en nuestro país y haya que acudir al sistema de *pro rata temporis*⁹¹, nada impide al trabajador (diferente de la madre biológica) que sí presenta cotizaciones españolas suficientes, acceder a la prestación de nacimiento y cuidado del menor siempre que reúna el resto de los requisitos establecidos.

Bibliografía

- Alonso-Olea García, B.: *Derecho de la protección social: derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2020.
- Aragón Gómez, C.: "La prestación por nacimiento y cuidado de menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 219, 2019
- Ballester Pastor, I.: "Las familias monoparentales tienen derecho a la misma prestación por nacimiento y cuidado de hijos que las familias biparentales. Las normas deben velar por la protección del menor, lo que no cuadra con el diseño de un derecho individual e intransferible de cada progenitor", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2021.
- Ballester Pastor, M. A.: "EL RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el Diablo en la Tierra del Sol", *Temas Laborales*, núm. 146, 2019.
- Barrios Baudor, G. L.: "Prestación por nacimiento y cuidado del menor: primeras interpretaciones administrativas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2020.

91. Principio al que se achaca la fracturación absoluta del principio de unicidad legislativa. Dans Álvarez de Sotomayor, L.: "Coordinación europea en materia de Seguridad Social: reglas de funcionamiento y principios aplicables", *Trabajo y Derecho*, núm. 35, 2017, pp. 58-68.

- Barrios Baudor, G. y Lasaosa Irigoyen, E.: "Examen de la titularidad femenina del permiso de maternidad española a la luz del derecho social comunitario", en Areta Martínez, M. y Sempere Navarro, A. V. (dirs.): *Cuestiones actuales de Derecho Social Comunitario*, Laborum, Murcia, 2009.
- Blasco Lahoz, J. F.: "Las medidas adoptadas en materia de protección social como consecuencia de la COVID-19", *Trabajo y Derecho*, núm. extra 12, 2020.
- Canvas Martínez, F.: "Prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor: Criterios administrativos y primeras experiencias judiciales", en García Romero, B. y López Aniorte, M. C. (coords.): *Protección social del trabajo de cuidados*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- Carrascosa Bermejo, M. D.: "Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales", en Nogueira Guastavino, M. et al. (coords.): *Lecciones de Derecho social de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- Castro García, C. y Pazos Morán, M.: "Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual", en Pazos, M. (ed.): *Economía e igualdad de género: retos de la hacienda pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008.
- Correa Carrasco, M.: "El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones", en Correa Carrasco, M. (coord.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.
- Corte Rodríguez, M.: "El permiso parental en la Unión Europea: de la antigua a la nueva directiva", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012.
- Dans Álvarez de Sotomayor, L.: "Coordinación europea en materia de Seguridad Social: reglas de funcionamiento y principios aplicables", *Trabajo y Derecho*, núm. 35, 2017.
- De la Fuente Lavín, M.: "Pensiones mínimas y no contributivas: los casos de Francia y España", en VV.AA.: *Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "El campo de aplicación del Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 64, 2006.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "Principio de asimilación en el Reglamento 883/04", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 3, núm. 1, 2018, DOI: <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i01.02>.
- Gorelli Hernández, J.: "La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia", *Revista de Derecho de la Seguridad Social - Laborum*, núm. 20, 2019.
- Guerrina, R.: *Mothering the Union*, Manchester University Press, London, 2010.
- Jimeno Jiménez, F. M.: "La coordinación de las prestaciones de asistencia personal en el Derecho de la Unión Europea", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2021, DOI: <https://doi.org/10.12795/e-rips.2021.i01.04>.
- Jover Ramírez, M. C.: "La coordinación de las prestaciones de maternidad y paternidad asimiladas, diferenciando entre el régimen aplicable a las prestaciones en metálico y en especie", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021.
- López Aniorte, M. C.: "Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018.
- Lozano Lares, F.: *La protección social de las personas migrantes*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- Llamosas Trápaga, A.: "Los Convenios Bilaterales suscritos por España en materia de Seguridad Social", en Arrieta Idiákez, F. J. (coord.): *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- Maldonado Molina, J. A.: "El régimen jurídico de las prestaciones españolas no contributivas de jubilación e invalidez y su coordinación en el Reglamento 883/2004", en VV.AA.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el derecho internacional*, Laborum, Murcia, 2017.
- Martínez Martínez, V. L.: "La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 2, 2017, DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp177-209](https://doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp177-209).

- Miaja de la Muela, A.: "La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho Internacional y Derecho Comunitario europeo", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 1, núm. 3, 1974.
- Miranda Boto, J. M.: "El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.): *El Reglamento Comunitario 1408/71: nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008.
- Núñez-Cortés Contreras, P.: "La maternidad y la paternidad en el derecho de la Unión Europea", *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2011.
- Ojeda Avilés, A.: "La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009.
- Ordoñez Pascua, N.: "Los modelos europeos de rentas mínimas: Avanzando en el modelo de bienestar a través de la modalidad no contributiva de la Seguridad Social", en *VV.AA.: Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021.
- Panizo Robles, J. A.: "La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 34, 2002.
- Pérez Campos, A. I.: "La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 47, 2014.
- Recio Laza, A. M.: *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley - Actualidad, Madrid, 1997.
- Romero Burillo, A. M.: "De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el RD-Ley 6/2019", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019.
- Sánchez Carrión, J. L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 47, 2003.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusula de residencia", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del capítulo 8 del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 32, 2012.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sinopsis del Reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E. (coords.): *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada. Retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2015.
- Sánchez-Urán Azaña, M. Y.: "Las prestaciones económicas vinculadas al nacimiento de hijos y protección a la familia (de las prestaciones familiares a la prestación familiar)", en *VV.AA.: Seguridad Social para todas las personas. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021.
- Sempere Navarro, A. V.: "Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2004.



Las personas mayores jubiladas y desplazadas en el territorio comunitario. Una revisión de mecanismos jurídicos articulados para salvar el abismo de la pobreza*

MOVED PENSIONERS IN THE EU TERRITORY. A REVISION OF THE LEGAL MECHANISMS TO SAVE THE POVERTY ABYSS

María Salas Porras

Profesora Titular de Universidad

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

mariasalas@uma.es  0000-0002-1146-6880

Recibido: 07.06.2022 | Aceptado: 16.11.2022

RESUMEN

El estudio que de seguida se presenta tiene como objetivo fundamental realizar una relectura de las medidas de sostenimiento económico articuladas desde el ordenamiento jurídico español respecto de las personas mayores que han hecho uso del derecho a la libertad de circulación y establecimiento en el territorio comunitario. A través de esta foto fija es nuestra intención reflexionar acerca de su idoneidad cuando lo que se persigue es una vejez digna independientemente del país de origen del ciudadano solicitante.

ABSTRACT

The study that is presented below has as its main objective to carry out a re-reading of the economic support measures articulated by the Spanish legal system regarding the elderly who have made use of the right to freedom of movement and establishment in the community territory. Through this still photo, we intend to reflect on its suitability when what is sought is a dignified old age regardless of the country of origin of the applicant.

PALABRAS CLAVE

Ciudadano europeo
jubilado
Envejecimiento digno
Libertad de circulación y establecimiento
España

KEYWORDS

European pensioners
Decent ageing
Freedom of movements and establishment
Spain

* El estudio que se publica ha sido objeto de discusión y defensa oral previa en las II Jornadas Internacionales “Las fronteras de la Seguridad Social en la Unión Europea y en Iberoamérica”, organizadas por Acciones de Dinamización “Redes de Investigación” 2018. Ayuda RED2018-102508-financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

SUMARIO

- I. I. INTRODUCCIÓN
- II. II. MEDIDAS COMUNITARIAS PARA CONJURAR LA POBREZA EN LA VEJEZ
- III. III. PENSIONISTAS JUBILADOS EN ESPAÑA: ORDENACIÓN JURÍDICO-NORMATIVA DE ACTUACIONES PARA GARANTIZAR SU SOSTENIMIENTO ECONÓMICO
 - A. Acciones destinadas a pensiones contributivas: el complemento por mínimos y otras medidas
 - B. Acciones destinadas a pensiones no contributivas
 - C. Actuaciones desarrolladas por el ámbito competencial autonómico
- IV. CONCLUSIONES
 - Bibliografía
 - Referencias informáticas
 - Anexos

I. INTRODUCCIÓN

El envejecimiento poblacional, del que también está siendo víctima España, es un fenómeno cuya radiografía puede presentarse en este capítulo introductorio desde variopintas perspectivas. Para el caso español y conforme a los datos publicados por Eurostat en abril de 2022¹, seis millones setecientas mil personas –de los nueve millones ochocientos mil ciudadanos pensionistas– perciben una pensión por jubilación por razón de la edad, lo cual se traduce en términos monetarios en el abono de 7.807,9 millones de euros².

La situación, lejos de lo que pudiera pensarse, en absoluto resulta destacable si la comparamos con la media comunitaria y con algunos países de nuestro entorno. Así, salvando los casos de Grecia y Portugal que no superan los dos millones, Italia se las compone con sus quince millones de pensionistas por jubilación, Francia se enfrenta a la friolera de dieciséis millones setecientos mil y, alarmantemente, Alemania hace lo correspondiente con sus diecinueve millones seiscientos mil jubilados por edad³. De esta forma se cumplen las predicciones del Eurostat en 2019 conforme a las cuales el porcentaje de personas de 80 años o más se multiplicaría por 2,5 entre 2019 y 2020, pasando del 5,8 % al 14,6 %⁴.

En unas jornadas internacionales como estas, centradas en la discusión sobre “Las Fronteras de la Seguridad Social en la Unión Europea y en Iberoamérica” lo trascendente de aquellas cifras, además de congratularnos por incrementar exponencialmente la esperanza de vida, no es tanto la cantidad de supervivientes, sino ofrecer algunas reflexiones sobre la articulación –si es que existiera– de mecanismos que garanticen el sostenimiento económico de este concreto sector poblacional. Y ello porque, conforme al reciente informe de la OCDE “Pensions at a Glance 2021” la pobreza

1. Se recomienda consultar los cuadros rubricados como Anexos II y III en este estudio.
2. Se recomienda consultar el cuadro rubricado como Anexo IV en este estudio.
3. Se recomienda consultar, de nuevo, los cuadros rubricados como Anexos II y III en este estudio.
4. Se recomienda consultar el cuadro rubricado como Anexo I en este estudio.

del colectivo es un riesgo más que un peligro, cuya materialización es directamente proporcional al incremento de las edades de la ciudadanía. Así, mientras que países como España⁵, Dinamarca, Francia o Grecia han conseguido reducir el riesgo de pobreza entre este sector, otros como Polonia, Suecia, Chequia o Finlandia presentan datos en absoluto esperanzadores. Si a ello sumamos que, conforme a los datos de la Seguridad Social española⁶, casi quinientas mil de las pensiones calculadas al amparo de la norma internacional tienen como objeto la jubilación, podría justificarse que hallamos optado por el estudio de este tema, dado que la problemática no tiene visos de disminuir sino de acrecentarse. El exordio publicado por la ONU en el mes de marzo pasado no hace sino apuntalar esta afirmación. En él se plantea sin remilgos a Europa que “integre el envejecimiento en todas sus políticas”⁷. Entre ellas, las destinadas a promover y garantizar la libertad de circulación se revelan especialmente trascendentes por permitir ejercitar un derecho que define esencialmente al ciudadano europeo. No existe ciudadanía comunitaria si la circulación y el establecimiento de sus residentes se obstaculiza, de modo que pensar en su ejercicio también en la etapa posterior a la vida activa⁸ no habría de resultar descabellado.

Con estos mimbres, es nuestro objetivo presentar el estado de la cuestión en España, concretamente la ordenación jurídico-normativa de las medidas adoptadas por nuestro país para conjurar la pobreza entre la ciudadanía perteneciente al grupo de la tercera edad, dedicando especial atención a los supuestos de desplazamiento intracomunitario. De ahí que el estudio se estructure en dos grandes apartados. El primero se destina a presentar el marco jurídico-normativo del que disponemos a nivel comunitario en materia de protección contra la pobreza en la vejez. Y, desde esta plataforma privilegiada, abordamos el segundo centrado en conocer este mismo contexto a nivel nacional. Las reflexiones finales se incluyen en el apartado destinado a las conclusiones, al que siguen las referencias bibliográficas, informáticas y algunos anexos que sostienen los datos ofrecidos a lo largo del estudio.

II. MEDIDAS COMUNITARIAS PARA CONJURAR LA POBREZA EN LA VEJEZ

El que las personas mayores puedan llevar una vida digna e independiente y participar en la vida social y cultural se presenta, desde el artículo 25 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como derecho informador de las actuaciones

5. Tristemente en la página 187 de este informe también se pone a España como ejemplo de reversión de los niveles de pobreza hacia sus sectores poblacionales de jóvenes.

6. Datos facilitados por Díaz Mordillo en su “La consideración jurídica de la pensión extranjera a efectos del complemento de mínimos”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 2, 2021, p. 49, nota a pie núm. 23. Artículo disponible en <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.03>.

7. El entrecomillado ha sido extraído de la sección “Mirada Global Historias Humanas” publicado por la ONU y accesible a través de la web <https://news.un.org/es/story/2021/03/1489612>, último acceso a fecha de 16 de mayo de 2022.

8. Un estudio completo de los efectos del desplazamiento cuando se está prejubilado es el realizado por Del Valle de Joz, J. I.: “La aplicación de las normas de coordinación a las prestaciones de prejubilación”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2021, pp. 52-78.

que de cualquier naturaleza asuma la propia Comunidad y los Estados que son miembros, dado el carácter jurídicamente vinculante de la Carta desde el año 2009, conforme al artículo 6.1 TUE.

Con relación a las actuaciones y teniendo presente que para preservar tales condiciones de dignidad es posible –y necesario– que se adopten aquellas desde todas las esferas –económica, política, jurídica, social, administrativa, etc.– que afectan al ser humano, habría de concluirse que la intervención comunitaria será tan variopinta como perspectivas de aproximación se asuman. A lo que añadiremos que, en función de la naturaleza de cada actuación, la UE tiene reconocida una capacidad competencial distinta. La superposición, por tanto, de ambos elementos –distintos enfoques y diferentes capacidades de hacer– arroja como resultado un plural abanico de acciones de las que, de forma ejemplificativa solo, se da cuenta de seguida.

Podrían mencionarse, en primer lugar y por proximidad con el hilo argumental que abría nuestra referencia a la Carta, los informes de seguimiento que anualmente se elaboran desde la Comisión Europea como estrategia para reforzar su aplicación –la de la Carta⁹–. Y es que el colectivo configurado por las personas mayores ha sido destinatario de concretas comunicaciones. Las cuales ponen de manifiesto las debilidades y fortalezas que han sido adoptadas por la UE y sus Altos socios en la lucha contra la pobreza de este sector poblacional.

En concreto, y a pesar de centrarse en la digitalización como perspectiva desde la que abordar la pobreza en las personas mayores, el más reciente de estos informes –que se configura bajo la forma de conclusiones del Consejo y data del mes de octubre de 2020– señala que esta, la digitalización, debe ser una acción a tener presente para combatir tanto la pobreza como la exclusión social que genera la carencia de competencias digitales en esa etapa de la vida y en este concreto momento marcado fuertemente por la pandemia. Para ello invita a los Estados miembros y a la Comisión Europea –de conformidad con el principio de subsidiariedad observable para este ámbito de actuación– a “proporcionar una protección social adecuada a las personas mayores, especialmente a los más vulnerables de entre ellos, para evitar y prevenir las situaciones de pobreza”.

Previamente a esta comunicación y con el específico objetivo de combatir la pobreza entre la tercera edad, en el año 2016 se publicaron otras Conclusiones del Consejo¹⁰ que ofrecían un enfoque integral para avanzar en este ámbito, las cuales hundían sus raíces en la Estrategia Europa 2020¹¹ –aprobada en el año 2010–. Esta última, recordemos, expresamente incluía, bajo la rúbrica “crecimiento inclusivo”, la importancia de conocer si los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros

9. En el enlace web que de seguida se facilita, puede consultarse el informe del año 2020 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52020DC0711>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.

10. El texto íntegro puede descargarse desde esta web <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=751&furtherNews=yes&newsId=2564>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2017.

11. Pueden consultarse en el siguiente enlace las Conclusiones del Consejo Europeo adoptadas en marzo de 2010 desde las que se proponía la Estrategia Europa 2020, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7-2010-INIT/es/pdf>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.

eran adecuados y sostenibles y el modo en que pudiera mejorarse el acceso a los sistemas sociosanitarios y de cuidados de larga duración.

Consecuencia de ello fue la incorporación en el principio décimo quinto del Pilar Europeo de Derechos Sociales¹² de la declaración comunitaria por la que se reconoce el derecho de los trabajadores –por cuenta ajena o propia– a recibir una pensión de jubilación que, siendo acorde a sus contribuciones, garantice una renta adecuada, la cual debe quedar traducida en preservar la vida digna en la vejez y sin discriminación, especialmente por razón de sexo. Las iniciativas concretas que la Comisión ha establecido para materializar este concreto principio deben ser consultadas en el Plan de Acción¹³ del referido Pilar, a partir del que se publicó en 2021 el *Libro verde sobre Envejecimiento*¹⁴ y los diferentes informes sobre la adecuación de las pensiones, siendo el más reciente de ellos el publicado en 2021¹⁵.

Así, en lo que respecta al *Libro Verde sobre Envejecimiento* se indica en su apartado 4.3 la importancia de que los Estados Miembros sean capaces de mantener unos adecuados, justos y sostenibles sistemas de pensiones. Pero, para ello, no pueden perderse de vista los retos demográficos a los que se enfrenta Europa, conforme a los cuales la tasa de dependencia de la vejez de la UE en 2040 solo se mantendría en el mismo nivel que en 2020 si la vida laboral se prolongara hasta los 70 años. Puesto que esta es una muy elevada edad para seguir trabajando, los sistemas de pensiones deben organizarse y estar disponibles para aquellos ciudadanos que no puedan tener una vida laboral tan extensa en el futuro. Y, para alcanzar tal fin, se proponen como acciones tanto garantizar que los sistemas de pensiones cubran todos los tipos de actividad económica posibles -autónomos, atípicos, además de los trabajadores estándar- como diseñar créditos de pensión, pensiones mínimas, pensiones basadas en la residencia y asistencia social dirigida a las personas mayores –o también disponible para ellas– y el producto paneuropeo de pensiones individuales.

En concreto este instituto ha sido objeto de regulación a partir del Reglamento 2019/1238¹⁶ desde el que se define como “producto de pensiones individuales que tendrá una naturaleza de jubilación a largo plazo” y en el que se pretende garantizar, que sea “sencillo, seguro, asequible, transparente, favorable para los consumidores, portátil en toda la Unión¹⁷, y complementará los sistemas existentes en los Estados

12. El contenido del Pilar puede leerse en 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_es, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.

13. De nuevo, el contenido de este Plan de Acción puede consultarse en la web <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/en/>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.

14. Cuyo texto puede descargarse a partir de esta web https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12722-El-cambio-demografico-en-Europa-Libro-Verde-sobre-el-envejecimiento_es, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022-.

15. Estos informes pueden consultarse en la web <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ee6cadd-cd83-11eb-ac72-01aa75ed71a1>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.

16. Publicado en el DOUE L 198/1 de 25 de julio de 2019.

17. Sin duda aquí se está pensando en la *European Social Security Pass* conforme a la cual se pretende establecer un número de seguridad social europeo que permita hacer las veces de “monedero” de cotizaciones a la seguridad social en todos y cada uno de los Estados miembros en que el ciudadano haya prestado servicios. Es, pues, una solución digital a los problemas que genera la constatación o verificación de las cotizaciones realizadas por los

miembros”¹⁸. Además de que puede ser concertado entre una persona física o una asociación y una empresa financiera autorizada a distribuir este producto, aunque la cuestión es interesante, entendemos que excede con mucho la finalidad de este ensayo por lo que reportamos su estudio para otra ocasión más propicia.

Por su parte, los informes sobre adecuación de pensiones ponen sobre la mesa importantes cuestiones que, si quiera de forma resumida, querríamos destacar. En este sentido y en primer lugar merece ser resaltado que, en el Informe de 2021, una de las aproximaciones desde las que se elaboran estos informes es la de sexo, llegándose a concluir –obviamente, pero no por ello desmerecedora de mención– la importancia de que los Estados Miembros reformulen sus sistemas de Seguridad Social para que los trabajadores a tiempo parcial –mayoritariamente mujeres en todos los Estados Miembros– y aquellos que se acojan a períodos de suspensión para conciliar su vida profesional y personal tengan garantizada también una vida digna tras la jubilación¹⁹. Una propuesta esta que no ha dejado indiferente a España como se refiere en el apartado correspondiente. En segundo lugar, querríamos subrayar la definición que se ofrece de la idea de “pensión adecuada”, puesto que ello permite a los Estados Miembros –a efectos de testear la sostenibilidad e idoneidad de sus propios sistemas de seguridad social– poder utilizar de guía este criterio. Así, procedente del informe de 2018, el concepto de adecuación aúna en sí tres requisitos relacionados con la protección frente a la pobreza, el mantenimiento de ingresos y la duración de la jubilación.

En lo que se refiere al primero de los elementos, la idea de adecuación desde la perspectiva de la capacidad protectora que despliega sobre los asegurados queda desmenuzada en su habilidad para mitigar, pero también prevenir el riesgo de pobreza entre las personas mayores. De modo que la mensurabilidad de esta capacidad habrá de hacerse teniendo presentes las necesidades que acucian a este colectivo y que los gastos de ellas derivados sean suficientemente –de forma amplia sería lo deseable– satisfechos con los ingresos que perciben.

El mantenimiento de ingresos como segunda capacidad que habría de ser predicable de una pensión adecuada pretende evaluar hasta qué punto pueden mantenerse los niveles de vida existentes con anterioridad a la jubilación. Las técnicas de mensurabilidad pueden consistir en una comparación entre los ingresos de las mismas personas antes y después de la jubilación o, como representación, comparando los ingresos de la población mayor jubilada con los de la población más joven activa.

Por último, la duración alude tanto al tiempo en que se está retirado -tiempo este que dependerá de cada grupo dentro del colectivo genérico de personas mayores- como a la capacidad de afrontar los cambios que sufra la persona retirada a lo largo de estos años de su vida. Se piensa, sin duda, en la aparición de continuas nuevas

ciudadanos que desean ejercitar su derecho a la libertad de circulación y establecimiento. Más información puede obtenerse consultando la web <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1545&langId=en>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.

18. El entrecorillado procede del considerando 8 del Reglamento.

19. Para abundar sobre los datos que baraja la UE, se recomienda consultar las páginas 82 a 84 del referido informe.

necesidades que tienen que ver con el cuidado, empeoramiento del estado de salud, reconfiguración de los hogares, etc.

De forma superpuesta a la aprobación de estas herramientas, también hallamos intervenciones de la UE en materia financiera, específicamente a partir del denominado Mecanismo de Recuperación y Resiliencia -aprobado por el Reglamento 2021/241-.

Aunque se trata de uno de los fondos configurados por la UE para afrontar la situación socio-económica y sanitaria que se ha generado a partir de la pandemia, el motivo que justifica su inclusión en un estudio como este -destinado a observar las medidas articuladas desde la comunidad y los Estados que la componen para avanzar en la protección contra la pobreza que puedan sufrir las personas mayores jubiladas- se debe a 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 Pilar Europeo Derechos Sociales. En este sentido, como hemos apuntado con anterioridad, 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.

La especialidad, por tanto, que 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, apoya 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 como esquema de valoración y evaluación, en aras de conceder la financiación, el grado de satisfacción de tal requisito. De otro modo expuesto, hace del mencionado 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 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 -siquiera 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) Reglamento 2021/241-.

La aprobación de este Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, en febrero de 2021, no ha sido óbice para que doce meses después la totalidad de los Estados Miembros hayan presentado sus solicitudes y propuestas de recuperación. Y ello podría significar que, aunque el propio Pilar Europeo de Derechos Sociales y el principio 15 que apunta directamente a la lucha contra la pobreza entre el colectivo de personas mayores pertenezcan al ámbito de las herramientas de *soft-law*, el hecho de estar vinculadas a mecanismos financieros –como este que apuntamos– 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.

Por último, antes de finalizar este apartado, se hace preciso referir la que por antonomasia es intervención estrella de la Comunidad para garantizar el contenido del mencionado artículo 25 de la Carta: el Reglamento 883/2004.

La más autorizada doctrina²⁰ subraya al respecto de esta disposición normativa y, de forma acertada a nuestro criterio, que de conformidad con los Considerandos 4 y 45 del Reglamento 883/04, la coordinación²¹ de los sistemas nacionales de Seguridad Social a la que desde él se apunta, no habría de ser 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. Y, como no podría ser de otro modo, así se secunda a partir de la interpretación jurisprudencial²² existente al respecto, que haya reflejo, entre otros, en el asunto C-551/16²³.

Para el caso que nos ocupa, cierto es que no se trata de personas trabajadoras en el momento en que proceden a desplazarse, pero sí lo fueron con anterioridad, motivo por el cual son perceptores de una pensión por jubilación. Su situación, por tanto, también ha sido objeto de inclusión y ordenación en el Reglamento de referencia; concretamente en el capítulo quinto, destinado a las pensiones de vejez y supervivencia. De entre los diez artículos que lo componen, el 58 es el que más directamente incide en nuestro tema de estudio, *id est*, articular mecanismos que prevengan o reduzcan las situaciones de pobreza en estas etapas de la vida. Este precepto parte de la premisa de que el ciudadano perceptor ha debido causar derecho a la prestación en, como mínimo, dos Estados Miembros, debiendo ser uno de los deudores aquel en el que reside. Cumplida esta condición, establece la disposición dos obligaciones

20. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "(In)suficiente fundamento legal para la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004 presentada por la Comisión Europea el 13.12.2016", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 2, núm. 2, 2017, p. 1.

21. 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 Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.): *El Reglamento Comunitario 1408/71: nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008, pp. 11-28.

22. Véanse, en este sentido, las SSTJUE de 19 de septiembre de 2013, *Brey*, C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565, apartado 43 y, de 14 de junio de 2016, *Comisión/Reino Unido*, C-308/14, ECLI:EU:C:2016:436, apartado 67.

23. STJUE de 21 de marzo de 2018, *J. Klein Schiphorst vs. Raad van bestuur*, ECLI:EU:C:2018:200.

relacionadas tanto con la determinación de la cuantía mínima de la prestación que se le adeude al ciudadano –que habrá de ser necesariamente igual a lo previsto para sus nacionales–, como con garantizar un complemento que permita equilibrar el total de cantidades percibidas en concepto de pensión con la que, como mínimo, se reciba en el país de residencia.

Sin embargo, hemos de referir que, aunque sea indirectamente, el entero capítulo quinto apunta hacia una fórmula para preservar la vida digna de las personas mayores. Ciertamente es que la libertad de circulación es el objetivo primero, pero no es menos cierto que, siquiera incidentalmente, también se articulan medidas que favorecen la percepción de la pensión –si no su cuantía–. Y así acontece con las fórmulas indicadas por el artículo 52 del Reglamento para calcular el importe de la pensión. No nos referimos tanto al cálculo del importe teórico y real²⁴, sino a incluir en ambos los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado Miembro²⁵ –ex art. 6 Reglamento 883/2004–. En este sentido y en aras de dejar constancia en este estudio del papel fundamental que juega la jurisprudencia comunitaria en la aplicación e interpretación de este cuerpo normativo en general y, con especial referencia al capítulo quinto mencionado, podríamos mencionar sólo de forma ejemplificativa y respecto de los últimos cinco años los siguientes pronunciamientos que nos ayudan a presentar de forma más completa la tipología y el cariz de las intervenciones de la UE respecto a la prevención de la pobreza en la etapa de la jubilación.

El asunto C-866/19²⁶ versa, precisamente, sobre lo apenas referido, es decir, los períodos que han de ser considerados por el Estado que abona la pensión de jubilación, concluyendo el TJUE que la institución competente del Estado Miembro de que se trate, al calcular el importe teórico de la prestación, debe tener en cuenta todos los períodos de seguro, incluidos los cubiertos con arreglo a la legislación de otros Estados Miembros, mientras que el cálculo del importe real de la prestación debe efectuarse teniendo en cuenta únicamente los períodos de seguro cubiertos con arreglo a la legislación del Estado Miembro de que se trate.

Mayor profundidad en la determinación de qué tipos de períodos integran el cómputo total de la pensión por vejez ofrecen los pronunciamientos que de seguida se refieren.

24. A nuestro juicio, un estudio muy completo en este sentido es el realizado por Andrés Trillo García: “El convenio especial para inmigrantes y su incidencia en la determinación de la base reguladora en las pensiones calculadas a prorrata en aplicación del Reglamento CE 883/2004. Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17 Crespo Rey”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 18, 2019, p. 181.

25. Al respecto de los períodos que deban ser considerados como generadores de una pensión de jubilación un amplio estudio ha sido desarrollado por Javier Fernández-Costales Muñoz: “La aplicación de los reglamentos comunitarios y los convenios bilaterales de Seguridad Social. En torno a la prestación por jubilación del trabajador migrante en el territorio de la Unión Europea. El nuevo criterio interpretativo en la materia generado por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 146/2018, de 14 de febrero”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 20, 2019, p. 116.

26. STJUE de 21 de octubre de 2021 en el que son partes *SC y Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie*, ECLI:EU:C:2021:865.

El primero responde a la identificación C-769/18²⁷. En él, el litigio principal versa sobre la reclamación presentada por una ciudadana francesa que es funcionaria sucesivamente en Alemania y en su país, donde devenga una pensión por jubilación. El motivo de su reclamación gira en torno a la no inclusión en el cómputo de los períodos cotizados de aquellos en que se había dedicado al cuidado de su hija discapacitada. Períodos estos en los que había sido beneficiaria de una ayuda alemana para la integración de los niños y adolescentes con discapacidad mental, siendo que esta ayuda alemana podría hallar correspondencia con otra francesa destinada a la crianza de hijos con discapacidad. Resuelve el TJUE que estas ayudas no son encuadrables en el artículo 3 del Reglamento 883/2004 a efectos de su aplicación material, pero sí que pudieran ser asimilables conforme a lo preceptuado en el artículo 5.b) del mismo cuerpo legal. De modo que deja a las autoridades francesas tal consideración.

El segundo es el asunto C-447/18²⁸ y permite que el TJUE se pronuncie acerca de las prestaciones abonadas a los deportistas de alto nivel y su consideración a efectos de ser incluidas entre las computables para el devengo de la pensión por jubilación. En el caso concreto las prestaciones controvertidas en el litigio principal tenían como objeto recompensar a los deportistas de alto nivel que habían representado al Estado Miembro de acogida en competiciones deportivas internacionales y que habían obtenido resultados excepcionales. En particular, deriva el TJUE, el efecto de esta indemnización no solo era proporcionar a sus beneficiarios una garantía económica destinada, en particular, a compensar la falta de plena integración en el mercado laboral durante los años dedicados a la práctica del deporte de alto nivel, sino también, y sobre todo, conferirles un prestigio social particular debido a los resultados deportivos que habían logrado al cumplir con dicha representación. Motivo por el cual concluyó el Tribunal que este tipo de prestaciones no está comprendido en el concepto de “prestación de vejez” del artículo 3.1.d) Reglamento 883/2004 y, por lo tanto, queda excluida del ámbito de aplicación de dicho Reglamento.

En sentido correlativo al apenas referido, hallamos el asunto C-517/16²⁹ en el que resuelve el Tribunal comunitario que la clasificación efectuada por la autoridad nacional competente en la declaración realizada por el Estado Miembro con arreglo al artículo 9, apartado 1, del Reglamento 883/2004 al respecto de una prestación social en alguna de las ramas de Seguridad Social enumeradas en el artículo 3 de dicho Reglamento, no tiene carácter definitivo, sino que ha de elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. El correlato que encontramos se referiría, pues, a la denegación de pensión de vejez que había realizado la autoridad competente polaca con base en la interpretación que ella misma hacía del concepto “pensión transitoria”. Este tipo de pensión había sido declarada por Polonia como prestación de prejubilación y no

27. STJUE de 12 de marzo de 2020 en el que son partes *Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Alsace-Moselle y SJ y Ministre chargé de la Sécurité sociale*, ECLI:EU:C:2020:203.

28. STJUE de 18 de diciembre de 2019 en el que son partes *UB y Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*, ECLI:EU:C:2019:1098.

29. STJUE de 30 de mayo de 2018 en el que son partes *Stefan Czerwiński y Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku*, ECLI:EU:C:2018:350.

como de vejez. El análisis de los requisitos y objetivos de este tipo de pensión polaca permitió al TJUE entender que debía considerarse de vejez y, por tanto, le era de aplicación el Reglamento 883/2004.

Límites como el apenas referido que desde la jurisprudencia se establecen a los Estados Miembros, sin duda son otra forma de incidir o intervenir en la preservación de unas condiciones de vida digna por parte de las personas mayores jubiladas y, en relación con tales limitaciones, traemos a colación los siguientes casos.

De una parte, los asuntos acumulados C-95/18³⁰ y C-96/18³¹ permitieron que el Tribunal se pronunciase al respecto de si es contraria al Derecho comunitario la legislación de un Estado en virtud de la cual se exige a un trabajador migrante que reside en el territorio de dicho Estado Miembro afiliarse y cotizar en su régimen de Seguridad Social, aunque este Estado no sea el competente para otorgar el derecho a la pensión de vejez. La respuesta del Tribunal fue en aquel caso afirmativa. Esto es, consideró contraria al Derecho comunitario esta legislación.

Y, de otra, el asunto C-2/17³². La particularidad de este asunto no es tanto que sea destinatario de su pronunciamiento el Estado español como que la Confederación Suiza fuese el otro Estado afectado, puesto que apesar de no pertenecer a la Unión sí que es parte del Espacio Económico y, por tanto, en materia de coordinación de regímenes de Seguridad Social sí que tienen en él repercusión las resoluciones del Tribunal de Justicia. El litigio principal versó sobre la previsión normativa española que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la Seguridad Social de Suiza a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización. De esta forma, al calcularse el importe teórico de su pensión de jubilación, el INSS equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en España y solo toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera cotizado en España con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización. Ello comportó que, comparada esta situación con la de un trabajador sedentario que no hubiera hecho uso de su derecho a la libre circulación y que hubiese suscrito tal convenio dispondría de la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización. La respuesta que dio el Tribunal al caso declaró la oposición de la normativa española al Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, de otra. Y de ello se derivó un cambio radical en la jurisprudencia interna española que, en virtud de este pronunciamiento comunitario, permite garantizar con un poco más de solvencia el sostenimiento económico de los trabajadores migrantes entre ambos países.

30. STJUE de 19 de septiembre de 2019 en el que son partes *Sociale Verzekeringsbank y F. van den Berg y H. D. Giesen*, ECLI:EU:C:2021:891.

31. STJUE de 19 de septiembre de 2019 en el que son partes *Sociale Verzekeringsbank y C. E. Franzen*, ECLI:EU:C:2021:891.

32. STJUE de 28 de junio de 2018 en el que son partes *Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Jesús Crespo Rey*, ECLI:EU:C:2018:511.

Por último querríamos cerrar este apartado con la referencia al asunto C-189/16³³, puesto que en él se resuelve una cuestión prejudicial relativa a los complementos por mínimos regulados en el apartado segundo del artículo 58 del Reglamento 883/2004; un instituto jurídico este que, como se ha apuntado con anterioridad, es una intervención directa de la Comunidad a favor de garantizar pensiones de jubilación suficientes. El litigio principal se desarrolla entre Suecia y Polonia puesto que, tras trabajar 19 años en su país de origen, la recurrente residió en Suecia durante 24 años, de los que 23 estuvo trabajando. Llegado el año 2005, la Sra. Zaniewicz solicitó al Gobierno sueco una pensión de garantía que le fue denegada porque no se incluyó en el cómputo para acceder a este derecho la pensión por jubilación que obtenía de Polonia. Fue esta decisión, por tanto, la que provocó la cuestión prejudicial que de seguida se expone. En concreto, la pensión de garantía sueca tiene como objetivo la protección básica de las personas que tienen bajos ingresos o que no perciben ningún ingreso. Es, pues, una prestación basada en la residencia y financiada mediante impuestos. Su importe se determina sobre la base del importe de las demás pensiones de jubilación percibidas por la persona interesada y disminuye gradualmente en función de la pensión por ingresos, la pensión complementaria y otras prestaciones determinadas. El parecer del Tribunal fue considerar esta pensión de garantía como una prestación mínima y, de conformidad con el artículo 58.2 del Reglamento 883/2004, el Estado de residencia para determinar si procede su concesión y la cuantía que corresponda debe tomar en consideración todas las pensiones de jubilación que el interesado perciba efectivamente de uno o varios otros Estados Miembros.

Podríamos concluir, por tanto, que, en materia de prevención y supresión de la pobreza para el colectivo de jubilados, el escenario que se dibuja en Europa tras la revisión de los instrumentos apenas mencionados obedece a la naturaleza de actuaciones que se desee adoptar, puesto que de ella deriva la competencia que la Comunidad tenga atribuida. Conforme a este planteamiento, en materia de sistemas de Seguridad Social y puesto que su competencia es de apoyo, coordinación y complemento sólo podrá fomentar la colaboración entre los Estados Miembros, aunque resulte su actuación más incisiva cuando se trata de favorecer el ejercicio de las libertades de circulación y establecimiento. De ahí que los intentos por avanzar en este sentido tengan diferente calado, siendo ejemplos claros de armonización el Reglamento 2019/1238 por el que se crea el producto paneuropeo de pensiones individuales, el apenas referido Reglamento 883/2004 y la jurisprudencia que lo interpreta e, incluso, la aprobación del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia que, a nuestro juicio, podría ser un importante punto de partida para la materialización de profundas reestructuraciones en el ámbito de la protección social. Sin embargo, con relación a esta última intervención comunitaria, el camino que resta por recorrer parece extenso y en el momento temporal en que se elabora este estudio poca más información podemos aportar al respecto más que nuestra esperanza por que así sea.

33. STJUE de 7 de diciembre de 2017 en el que son partes *Boguslawa Zaniewicz-Dybeck y Pensionsmyndigheten*, ECLI:EU:C:2017:946.

Se vislumbra, por tanto, desde este primer apartado, que serán dispares -para el caso de que existan- las respuestas dadas por los Estados Miembros para ofrecer puntos de apoyo decididamente orientados a garantizar unas dignas prestaciones por jubilación, capaces de bordear el abismo de la pobreza al que se aproximan las personas mayores residentes en su territorio. A conocer las que ofrece España dedicamos el segundo de los epígrafes que componen este estudio.

III. PENSIONISTAS JUBILADOS EN ESPAÑA: ORDENACIÓN JURÍDICO-NORMATIVA DE ACTUACIONES PARA GARANTIZAR SU SOSTENIMIENTO ECONÓMICO

Este segundo apartado que iniciamos se centra exclusivamente en presentar las intervenciones que el legislador español ha asumido para remediar las situaciones de pobreza en que pudieran resultar atrapadas personas mayores jubiladas, prestando especial atención a aquellas que, además, ejerciten las libertades de circulación y establecimiento en el territorio comunitario, utilizando a España como país de destino.

En este sentido hemos de mencionar que, por ser España miembro de la UE desde 1986, ha de observar las disposiciones normativas y la jurisprudencia que al respecto hayan sido publicadas, de modo que lo que ahora se presenta, como mínimo, ha debido tener presente a aquellas.

En este grupo heterogéneo de actuaciones hemos de distinguir varios ámbitos de estudio, determinados por la naturaleza de la medida -contributiva y no contributiva- y la competencia normativa del nivel político-administrativo de referencia -estatal y autonómico-. De ahí que posea una estructura tripartita este segundo bloque de contenidos.

A. Acciones destinadas a pensiones contributivas: el complemento por mínimos y otras medidas

El buque insignia español en este primer conjunto de medidas que se destina a evitar la pobreza del colectivo de jubilados sin duda es el RD 8/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social³⁴, (LGSS, en adelante). En él, no sólo hallamos la regulación de la pensión por vejez -ex art. 204 y ss.-, sino también del complemento por mínimos que, de conformidad con el artículo 58.2 Reglamento 883/2004, resulta de obligado cumplimiento por los Estados miembros.

Al respecto de la pensión por vejez, además de quedar definida como pensión vitalicia reconocida cuando se haya cesado en el trabajo por cuenta ajena³⁵ y se haya alcanzado la edad prevista legalmente, resulta importante, a los efectos que aquí in-

34. Publicado en el BOE núm. 261, de 31 de octubre.

35. Al respecto de los trabajadores por cuenta propia que no han sido objeto de estudio en este ensayo, la prestación por vejez está regulada en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE núm. 221, de 15 de septiembre).

teresan, destacar que es necesario –para ser perceptor– haber cumplido 67 años y tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años de los cuales dos, como mínimo, han de ser inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. Contempla el artículo 205 LGSS la posibilidad de reducir la edad a los 65 años, pero debe acreditarse una cotización de 38 años y seis meses. Están permitidas en nuestro país, también, la jubilación anticipada en sus dos modalidades, la involuntaria, regulada en el artículo 207 y vinculada a la extinción del contrato por mediar razones objetivas, técnicas, económicas, organizativas o de producción o, por muerte, jubilación o incapacidad del empresario. Y la voluntaria, ordenada en el artículo siguiente. Respecto de la primera, la edad puede reducirse hasta cuatro años –respecto de los dos supuestos antes vistos–, pero deben tenerse cotizados un mínimo de 33 años. Opera en estos casos un tipo de penalización o coeficiente reductor inversamente proporcional al número de meses que resten para alcanzar la edad mínima fijada para la jubilación ordinaria. Para acceder, sin embargo, a la jubilación anticipada voluntaria, se establece como límite que la diferencia de edad –respecto de las dos previstas para la jubilación ordinaria– sea de sólo dos años, el período mínimo de cotización debe ser igual a 35 años, se fijan unos coeficientes reductores mayores que para la involuntaria y se exige, además, que el importe de la pensión a percibir sea superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería si la persona solicitante hubiese alcanzado los sesenta y cinco años de edad. Sin cumplir este requisito, dispone el artículo 208.1.c) LGSS no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

Aunque haya sido muy brevemente presentado este subsistema de pensión por jubilación³⁶, interesa sólo destacar que las condiciones impuestas por el legislador nacional -relativas como apenas se ha indicado a la edad, períodos de cotización y equivalencia en las percepciones- obedecen a la continua necesidad de observar y preservar la viabilidad económica del entero sistema; un argumento este que por distar de aquel otro logro –más altruista– de evitar la pobreza de quien cesa en su vida activa- no deja de tener un peso absoluto en la jurisprudencia nacional y también comunitaria³⁷. Por tanto, no vamos a encontrar entre estas disposiciones normativas que ordenan presupuestos generales de acceso al sistema de pensiones acciones específicamente orientadas a garantizar la vida digna de las personas jubiladas, pero sí puntuales destellos intencionales que apuntan a esta dirección y que de seguida se presentan.

36. Estudios amplios y profundos han sido desarrollados por la doctrina *iuslaboralista* española, siendo a nuestro criterio necesario resaltar el del profesor Márquez Prieto, debido a que su tratamiento desde una perspectiva conceptual -y no sólo exegética como suele ser lo habitual- permite tener entre las manos una obra de referencia continua a pesar del paso de los años. Se rubrica este estudio *Seguridad Social y protección social: un enfoque conceptual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Colección Estudios y Ensayos, nº 72, 2000; siendo la página 169 la que interesa sobremanera a este trabajo nuestro.

37. Como botón de muestra traemos a colación la STJUE de 15 de julio de 2021, C-535/19 en la que eran partes *A. y el Latvijas Republikas Veselības ministrija* (ECLI:EU:C:2021:595). Aunque el litigio principal versa sobre la denegación por el Gobierno letón -país de residencia- a inscribir en su sistema de atención sanitaria a un ciudadano italiano que residía en su territorio, interesa destacar cómo el TJUE subraya la importancia de que el administrador letón pueda exigir una contraprestación económica al ciudadano italiano para contribuir así a paliar los gastos que el ciudadano italiano genere por el uso del sistema sanitario letón.

El primero de ellos está relacionado con la reciente modificación normativa que ha afectado precisamente a la jubilación y, concretamente, al modo en que se calcula el importe de la pensión que reciben los trabajadores a tiempo parcial, regulado en el artículo 248.3 LGSS³⁸. La reforma ha sido impulsada por la sentencia del TJUE identificada como C-161/18³⁹, de 8 de mayo de 2019, de la que posteriormente se ha hecho eco la STC 91/2019 y el Real Decreto 950/2018 que introdujo la nueva redacción de los preceptos mencionados. En el litigio principal, la actora –la Sra. Villar Láiz– acciona contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) con relación al cálculo de su pensión de jubilación, cuya base reguladora se calculó atendiendo a un coeficiente del 53% que reflejaba el hecho de que había trabajado a tiempo parcial durante una parte importante de su vida laboral. Reclama la trabajadora que se emplee un porcentaje del 80% para que sus períodos de trabajo sean tomados en consideración como si lo fueran a tiempo completo, porque considera que es discriminatoria la fórmula de cálculo empleada. No sólo por haber sido trabajadora a tiempo parcial, sino porque un porcentaje muy elevado de mujeres también lo son. De manera que, a sentir de la trabajadora, estaríamos ante una norma que genera una discriminación indirecta. Su argumento y propuesta, sin embargo, fueron desestimadas por el INSS y la TGSS. Como consecuencia, la petición de decisión prejudicial tuvo por objeto, por tanto, la interpretación de la Directiva 79/7/CEE sobre aplicación progresiva del principio de igualdad en materias de seguridad social, resolviendo el TJUE que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado Miembro, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización –período al que se aplica un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y que se ve incrementado por un coeficiente de 1,5–, en la medida en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino. De modo que, las personas trabajadoras que hayan prestado servicios a tiempo parcial en nuestro país e independientemente de si han ejercido su derecho a la libertad de circulación y establecimiento, verán garantizadas sus pensiones de jubilación en un porcentaje equiparable al de los trabajadores a tiempo completo, con lo que se reduce el riesgo de pobreza tras la jubilación.

38. Un estudio en profundidad es el realizado por el profesor Toscani Giménez bajo el título “Los problemas del acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial. Comentario a las STJUE de 8 de mayo de 2019 y STC 91/2019, de 3 de julio” *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laboruml*, núm. 21, 2019, pp. 163-170.

39. ECLI:EU:C:2019:382.

Cierto es, como ha tenido ocasión de indicar la más autorizada doctrina⁴⁰, que en el mismo barco se encuentran los trabajadores temporales, de quienes, al menos en España, puede también predicarse una presencia femenina mayoritaria. Este aspecto, sin embargo y por el momento, no ha sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial sea a nivel nacional o comunitario.

En segundo lugar, querríamos referir otra cuestión prejudicial elevada por los Tribunales españoles al TJUE que bien podría considerarse un paso nuevo hacia la consolidación de pensiones de jubilación dignas, aunque sólo tangencialmente afecte a estas. Nos referimos a la STJUE que resolvió de forma acumulada los asuntos C-398/18 y C-428/18⁴¹, ambos seguidos contra el ordenamiento jurídico español, representado por el INSS y la TGSS⁴². Sendos litigios principales se desarrollan con características similares. Los trabajadores solicitaban pensión de jubilación anticipada y voluntaria y habían prestado servicios tanto en España como en Alemania, donde habían generado una pensión por jubilación. La denegación que hiciera el INSS y la TGSS se sustentaba en que para el cálculo del importe de las pensiones por jubilación anticipada solo habría tenerse en cuenta el importe de la pensión real a cargo de España –excluyendo, por tanto, la alemana–. Y teniendo presente este dato, no alcanzaba el importe de la pensión mensual mínima que correspondería a los recurrentes por su situación familiar cuando alcanzaran 65 años, conforme al tenor literal del artículo 208.1.c) LGSS. Con esta negativa se evitaba complementar hasta el mínimo legal pensiones de jubilación a personas que todavía no han llegado a la edad de jubilarse, manteniéndolas así en el mercado laboral. Entiende el TJUE que el Reglamento 883/2004, concretamente en su artículo 5.a) debe interpretarse en el sentido de que para calcular la pensión por jubilación anticipada deben tenerse en cuenta tanto las pensiones devengadas en el país del que son nacionales como las pensiones que los trabajadores perciban –o puedan percibir– en concepto de prestaciones equivalentes a cargo de otro u otros Estados miembros.

De esta forma, no sólo queda meridianamente claro para la administración española cómo deben realizarse los cálculos de las pensiones y períodos cotizados a efectos tanto de la pensión por vejez general u ordinaria, como la anticipada y voluntaria, sino que, además, se allana el camino para quienes habiendo ejercido la libertad de circulación y establecimiento, optasen por acceder en nuestro país a la jubilación anticipada voluntaria, al existir un reconocimiento expreso de cómo computar las pensiones reconocidas por otros Estados Miembros de la UE.

No podía faltar en este subapartado destinado a las acciones adoptadas por España para garantizar una pensión de jubilación digna en el nivel contributivo, introducir

40. De nuevo Toscani Giménez, D.: “Los problemas del acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial. Comentario a las STJUE de 8 de mayo de 2019 y STC 91/2019, de 3 de julio”, ob. cit., pp. 168-170.

41. La parte reclamante del asunto C-398/18 era *Antonio Bocero Torrico* y la correspondiente al asunto segundo C-428/18 era *Jörg Paul Konrad Fritz Bode*. La sentencia es de 5 de diciembre de 2019, identificada como ECLI:EU:C:2019:1050.

42. Ha sido objeto de análisis por la profesora Vicente Palacio: “Jubilación anticipada voluntaria y libertad de circulación. Sobre el alcance de la “pensión a percibir” como requisito para el acceso a la jubilación anticipada y voluntaria”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2020, pp. 1-11.

alguna referencia al modo en que se ordena jurídico-normativamente el complemento por mínimos regulado en el artículo 58 del Reglamento 884, cuya existencia cuenta con amparo constitucional en los artículos 41 y 50 CE –previsores, para los ciudadanos de la tercera edad, de la garantía de percibir unas pensiones adecuadas en términos de suficiencia económica– y que halla reflejo en el artículo 59 de nuestra LGSS. Este último precepto ha sido, además, objeto de modificación por mor de la Ley 11/2020 de Presupuestos Generales del Estado⁴³ para el año 2021, que ha permitido sintonizar la normativa nacional española con la jurisprudencia comunitaria en los términos que de seguida veremos.

En este sentido del régimen general del complemento por mínimos, hemos de indicar siquiera sea brevemente que estamos ante un suplemento cuyo objetivo no es sustituir una renta, sino paliar una situación de necesidad⁴⁴ y, como consecuencia, los requisitos de acceso han de acreditarse año tras año⁴⁵.

Al respecto de los requisitos de acceso hemos de referir que los exigidos por el legislador español son de dos tipos. Uno cuantitativo, referido a la demostración de la situación de necesidad apenas referenciada, el cual está directamente relacionado con el tipo de rentas o ingresos que han de incluirse en tal cómputo y, otro, de residencia. Aunque los dos van a ser objeto de presentación, en aras de la agilidad de la exposición, comenzaremos por este último.

La residencia como *conditio sine qua non*⁴⁶ para acceder al complemento por mínimos se aplica por el legislador español a aquellas solicitudes presentadas con posterioridad al día 1 de enero de 2013, fecha indicada por la Ley 27/2011⁴⁷ que modificó el texto del artículo 51.3 LGSS que regula el concepto de residencia a efectos de prestaciones y de complementos por mínimos. Se indica, pues, que se entiende que existe residencia habitual en nuestro territorio “cuando las estancias en el extranjero no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año también natural, o cuando la ausencia del territorio esté justificada por causas de enfermedad debidamente justificadas”. Además de que este último inciso –el referido a la ausencia debida a enfermedad– procede de la aplicación sin remilgos de la jurisprudencia asentada por el TJUE en el asunto C-255/13⁴⁸, en términos generales, la más autorizada doctrina⁴⁹ interpreta la exigencia de residencia de forma extensiva, de modo que las estancias

43. Publicada en el BOE núm. 341, de 31 de diciembre.

44. En este sentido se pronuncia la STS de 22 de abril de 2010, ECLI:ES:TS:2010:2381.

45. En estos exactos términos y en la página 77 se pronuncia el profesor Rivera Sánchez en su estudio “Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 4, 2015, pp. 75-99.

46. Numerosos son los estudios doctrinales acerca de la legitimidad de este requisito y, entre ellos, citamos aquí el de la Prof. Sánchez-Rodas Navarro: “La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (CE) 1231/2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 323.

47. Esta es la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, publicada en el BOE núm. 184, de 2 de agosto.

48. Se trata de la Sentencia de 5 de junio de 2014, en la que se identifican como partes *I y Health Service Executive*, ECLI:EU:C:2014:1291.

49. Nos referimos al estudio de la Técnico Superior de la Administración de la Seguridad Social, María Alexandra Díaz Mordillo: “La consideración jurídica de la pensión extranjera a efectos del complemento de mínimos”, ob. cit., p. 51.

en el territorio de los países que configuran la Unión, el Espacio Económico Europeo y Suiza no han de computarse como realizadas en zonas extranjeras. Por su parte, no es preciso acreditar la residencia en territorio español, sino que, de conformidad con el Real Decreto 523/2006⁵⁰ se prevé que sea el propio órgano instructor el que realice las indagaciones precisas a través del Sistema de Verificación de Datos de Residencia.

En cuanto a la demostración de la situación de carestía que justifica la solicitud del complemento por mínimos, referíamos que han de distinguirse dos cuestiones.

De una parte, se hace preciso probarla anualmente, estableciéndose tal umbral por las leyes de presupuestos generales del Estado. Para este año 2022 el artículo 44 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, dispone que podrán percibir el complemento por mínimos quienes reciban durante este año rendimientos por cuantía igual o inferior a 7939 euros. Ciertamente es que esta cantidad queda alterada –al alza– en un supuesto muy concreto: cuando exista cónyuge a cargo del titular de una pensión que conviva y dependa económicamente de él, porque no sea beneficiario de pensión o, porque la suma de ambas pensiones no supere la cantidad de 9260 euros; que es el máximo por debajo del cual sí se tendrá derecho al complemento por mínimos en estos casos. A ello ha de añadirse la posibilidad de percibir este complemento “por diferencias”; un término este acuñado por la doctrina científica⁵¹ y que alude a la oportunidad brindada por la norma de alcanzar el nivel máximo de cuantía independientemente de cuál sea el punto de partida de los pensionistas necesitados del complemento. De otra forma expresado, basta con que el importe de la pensión que se perciba sea inferior al umbral de pobreza estipulado, no siendo necesario que exista una diferencia determinada para abonar el complemento.

Y, por otro lado, es necesario delimitar el tipo de rentas o ingresos que han de ser tomados en consideración para calcular si se supera o no el umbral de pobreza apenas aludido. En este sentido, el apartado primero del referido artículo 59 LGSS, define como destinatarios de estos complementos a los beneficiarios de pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social –por tanto quedan excluidas las percepciones de fondos privados y las pensiones no contributivas– que, o no perciban rendimientos de trabajo, de capital, de actividades económicas u otras ganancias patrimoniales, o bien las perciban, pero no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. La variable que desde este estudio pretendemos resolver es qué acontece si estos beneficiarios lo fueran también de pensiones por vejez, pero procedentes de otros países miembros de la UE⁵².

50. De 8 de abril por el que se suprime la exigencia de aportar el certificado de empadronamiento, como documento probatorio del domicilio y residencia, en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes, publicado en el BOE núm. 110, de 9 de mayo de 2006.

51. Díaz Mordillo, M. A.: “La consideración jurídica de la pensión extranjera a efectos del complemento de mínimos”, ob. cit., p. 47.

52. En este sentido, por razones de economía del espacio y adecuación al tema, voluntariamente se han excluido aquellas recibidas desde terceros países, esto es, Estados no miembros de la UE, si bien aprovechamos la oportunidad para referir siquiera la existencia de trabajos sobre esta temática, siendo ejemplo de ellos el referido en la nota inmediatamente anterior a esta.

En este sentido ha de señalarse que el legislador español ha homogeneizado en 2021 una situación que generaba, a juicio de la más reputada doctrina⁵³, importantes problemas aplicativos del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad contenido en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Lo que acontecía era lo siguiente: si las pensiones extranjeras tenidas en cuenta –junto a la española– para devengar los períodos de seguro, a efectos del cómputo para el complemento de mínimos han de considerarse por el legislador español como concurrentes; en caso contrario las pensiones ajenas se estiman rendimientos de trabajo para calcular el umbral máximo de acceso al complemento. De manera que este complemento procedía en el primer caso siempre, mientras que, en el segundo, el cómputo resultaba más desfavorable al beneficiario.

Como apuntamos, la Ley 11/2020⁵⁴ ha salvado esta distinción disponiendo en su artículo 42 la consideración como concurrentes de las “pensiones públicas extranjeras que estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos de previsión social”. Una condición esta que se plantea por algún sector doctrinal⁵⁵ como de no menor controversia y cuya solución pivotaría entre tener en cuenta la necesaria observancia de esta imposición por parte de la normativa interna de Seguridad Social y buscar equiparaciones entre aquellas pensiones identificadas como posibles por la legislación nacional y las admitidas por el artículo 3.5 del Reglamento 883/2004.

Cabría plantearse, además y para poner fin al complemento por mínimos, si es posible su exportación a otros Estados Miembros, una reflexión esta a la que, a nuestro juicio, habría de darse una respuesta afirmativa por dos motivos. Por un lado, por la interpretación estricta a la que llama el considerando 37 del Reglamento 883 respecto del Anexo X. En este se incluyeron como prestación especial en metálico no contributiva el subsidio de garantía de ingresos mínimos, pero para personas con discapacidad –Ley 13/1982, de 7 de abril⁵⁶–, motivo por el cual no habría de ser extrapolable al complemento por mínimos para la pensión por vejez. De otra parte, tal y como argumenta la doctrina científica, el que esta prestación posea un carácter complementario permite que se le haga partícipe de la misma naturaleza contributiva de la pensión a la que acompaña⁵⁷. Y, en esta misma línea de afirmación, la propia jurisprudencia del TJUE⁵⁸ ha puesto de manifiesto que las prestaciones de carácter complementario,

53. Citamos, entre otros, los estudios del letrado Jorge Serena Garralda: “La prestación percibida por un pensionista de un fondo de pensiones extranjero es rendimiento de trabajo y computa en el derecho y en la cuantía al complemento por mínimos a cargo de la seguridad social”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2020; y, de la profesora Villar Cañada: “La determinación de las rentas computables a efectos del reconocimiento del derecho a complementos por mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 728/2019, de 23 de octubre”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 445, 2020, pp. 179-187.

54. Establece esta norma en su artículo 12 que la modificación referida será de aplicación a las pensiones causadas con posterioridad al 1 de enero de 2021.

55. De nuevo Díaz Mordillo, M. A.: “La consideración jurídica de la pensión extranjera a efectos del complemento de mínimos”, *ob. cit.*, pp. 60-62.

56. Se trata de la Ley de Integración Social de Minusválidos, publicada en el BOE núm. 103, de 30 de abril.

57. Díaz Mordillo, M. A.: “La consideración jurídica de la pensión extranjera a efectos del complemento de mínimos”, *ob. cit.*, p. 51.

58. Sirva de referencia la STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-802/18 en el que se identifican como partes *Caisse pour l'avenir des enfants y FV y GW*, ECLI:EU:C:2020:269.

supletorio o accesorio a las contingencias expresamente enumeradas por los Reglamentos de la UE sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social, bien pueden considerarse prestaciones especiales de Seguridad Social siempre que se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida.

Otro instrumento que nuestro ordenamiento jurídico dispone para garantizar una pensión adecuada es el contenido en el artículo 60 LGSS. Este, destinado a reducir la brecha por razón de sexo en el acceso a las pensiones dignas, se hace eco del Informe del Consejo Europeo de 2021 sobre la adecuación de las pensiones y trata –a través de este instrumento prestacional– de compensar las dificultades que, en general, presenta el colectivo femenino para acceder a una pensión suficiente para sobrevivir cuando se han producido interrupciones de la vida profesional como consecuencia del cuidado de menores. No exento de dificultades –por su configuración, redacción y discriminación manifiesta respecto del colectivo masculino puesto que sólo contemplaba esta posibilidad de complemento para mujeres que hubieran ejercido tales derechos a la conciliación–, se plantea la necesidad de su modificación para extender su cobertura a la otra mitad de la población activa, dado que cada vez es mayor el número de varones que interrumpen su vida laboral para tales menesteres. La inexistencia, insistimos, de esta opción para la otra parte de la población fue el detonante de la nueva versión que se contempla en ese artículo 60 LGSS, introducida por el pronunciamiento del TJUE en el asunto C-450/18⁵⁹ y la posterior reforma normativa materializada por el Real Decreto 3/2021⁶⁰. De esta forma, tanto hombres como mujeres que vean mermados los importes de su pensión contributiva de jubilación –además de las de incapacidad permanente o de viudedad– tendrán derecho a un complemento por cada hijo siempre que no medie solicitud o reconocimiento de ese mismo complemento en favor del otro progenitor.

Este complemento está previsto para la pensiones contributivas reconocidas a partir del 4 de febrero de 2021 –aunque se excluyen los supuestos de jubilación parcial–, es incompatible con cualquier otro complemento –por tanto el de mínimos–, parte de una cuantía fija de 378 euros/año e hijo –aunque está prevista su actualización en función de la revalorización de las pensiones– hasta un máximo de 4 hijos –un límite este que, por otra parte no tiene sentido alguno porque serán las familias numerosas las que más necesiten del complemento– y su vigencia en el tiempo se mantendrá mientras persista la brecha de género superior al 5% en detrimento del acceso de la mujer a las pensiones contributivas –un aspecto este que tampoco tiene lógica en la medida en que también hombres pueden solicitarlo–.

Independientemente de las críticas que entre la doctrina ha suscitado la configuración de este complemento a grandes rasgos recién presentado⁶¹, querríamos

59. La sentencia es de 12 de diciembre de 2019, siendo partes *WA* y *el INSS*, ECLI:EU:C:2019:1075.

60. Este Real Decreto se publicó en el BOE núm. 29, de 3 de febrero, previéndose la modificación en su disposición adicional primera.

61. Citamos sólo como ejemplificativas los ensayos de la profesora Gala Durán: “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, *Temas Laborales*, núm. 158, 2021, pp. 121-159; y, del profesor Kahale Carrillo: “El complemento de pensiones para la reducción de la

reflexionar aquí especialmente sobre su carácter exportable a otros Estados Miembros, puesto que, de conformidad con el apartado primero del referido precepto, se trata de un complemento para pensiones contributivas, por lo que participa de esta naturaleza y su carácter exportable sería posible siempre que se cumpliesen los requisitos del artículo 5 del Reglamento 883/2004, es decir, se trate de complementos asimilables en los ordenamientos jurídicos de referencia.

Para finalizar este apartado querríamos introducir, al menos, la Ley 39/2006⁶² que a pesar de referir actuaciones expresamente excluidas de aquellas exportables conforme al Anexo X del Reglamento 883, ordena una serie de medidas orientadas a garantizar la promoción de la autonomía de las personas mayores y su inclusión social. Ciertamente es que no se trata de una prevención de la pobreza económica, pero sí que está orientada a combatirla de otra forma, con ayudas especializadas y técnicas que permitan a los usuarios gozar de una existencia digna y poder participar en la vida social y cultural, como indica el artículo 25 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Veamos, pues, unas pinceladas de cómo se configura normativamente esta ayuda en nuestro país.

Beneficiarios son quienes se encuentren en las situaciones de dependencia previstas por la norma y quienes residan en territorio español durante cinco años –recordemos que ello es extrapolable al territorio en que se aplique la normativa comunitaria como acontece con la pensión no contributiva– debiendo estos ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. El requisito económico, es decir, disponer o no de un nivel de rentas determinado, está previsto que se calcule atendiendo a cuatro factores, a saber: la renta, el patrimonio de la persona solicitante, la edad y el tipo de servicio que se demanda que será ofertado siempre por profesionales. La gama de actuaciones es bastante amplia pasando desde el servicio de teleasistencia hasta la solicitud de ingreso en un centro de atención a personas en situación de dependencia, sin descuidar la atención a las necesidades del hogar, los cuidados personales o los centros de día y de noche. Y, solo para aquellos casos en que no sea posible el acceso o la oferta de los servicios antes referidos, prevé la norma la posibilidad de sustituir tales servicios por prestaciones económicas que tendrán carácter periódico y se calcularán en función del grado de dependencia y la capacidad económica del usuario.

Así bosquejado su régimen jurídico, hemos de advertir que existe otro nivel de ordenación de este tipo de medidas, el que asumen las Comunidades Autónomas, de manera que lo previsto desde instancias estatales es el grado mínimo de intervención, siendo las regiones autonómicas las responsables de configurar intervenciones adicionales de protección. Una cuestión ésta sobre la que volveremos en el apartado a ellas destinado.

brecha de género”, en Selma Peñalva, A. (coord.): *El impacto de género en una sociedad cambiante. Una visión multidisciplinar*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 157-170.

62. Se trata de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia (BOE núm. 299, de 15 de diciembre).

B. Acciones destinadas a pensiones no contributivas

La pensión no contributiva de jubilación se ordena en los artículos 369 a 372 LGSS⁶³ y se diseña con el objetivo de ofrecer a los ciudadanos que no sean beneficiarios de otra pensión en el nivel contributivo una prestación económica, asistencia médico-farmacéutica gratuita y servicios sociales complementarios. Su exportación a otros ordenamientos jurídicos comunitarios está excluida de conformidad con el Anexo X del Reglamento 883/2004, siendo requisitos indisponibles e indispensables para su devengo los relacionados –como sucedía con el complemento por mínimos– con la residencia que se exige legal –no solo habitual, por tanto–, los umbrales máximos de rentas –que también habrán de ser comprobados y demostrados en términos anuales– y con la edad del solicitante establecida en 65 o más años, un requisito este que no se incluye expresamente en el complemento por mínimos, pero que se entiende derivado del hecho de ser beneficiario de pensión contributiva por vejez.

Así, en lo que se refiere a la residencia se exige cumplir con dos condiciones; una de carácter cuantitativo relativa a haber residido en territorio español –o en territorios de Estados en que se aplique la normativa de la UE⁶⁴– durante un período de 10 años comprendido entre los 16 años de edad del solicitante y la edad que posea en el momento de la solicitud-, dos de los cuales deben ser inmediatamente anteriores y consecutivos a esta última fecha. La otra alude a la forma en que se demuestre su cumplimiento. En este sentido y dada la pluralidad de acepciones que utiliza el legislador español cuando acude a la idea de residencia, existe cierta discusión jurisprudencial en la medida en que el certificado de empadronamiento no se considera suficiente para los nacionales de terceros Estados⁶⁵, aunque sí lo es para el ciudadano de nacionalidad española y, por extensión, para el ciudadano comunitario.

Respecto a la situación de necesidad que haya de demostrarse, se indica por la norma el carecer de rentas o ingresos suficientes conforme a lo estipulado anualmente. Para el caso del año 2022 tal cuantía se establece en 5899,60 euros/año –individualmente considerado el solicitante⁶⁶–.

63. Otras normas de referencia a las que hay que acudir para conocer su entera ordenación jurídico-normativa son el Real Decreto 375/1991 que desarrolla aquellos preceptos de la LGSS; la Orden PRE/3113/2009 que dicta normas de aplicación del Real Decreto 375; el Real Decreto 65/2022, que establece las cuantías mínimas y máximas de las pensiones contributivas y no contributivas para 2022, y el Título IV de la Ley 22/2021 de Presupuestos Generales del Estado que incrementa en un 3% las previsiones del Real Decreto 65/2022.

64. Sirva como altamente cualificado botón de muestra las reflexiones aportadas en este sentido por la Prof. Sánchez-Rodas en la página 63 de su “El requisito de la residencia legal y los elementos delimitadores del sujeto protegido”, en AA.VV.: *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (vol. 1)*, Laborum, Murcia, 2021.

65. Al respecto de la discusión jurisprudencial y de doctrina judicial recomendamos la lectura de las páginas 53 y 54 del estudio antes citado de la profesora. Cristina Sánchez-Rodas Navarro: “El requisito de la residencia legal y los elementos delimitadores del sujeto protegido”.

66. Estas cuantías aumentan de forma proporcional al número de convivientes en la unidad familiar de referencia. Si son dos, 10.029,32 euros/año; para el caso de que sean tres, la cantidad asciende a 14.159,04 euros/año y, para cuatro a 18.288,76 euros/año. Estas cuantías vuelven a ser incrementadas si quienes conviven son padres o

Por último, debe ser mencionada su incompatibilidad con las pensiones no contributivas de invalidez, con las pensiones asistenciales, con los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona. No se menciona entre las incompatibilidades –tampoco se presenta como objeto de estudio– el Ingreso Mínimo Vital⁶⁷ puesto que, como ha puesto de manifiesto la más autorizada doctrina⁶⁸, la jubilación es uno de los supuestos no incluidos en la ordenación de esta prestación –mientras que la anticipada es excluida expresamente–.

C. Actuaciones desarrolladas por el ámbito competencial autonómico

España comunicó a la Comunidad Europea la no exportación de aquellas actuaciones desarrolladas a nivel autonómico, por tanto, pertenecientes a la esfera asistencial, y que tuvieran como objetivo complementar o garantizar subsidios de ingresos mínimos. Por tanto, aunque sí existen actuaciones en el ámbito autonómico que buscan establecer unas rentas básicas de inserción orientadas a aquella otra finalidad de avanzar hacia unas pensiones adecuadas, se hace preciso poner de manifiesto desde estos primeros momentos que no van a poder ser transferidas a otros Estados Miembros mientras no se altere el comunicado español.

De entre las diecisiete autonomías en que está organizado el mapa geopolítico español, y salvo error u omisión por nuestra parte, sólo seis de ellas cuentan en su haber con cuerpos legislativos que contemplan al colectivo de las personas jubiladas como necesitadas de atención para garantizárseles una renta básica o mínima. Así acontece con las Comunidades de Extremadura⁶⁹, Madrid⁷⁰, Murcia⁷¹, Navarra⁷² y País Vasco⁷³, siendo definidas las condiciones compartidas por todas ellas en términos idénticos a lo apenas referido para la pensión no contributiva por jubilación. Por tanto, nos referimos, en primer lugar, a su naturaleza que queda expresamente reconocida como subsidiaria y no contributiva. En segundo lugar, se exige residir en el territorio autonómico de referencia aunque no se establece una carencia temporal específica, siendo este requisito demostrable de las más variadas formas como de

hijos: para dos miembros 25.073,30 euros/año; para 3 miembros 35.397,60 euros/año y para 4 miembros, 45.721,90 euros/año.

67. Configurado en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre que se publicó –en su versión original – en el BOE núm. 304, de 21 de diciembre. Las varias sucesivas modificaciones no han alterado la inobservancia de los pensionistas por edad.

68. Como referente traemos a colación el estudio de los profesores Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta rubricado “Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 de febrero)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 27,2021, pp. 11-23.

69. Decreto 142/2013, de 31 de julio por el que se aprueba la Renta Básica extremeña de inserción (DOE núm. 147, de 31 de julio).

70. 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 de diciembre).

71. Ley 3/2007, de 16 de marzo de Renta Básica de Inserción de la Región de Murcia (BORM núm. 83, de 12 de abril).

72. Ley Foral 15/2016, de 18 de noviembre por la que se aprueba la Renta Garantizada en Navarra (BON núm. 223 del 18 de noviembre).

73. Ley 8/2008, de 2 de julio que modifica la Ley contra la Exclusión Social y Ley de Carta de los Derechos Sociales (BOPV núm. 127 de 4 de julio).

seguida se presenta. Por otra parte, el solicitante ha de tener una edad superior a los 65 años y no ser titular de pensión o prestación análoga.

Otros supuestos existen en los que las Comunidades Autónomas ordenan como actuaciones para contribuir a la conjura de la pobreza entre el colectivo de personas mayores la concesión de subvenciones tendentes a compensar los gastos relacionados con la protección de la salud. Tal acontece con la iniciativa adoptada por las Islas Canarias⁷⁴ en la que prefigura como beneficiarios a quienes ostenten la condición de asegurados como pensionistas de la Seguridad Social que sean titulares de tarjeta sanitaria individual expedida por el Servicio Canario de la Salud y cuyas rentas sean inferiores a 18000 euros/año. Los gastos objeto de compensación están relacionados con los tratamientos farmacológicos prescritos por el personal médico de Sistema Sanitario Público y adquiridos en oficinas o servicios de farmacia radicados en Canarias. Así, aunque el requisito de la residencia no se exige directamente, puede apreciarse cómo de facto sí que continúa presente.

Además de Canarias⁷⁵, Asturias⁷⁶, Baleares⁷⁷ y Murcia⁷⁸ son las regiones autonómicas que incluyen las ayudas a domicilio como mecanismo para evitar que las personas mayores –además de otros usuarios que lo necesiten– tengan que salir de su entorno familiar y social para poder materializar las ayudas brindadas por los servicios sociales, tales como la realización de actuaciones de carácter doméstico, de apoyo psicológico y rehabilitador que faciliten la autonomía del usuario. Es necesario destacar que estas acciones no pueden confundirse con las ayudas a la dependencia, configuradas en el plano menos técnico o profesional y destinadas a las labores de cuidado que la familia pueda desarrollar con las personas necesitadas de ellas. Los criterios para la concesión giran en torno al grado de autonomía personal del usuario, su situación familiar, las opciones que ofrezca su propia vivienda o el entorno del lugar en que resida y su situación económica, utilizándose –por algunas Autonomías como sucede con Murcia– para su concesión el importe del Salario Mínimo Interprofesional o un porcentaje de este como cantidad máxima.

Estas prestaciones de asistencia personal son recientemente objeto de reflexión doctrinal⁷⁹ especialmente en lo que se refiere a su exportación a otros Estados Miembros. En este sentido, se concluye que así será más pronto que tarde en la medida en que los cuidados de larga duración sean objeto de incorporación⁸⁰ en el Reglamento 883/2004.

74. Aprobada mediante Decreto 78/2019, de 14 de mayo, publicado en el BOC núm. 93, de 16 de mayo.

75. Decreto 5/1999, de 10 de febrero por el que se regula la prestación del servicio de ayuda a domicilio (BOC núm. 19, de 12 de febrero)

76. Decreto 42/2000, de 28 de mayo por el que se regula la ayuda a domicilio (BOPA núm. 126, de 1 de junio).

77. Orden de 2 de octubre de 2000 por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio (BOIB núm. 126, de 14 de octubre).

78. Orden de 25 de enero de 2010 por la que se regulan las ayudas económicas a personas mayores para su atención en el medio familiar y comunitario (BORM núm. 26, de 2 de febrero).

79. Especialmente querríamos destacar aquí el estudio de Fernando Jimeno Jiménez sobre “La coordinación de las prestaciones de asistencia personal en el Derecho de la Unión Europea” publicado en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2021, pp. 79-95.

80. La propuesta de reforma del Reglamento 883 que se impulsa desde el Parlamento y el Consejo está orientada a este menester. Así puede leerse en el documento identificado como COM (2016) 215 final. 2016/0397 (COD), accesible en la web <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=16784&langId=en>, último acceso a fecha de 23 de mayo de 2022.

Recordemos al respecto que los distintos informes de la Comisión Europea referidos en el primer epígrafe de los que componen este trabajo apuntan a esta idea de los cuidados de larga duración como uno de los parámetros esenciales para determinar si son adecuadas las pensiones por edad.

IV. CONCLUSIONES

El estudio que antecede a estas conclusiones que ahora comienzan permitiría inferir que, aunque se perciben avances en el tratamiento adecuado que deba otorgarse al problema de la pobreza en la vejez y la exclusión social que lleva aparejada, no obstante que se detecte la necesidad de continuar por la senda ya recorrida. No podríamos, por tanto, clasificar la actuación del legislador comunitario o nacional español –como es el caso que nos ocupa– como inadecuadas, sino incompletas. Pero es que cualquier fenómeno social por su propia configuración es complejo y necesita de una aproximación también múltiple e interdisciplinar. De ahí que, a nuestro criterio, sea trascendental continuar aunando esfuerzos para que todas las esferas que convergen en esta situación puedan simultáneamente retroalimentarse e impulsarse de forma interconectada, a modo de dinámica centrípeta que para su preservación necesita ir vinculando nuevos campos de actuación.

En el caso de España hemos podido constatar que justamente esto es lo que está aconteciendo. El impulso que procede desde la normativa comunitaria y la interpretación jurisprudencial europea sumado a la aplicación de los principios constitucionales nacionales –preexistentes a la propia pertenencia de nuestro país a la Unión– permite que hayamos podido presentar distintos tipos de actuaciones que buscan de forma directa o indirecta garantizar tanto la protección de ingresos mínimos para personas mayores, como la vida digna y la participación en la vida social y cultural. Ejemplo de ello es el propio instituto jurídico de la pensión por jubilación –en sus vertientes contributiva y no contributiva–, la nueva formulación de su cálculo para el caso de trabajadores a tiempo parcial a raíz de la Sentencia Villar Láiz, el complemento por mínimos –recientemente modificado por la Ley 11/2020–, el complemento para pensiones para reducir la brecha por razón de género –también reconfigurado a partir de la interpretación ofrecida por el TJUE en el asunto C-450/18– y, finalmente, otras formas de atención a las personas mayores centradas en el fomento de su autonomía y su vida digna –tal y como acontece con las prestaciones de asistencia personal ordenadas por la Ley 39/2006– o la compensación de gastos derivados de los tratamientos medicinales ordenada por el nivel autonómico –al que habrían de sumarse las provisiones de rentas mínimas no contributivas–. Respecto de todos estos, aunque sólo la pensión por jubilación contributiva y el complemento para reducir la brecha por razón de género son exportables conforme a la actual redacción del Reglamento 883/2004, entendemos que podría resultar factible extender tal condición a tres instrumentos más del total de instrumentos referidos. Y ello porque no sólo es una petición expresa del Parlamento y el Consejo desde el

año 2016, sino también porque los criterios impuestos para su acceso –al menos por el Estado español– resultan fácilmente salvables o, sencillamente, no existen si aplicamos estrictos criterios de legalidad comunitaria. Tal acontece, por ejemplo, con la naturaleza de algunos de ellos, como la del complemento por mínimos que bien podría entenderse idéntica a la de la pensión que complementa. O con el requisito de la residencia, entendida por la doctrina española como condición exigible para nacionales de terceros Estados, pero no para los ciudadanos comunitarios en virtud de las últimas sentencias europeas que, además, aproximan al legislador español a la dinámica de la coordinación de estos mecanismos al ofrecer criterios de interpretación en este sentido.

Bibliografía

- Del Valle de Joz, J. I.: "La aplicación de las normas de coordinación a las prestaciones de prejubilación", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2021, pp. 52-78, DOI: <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.03>
- Díaz Mordillo, M. A.: "La consideración jurídica de la pensión extranjera a efectos del complemento de mínimos", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 2, 2021, pp. 43-65, DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.03>
- Fernández-Costales Muñiz, J.: "La aplicación de los reglamentos comunitarios y los convenios bilaterales de Seguridad Social. En torno a la prestación por jubilación del trabajador migrante en el territorio de la Unión Europea. El nuevo criterio interpretativo en la materia generado por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 146/2018, de 14 de febrero", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 20, 2019, pp. 105-125.
- Gala Durán, C.: "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?", *Temas Laborales*, núm. 158, 2021, pp. 121-159.
- Jimeno Jiménez, F.: "La coordinación de las prestaciones de asistencia personal en el Derecho de la Unión Europea", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2021, pp. 79-95, DOI: <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.04>
- Kahale Carrillo, D. T.: "El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género", en Selma Peñalva, A. (coord.): *El impacto de género en una sociedad cambiante. Una visión multidisciplinar*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 157-170.
- Márquez Prieto, A.: *Seguridad social y protección social: un enfoque conceptual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2000.
- Miranda Boto, J. M.: "El Estadio Previo: Algunos Problemas Terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.): *El Reglamento Comunitario 1408/71: nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum, Murcia, 2008, pp. 11-28.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 de febrero)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 27, 2021, pp. 11-23.
- Rivera Sánchez, J. R.: "Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 4, 2015, pp. 75-99.
- 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, pp. 1-2, DOI: <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2017.i02.01>

- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El requisito de la residencia legal y los elementos delimitadores del sujeto protegido", en AA.VV.: *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (vol. 1)*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 53-75.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (CE) 1231/2010", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 319-345, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5191>
- Serena Garralda, J.: "La prestación percibida por un pensionista de un fondo de pensiones extranjero es rendimiento de trabajo y computa en el derecho y en la cuantía al complemento por mínimos a cargo de la seguridad social", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2020.
- Toscani Giménez, D.: "Los problemas del acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial. Comentario a las STJUE de 8 de mayo de 2019 y STC 91/2019, de 3 de julio", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 163-170.
- Trillo García, A. R.: "El convenio especial para inmigrantes y su incidencia en la determinación de la base reguladora en las pensiones calculadas a prorrata en aplicación del Reglamento CE 883/2004. Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17 Crespo Rey", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 18, 2019, pp. 179-185.
- Vicente Palacio, A.: "Jubilación anticipada voluntaria y libertad de circulación. Sobre el alcance de la "pensión a percibir" como requisito para el acceso a la jubilación anticipada y voluntaria", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2020, pp. 1-11.
- Villar Cañada, I. M.: "La determinación de las rentas computables a efectos del reconocimiento del derecho a complementos por mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 728/2019, de 23 de octubre", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 445, 2020, pp. 179-187.

Referencias informáticas

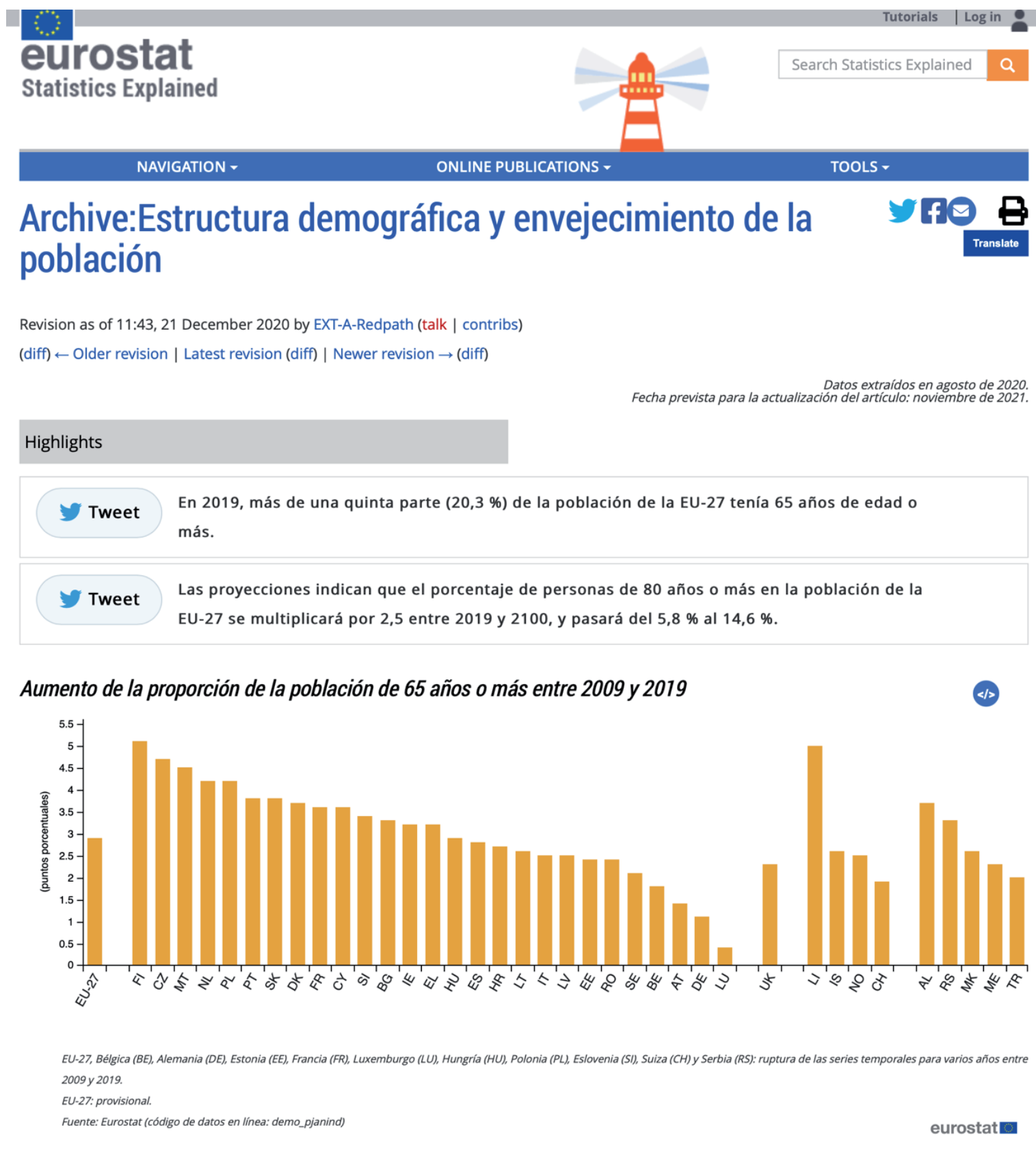
- Consejo europeo: Estrategia Europa 2020, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7-2010-INIT/es/pdf>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.
- Consejo europeo: Conclusions on "Combating Poverty and Social Exclusion: an integrated approach" (2016), disponibles a través de la web <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=751&furtherNews=yes&newsId=2564>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2017.
- Consejo europeo: Conclusiones de 9 de octubre de 2022, disponibles a través de la web: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11717-2020-REV-2/en/pdf>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.
- Estrategia europea para reforzamiento aplicación Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52020DC0711>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.
- Eurostat: Estadísticas sobre población pensionista https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/spr_pns_ben/default/table?lang=en, último acceso a fecha de 16 de mayo de 2022.
- Eurostat: Estadística sobre población envejecida https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing/es&oldid=510186, último acceso a fecha de 16 de mayo de 2022.
- INSS: "Complemento a mínimos" <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Pensionistas/Revalorizacion/30458>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.

OCDE: "Pensions at a Glance 2021", disponible a través de la web <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/ca401ebd-en.pdf?expires=1652727525&id=id&accname=guest&checksum=C18D-B3B7D57BD9EE5AC7B665AF794D74>, último acceso a fecha de 16 de mayo de 2022.

Pilar Europeo de Derechos Sociales: 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_es, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.

Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales: <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/en/>, último acceso a fecha de 17 de mayo de 2022.

Anexo I



Fuente: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing/es&oldid=510186, último acceso a fecha de 16 de mayo de 2022.

Anexo II

Pensions beneficiaries at 31st December (online data code: SPR_PNS_BEN)
 Source of data: Eurostat

Settings: Default presentation

Table Line Bar Map

	TIME	2015	2016	2017	2018	2019
GEO						
Belgium		2 807 193	2 862 251	2 904 147	3 003 452	3 057 234
Bulgaria		2 179 937	2 183 465	2 171 457	2 160 248	2 137 991
Czechia		2 931 615	2 950 043	2 953 294	2 953 701	2 995 288
Denmark		1 539 560 (e)	1 539 000 (e)	1 540 517 (e)	1 541 553 (e)	1 525 544 (e)
Germany (until 1990 former territory of the F...		23 238 873 (e)	23 311 138 (e)	23 315 814 (e)	23 359 576 (e)	23 548 332 (e)
Estonia		416 841	422 034	417 562	420 195	425 240
Ireland		909 646	938 980	971 781	1 003 243	1 035 520
Greece		2 686 578	2 617 056 (p)	2 569 221 (p)	2 547 461 (p)	2 506 608 (p)
Spain		9 448 336	9 558 626	9 664 977	9 782 544	9 885 991
France		18 946 000	19 138 000	19 214 805	20 036 318 (e)	20 428 505 (e)
Croatia		1 228 020	1 233 375	1 232 651	1 236 258	1 241 111
Italy		15 864 407	15 730 028	15 692 603	15 633 707	15 645 340
Cyprus		157 454	159 548	161 008	163 388	166 950
Latvia		593 689	589 310	585 805	583 804	581 685
Lithuania		936 264	934 923	934 196	936 007	933 828
Luxembourg		174 857	180 673	185 761	191 566	198 122
Hungary		2 169 700	2 191 120	2 163 065	2 156 622	2 170 383
Malta		86 165	88 479	91 127	91 945	93 832
Netherlands		4 170 900	4 193 300	4 209 500	4 246 119	4 257 600
Austria		2 413 205	2 427 612	2 439 937	2 458 491	2 488 183
Poland		9 575 376	9 627 199	9 684 063	10 079 935	10 237 684
Portugal		3 014 507	3 007 164	2 981 541	2 905 666	2 915 182
Romania		5 289 793	5 247 379	5 230 406	5 192 800	5 140 756
Slovenia		636 857	639 962	639 918	644 136	648 876
Slovakia		1 415 171	1 436 589	1 449 756	1 475 667	1 450 159
Finland		1 540 972	1 558 900	1 585 582	1 600 225	1 612 473
Sweden		2 662 142	2 694 383	2 705 595	2 715 940	2 743 014
Iceland		66 395	68 595	70 954	74 174	77 001
Norway		1 333 906	1 373 121	1 415 238	1 461 175	1 505 610
Switzerland		2 915 200 (e)	2 975 100 (e)	3 013 600 (e)	3 049 600 (e)	3 077 602 (e)
United Kingdom		15 640 063 (p)	15 543 660 (p)	15 641 610 (p)	15 724 604 (p)	:
Montenegro		125 252	120 727	127 286	129 033	129 062
North Macedonia		310 784	317 165	322 767	:	:
Serbia		1 711 249 (e)	1 697 111 (e)	1 692 117 (e)	1 684 330 (e)	1 673 455 (e)
Turkey		12 536 442 (e)	12 898 245 (e)	13 260 744 (e)	13 766 090 (e)	14 089 094 (e)
Bosnia and Herzegovina		646 549	658 401	663 826	670 792	680 758

Special value:
 (:) not available

Available flags:
 (b) break in time series
 (p) provisional
 (e) estimated

Disclaimer

Fuente: Eurostat. Imagen rescatada de https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/spr_pns_ben/default/table?lang=en. último acceso a fecha de 16 de mayo de 2022.

Anexo III

Pensions beneficiaries at 31st December
 (online data code: SPR_PNS_BEN)
 Source of data: Eurostat

Settings: [Default presentation](#)

Table | Line | Bar | Map

	TIME	2016	2017	2018	2019
GEO					
Czechia		382	2 489 659	2 496 909	2 544 829
Denmark		586 (e)	1 228 620 (e)	1 232 977 (e)	1 206 794 (e)
Germany (until 1990 former territory of the F...		562 (e)	19 358 647 (e)	19 455 285 (e)	19 689 162 (e)
Estonia		363	311 756	311 916	313 015
Ireland		161	605 598	621 361	644 544
Greece		513 (p)	2 073 366 (p)	2 055 424 (p)	2 020 812 (p)
Spain		308	6 534 992	6 666 973	6 781 033
France		900	16 254 038	16 444 008	16 782 706 (e)
Croatia		712 (e)	843 090 (e)	859 451 (e)	877 884 (e)
Italy		988	12 463 659	12 336 473	12 285 595
Cyprus		112	134 429	137 079	140 786
Latvia		833	472 116	468 420	466 081
Lithuania		443	717 898	720 355	717 836
Luxembourg		513	130 789	136 728	143 227
Hungary		738	2 027 256	2 031 674	2 053 600
Malta		597	68 030	68 294	70 020
Netherlands		400	3 421 900	3 444 900	3 452 200
Austria		164	1 932 178	1 966 224	2 010 219
Poland		501	6 906 949	7 439 053	7 667 803
Portugal		595	2 317 979	2 313 924	2 320 944
Romania		373	4 180 313	4 186 977	4 180 885
Slovenia		114	523 720	531 882	539 869
Slovakia		991	1 113 295	1 135 302	1 113 478
Finland		892	1 349 358	1 370 189	1 386 927
Sweden		107	2 338 992	2 371 095	2 419 023
Iceland		550	45 435	47 485	49 388
Norway		738	1 035 860	1 068 391	1 099 846
Switzerland		537 (e)	2 399 702 (p)	2 428 030 (p)	2 458 910 (p)
United Kingdom		720 (p)	13 059 781 (p)	12 934 577 (p)	:
Montenegro		734	86 402	87 573	88 182
North Macedonia		915	234 247	:	:
Serbia		834	1 240 489	1 243 463	1 246 027
Turkey		581	9 094 264	9 513 674	9 848 918
		158	404 001	417 332	432 503

Special value:
 (:) not available

Available flags:
 (b) break in time series
 (e) estimated
 (p) provisional

[Disclaimer](#)

Fuente: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/spr_pns_ben/default/table?lang=en, último acceso a fecha de 16 de mayo de 2022.

Anexo IV

PENSIONES CONTRIBUTIVAS EN VIGOR A 1 DE ABRIL DE 2022

[Volver al índice](#)

DISTRIBUCIÓN POR RÉGIMENES Y CLASES DE PENSIÓN

(Importe en miles de euros)

PENSIONES RÉGIMENES	INCAP. PERMANENTE			JUBILACIÓN			VIUDEDAD		
	Número	Importe	P. media	Número	Importe	P. media	Número	Importe	P. media
GENERAL	726.258	766.221	1.055,03	4.527.192	6.343.693	1.401,24	1.739.901	1.438.814	826,95
TRABAJADORES AUTÓNOMOS	115.435	90.898	787,44	1.322.472	1.102.039	833,32	467.184	261.631	560,02
TRABAJADORES DEL MAR	6.865	7.055	1.027,74	66.218	91.990	1.389,19	41.119	31.557	767,47
MINERÍA DEL CARBÓN	2.110	3.603	1.707,48	35.574	86.793	2.439,80	20.788	23.676	1.138,95
ACCIDENTES DE TRABAJO	85.491	102.306	1.196,69	54.022	71.382	1.321,35	52.045	49.443	950,01
ENFERMEDADES PROFESIONALES	11.825	13.714	1.159,74	10.496	18.328	1.746,20	9.939	12.415	1.249,09
S O V I	4.471	1.937	433,32	222.722	93.724	420,81	20.311	8.830	434,75
TOTAL SISTEMA	952.455	985.734	1.034,94	6.238.696	7.807.950	1.251,54	2.351.287	1.826.366	776,75

Fuente: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2022/260422-gastopensiones.aspx>, último acceso a fecha de 16 de mayo de 2022.

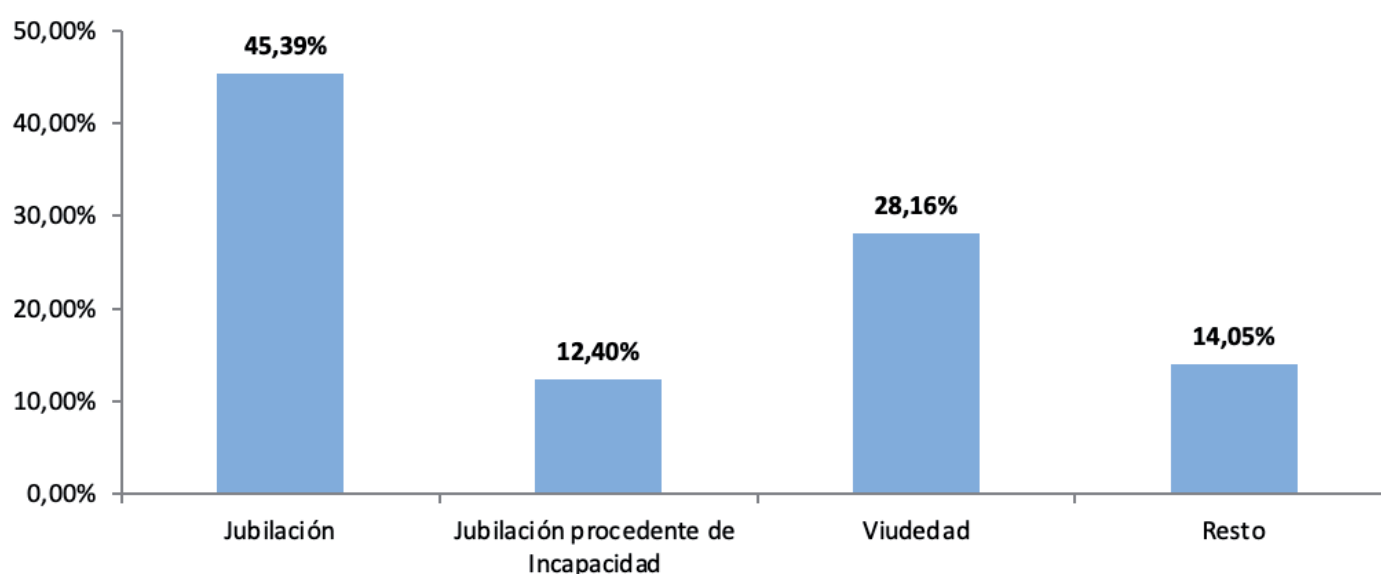
Anexo V

PENSIONES EN VIGOR COMPLEMENTADAS A MÍNIMOS

1 de Abril de 2022

Clase de pensión	Pensiones con mínimos		Porcentaje sobre total pensiones		
	Número	%	Mujeres	Hombres	Total
Jubilación	1.005.135	45,39 %	29,70 %	13,60 %	19,60 %
Incapacidad Permanente	137.170	6,19 %	19,10 %	11,80 %	14,50 %
Jubilación procedente de Incapacidad	274.550	12,40 %	36,40 %	26,50 %	30,70 %
Viudedad	623.654	28,16 %	28,50 %	7,20 %	26,80 %
Orfandad	150.083	6,78 %	44,20 %	43,40 %	43,80 %
Favor Familiar	22.859	1,03 %	51,30 %	52,20 %	51,60 %
Total pensiones no SOVI	2.213.451	99,96 %	29,50 %	15,80 %	22,90 %
SOVI con mínimos	911	0,04 %	0,40 %	0,50 %	0,40 %
Total pensiones en vigor con mínimos	2.214.362	100,00 %	28,30 %	15,80 %	22,30 %

DISTRIBUCIÓN POR CLASES



Fuente: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2022/260422-gastopensiones.aspx>, último acceso a fecha de 16 de mayo de 2022.

Anexo VI

Pensiones en vigor por clase, género y grupos de edad. Total sistema Datos a 1 de Abril de 2022 TOTAL NACIONAL ⁽¹⁾

Grupos de edad	Incapacidad Permanente						Jubilación					
	Hombres		Mujeres		Total		Hombres		Mujeres		Total	
	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media
0 - 4												
5 - 9												
10 - 14												
15 - 19	4	1.022,76	1	317,11	5	881,63						
20 - 24	270	810,97	134	739,88	404	787,39						
25 - 29	1.583	807,34	817	741,76	2.400	785,02						
30 - 34	7.146	842,73	3.481	786,80	10.627	824,41						
35 - 39	19.704	903,75	10.840	839,08	30.544	880,80						
40 - 44	43.021	958,75	25.242	886,56	68.263	932,06						
45 - 49	71.045	978,75	42.107	905,59	113.152	951,52	45	2.329,19	13	2.390,31	58	2.342,89
50 - 54	104.153	988,82	60.569	885,06	164.722	950,67	390	2.433,84	124	2.177,07	514	2.371,90
55 - 59	151.124	1.126,97	86.255	965,53	237.379	1.068,31	10.233	2.474,98	996	2.283,89	11.229	2.458,03
60 - 64	199.103	1.209,96	119.425	1.015,59	318.528	1.137,09	197.851	1.801,02	84.351	1.555,44	282.202	1.727,62
65 - 69	1.181	1.218,86	752	1.046,97	1.933	1.151,99	939.426	1.527,85	641.080	1.230,62	1.580.506	1.407,29
70 - 74	11	681,23	20	669,57	31	673,71	896.815	1.518,00	586.388	1.049,85	1.483.204	1.332,91
75 - 79	32	412,78	103	437,19	135	431,40	729.560	1.428,38	463.941	850,82	1.193.503	1.203,87
80 - 84	38	418,92	204	431,04	242	429,14	462.865	1.270,77	304.979	718,58	767.847	1.051,44
85 y más	131	449,28	3.952	433,09	4.083	433,61	511.073	1.134,57	408.456	651,42	919.556	919,95
No consta	7	963,89			7	963,89	57	1.840,48	20	1.138,94	77	1.658,26
Total	598.553	1.089,06	353.902	943,40	952.455	1.034,94	3.748.315	1.437,88	2.490.348	971,07	6.238.696	1.251,54
Edad media	55 años		55 años		55 años		75 años		75 años		75 años	

Fuente: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2022/260422-gastopensiones.aspx>, último acceso a fecha de 16 de mayo de 2022.



A dialética da liberdade econômica e dos direitos sociais no marco da indústria 5.0*

THE DIALECTIC OF ECONOMIC FREEDOM AND SOCIAL RIGHTS IN THE INDUSTRY 5.0 FRAMEWORK

Thereza C. Nahas

Profesora colaboradora

Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Jueza de lo Social

TRT/SP, Brasil

tnahas@uoc.edu  0000-0003-3534-9491

Recibido: 26.01.2023 | Aceptado: 12.03.2023

RESUMO

O direito do trabalho vive uma fratura resultante de mudanças econômicas e sociais. A tecnologia tem impactado fortemente as relações de trabalho e incidido de modo incisivo na movimentação de trabalhadores e em suas aspirações e expectativas que já não se amoldam ao tradicional contrato de trabalho. As atuais configurações das empresas devem levar em conta o ser humano e devem ter objetivos que vão além do lucro, sendo essencial que desempenhem um papel fundamental no desenvolvimento social e na melhoria de qualidade de vida do trabalhador, independentemente da natureza do vínculo contratual que com ele estabeleça. É absolutamente necessário que o direito do trabalho possa viabilizar o entrosamento e o diálogo entre o social e o econômico. A essência do direito do trabalho deve voltar-se a aproximação da classe trabalhadora e empregador independente do grau de subordinação ou independência que caracterize a relação de trabalho. É chegada a hora de olhar criticamente os fatos que causaram a rachadura do direito do trabalho e construir uma ciência de aproximação e não de afastamento entre as partes do contrato de trabalho, em importar a natureza do vínculo que mantenham. A tecnologia deve permitir essa aproximação e ser aplicada para melhorar a condição humana.

PALAVRAS CHAVES

Tensão entre o social e o econômico
Formas atípicas do contrato de trabalho
Agenda 2030
Trabalho decente
Indústria 5.0

* Artigo resultado da palestra proferida no 1º Encontro da Magistratura Nacional ocorrido em Foz do Iguaçu (Paraná-Brasil) nos dias 30/11 a 03/12 de 2022, "Jurisdição Social no Brasil e o Futuro do Direito do Trabalho".

ABSTRACT

Labor law experiences a fracture resulting from economic and social changes. Technology has strongly impacted labor relations and focused incisively on the movement of workers and their aspirations and expectations that no longer be linked to the traditional employment contract. The current configurations of companies must take into account the human being and must have objectives that go beyond profit, being essential that they play a fundamental role in social development and improvement of the quality of life of the worker, regardless of the nature of the contractual bond that establishes with him. It is absolutely necessary that labor law can enable the interaction and dialogue between the social and the economic. The essence of labor law is to approach the working class and employer regardless of the degree of subordination or independence that characterizes the work relationship. The time has come to critically look at the facts that have caused the crack of labor law and build a science of approximation and not of remoteness between the parties of the employment contract, in importing the nature of the bond they maintain. The technology should allow this approach and be applied to improve the human condition.

KEYWORDS

Tension between the social and the economic
Atypical forms of the employment contract
Agenda 2030
Decent work
Industry 5.0

SUMARIO

- I. DO PROCESSO DO TRABALHO E DE PRODUÇÃO
 - II. ALGUMAS NOTAS SOBRE O PRECARIADO
 - III. PRINCÍPIOS QUE REGEM A RELAÇÃO EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS
 - IV. MICROEMPREENDEDOR – A ZONA CINZENTA BRASILEIRA
 - V. DA INDÚSTRIA 5.0
 - VI. CONCLUSÕES
- Bibliografia

I. DO PROCESSO DO TRABALHO E DE PRODUÇÃO

Marx construiu seu pensamento sobre a luta de classes a partir do contexto histórico pós-revolução industrial e fundado na perspectiva de que a relação de trabalho assume, a partir daquele marco, um caráter alienante desprendendo-se da sua função humanizadora¹. Firmou seu raciocínio partindo da ideia de que a evolução do trabalho, teve por início elementos simples e abstratos em que a atividade racional era utilizada para a produção de valores de uso e satisfação das necessidades humanas, bem como visando o intercambio entre a natureza e o homem.

Esta noção evoluiu com o desenvolvimento social e econômico, chegando à transformação desta relação originária que, além daqueles elementos que continha inerentes ao *processo de produção* necessário ao *processo do trabalho*, isto é, entre a natureza e o homem, agregaram-se os meios de produção que são fornecidos pelo

1. Interessante estudo de Boaventura Sousa Santos sobre a releitura da teoria Marxista entendida no contexto das epistemologias do Sul. Disponível em Youtube: 2022 Aula Magistral #3 "O Marxismo e as epistemologias do sul": <https://www.youtube.com/watch?v=t1-7D1mCqjw>, acesso em 10/1/2023.

capitalista. Entende como *capitalista* a pessoa detentora dos recursos para investir e viabilizar os meios e a estrutura necessária para que o resultado daquilo que se produz seja cada vez maior e fornecido em maior escala, fazendo girar a grande roda do mercado e do consumo.

Por isso Marx nominou de *capitalista* aquele que detém os meios para o desenvolvimento da produção. Aqui se vê a presença de alguém que é o detentor de todos os instrumentos necessários para que a produção seja viabilizada alcançando uma esfera que vai além da satisfação das necessidades básicas de quem a executa.

pues, a consumir la mercancía que ha comprado, la fuerza de trabajo, es decir, hace que su poseedor, o sea, el obrero, consuma trabajando los medios de producción. Claro está que el carácter general del proceso de trabajo no varía por el hecho de que el obrero lo ejecute para el capitalista, en vez de ejecutarlo para sí (...) el proceso de trabajo, considerado como proceso de consumo de la fuerza de trabajo por el capitalista, presenta dos fenómenos característicos. El obrero trabaja bajo el control del capitalista, a quien su trabajo pertenece. El capitalista se cuida de vigilar que este trabajo se ejecute como es debido y que los medios de producción se empleen convenientemente, es decir, sin desperdicio de materias primas y cuidando de que los instrumentos de trabajo se traten bien, sin desgastarse más que en aquella parte en que lo exija su empleo racional. Pero hay algo más, y es que el producto es propiedad del capitalista y no del productor directo, es decir, del obrero. El capitalista paga, por ejemplo, el valor de un día de fuerza de trabajo. Es, por tanto, dueño de utilizar como le convenga, durante un día, el uso de esa fuerza de trabajo, ni más ni menos que el de otra mercancía cualquiera, v. gr. el de un caballo que alquilase durante un día. El uso de la mercancía pertenece a su comprador, y el poseedor de la fuerza de trabajo sólo puede entregar a éste el valor de uso que le ha vendido entregándole su trabajo”².

Entre tantas *revoluções industriais* até se chegar à chamada indústria 5.0³, é inegável que se assiste à transição entre certos elementos que caracterizaram a relação que se forma com a presença de trabalhadores e empregadores nos mais diversos tipos de transformações nas organizações empresariais. Num primeiro momento, o que se verificou foi a produção manufatureira para consumo e uso próprio; a partir da implementação da eletricidade e da máquina a vapor, a produção industrial se voltou para a organização profissional do capital e a produção de bens e serviços voltou-se à realização de uma atividade destinada ao consumo de terceiros e não mais ao consumo próprio. Esta mudança de destinatário somada a maior profissionalidade e eficiência do método de organização é fundamental para entender o aperfeiçoamento e diversidade que a relação de trabalho atingiu neste século XXI.

2. Marx, K.: *El capital I* [Edición de Kindle].

3. Texto original: “Industry 5.0 complements the existing Industry 4.0 paradigm by highlighting research and innovation as drivers for a transition to a sustainable, human-centric and resilient European industry. It moves focus from shareholder to stakeholder value, with benefits for all concerned. Industry 5.0 attempts to capture the value of new technologies, providing prosperity beyond jobs and growth, while respecting planetary boundaries, and placing the wellbeing of the industry worker at the centre of the production process” (European Commission: *Industry 5.0: Towards a sustainable, humancentric and resilient European Industry*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/468a892a-5097-11eb-b59f-01aa75ed71a1/>.

Não obstante, a dialética entre capital e trabalho, o núcleo duro que caracteriza o vínculo entre a força de trabalho subordinada e a sua incorporação pelos meios de produção não se alteraram: o capitalista (empresário) compra a força de trabalho e o trabalhador se dispõe a vendê-la; os meios e mecanismos de produção são facilitados e financiados por quem detém o capital; e o trabalhador passa a ser parte da engrenagem que impulsiona o mercado capitalista e produtivo. Daí Marx na Seção 3^o do *Capital*, terminar o estudo sobre a análise do processo de trabalho, afirmando aquilo que, desde meu ponto de vista, não se alterou na chamada transformação industrial,

El proceso de trabajo es un proceso entre objetos comprados por el capitalista, entre objetos pertenecientes a él y el producto de este proceso le pertenece, por tanto, a él, al capitalista, ni más ni menos que el producto del proceso de fermentación de los vinos de su bodega⁴.

O que se assiste na atualidade, não é uma transformação na origem da relação, isto é, o trabalho prestado mante-se entre a forma autônoma ou subordinada, dependendo do grau de autonomia do trabalhador em relação ao empregador. Todavia, assiste-se um processo mais aperfeiçoado, difuso e global da organização empresarial moderna e, por que não, da concretização da força de trabalho, ante os avançados meios e técnicas de inovação viabilizadas pela tecnologia mais aperfeiçoada e os anseios da própria sociedade que a cada dia reclama por melhores e mais confortáveis condições de vida a um preço que lhe seja conveniente e que vai provocar, entre outros fatores, uma acirrada competição econômica pelo fornecimento de produtos e serviços reclamados pelo consumidor⁵.

A quebra de barreiras físicas e a maior mobilidade que se assiste de pessoas, bens, serviços e capitais, acirra concorrências econômicas e entre a própria mão de obra trabalhadora. Os trabalhadores originariamente, eram locais, desenvolvendo suas funções em espaços físicos limitados por um pequeno território. Com o incremento da tecnologia e a derrubada de fronteiras pela viabilidade do trabalho *any time, any where* a força de trabalho esta cada vez deslocada para cadeias de produção e serviços globais, havendo uma verdadeira interferência de uma atividade em outra em maior ou menor escala, dependendo da atividade desenvolvida⁶. Os conflitos já não são

4. Marx, K.: *El capital I*, ob. cit.

5. "En la mayoría de los países, aunque no en todos, y por lo menos hasta el momento, la desregulación y la privatización del trabajo parecen ser mucho más radicales que las del capital, que sigue extrayendo sus negocios, casi exclusivamente y en un creciente número de casos, de los yacimientos inagotables de las arcas gubernamentales. A esto se suma el hecho de que el Estado se empecina en la mayoría de los países, aunque no en todos, y por lo menos hasta el momento, la desregulación y la privatización del trabajo parecen ser mucho más radicales que las del capital, que sigue extrayendo sus negocios, casi exclusivamente y en un creciente número de casos, de los yacimientos inagotables de las arcas gubernamentales". (Bauman, Z.: *Vida de consumo (Sociología)*, Fondo de Cultura Económica, 2012 [Edición de Kindle]).

6. Veja por exemplo, a questão da crise energética que foi incrementada com a Guerra ucraniana: "La Unión Europea sufre una grave crisis energética desde hace casi un año. El gas, proveniente de Rusia y del que tanto ha dependido el bloque durante años, tiene los costos más altos de la historia debido a la guerra en Ucrania. Los cortes parciales o totales del suministro provenientes de Moscú y la alta demanda para generar electricidad, están entre las causas del incremento de los importes" (Herrera, E.: "Las causas y consecuencias de la crisis energética en la Unión Europea", *FRANCE 24*, 27 de octubre de 2022, disponível em: <https://www.france24.com/es/programas/europa-hoy/20221027-las-causas-y-consecuencias-de-la-crisis-energ%C3%A9tica-en-la-uni%C3%B3n-europea>, acesso em 06/01/2023). O tema da

locais, não obstante vários países e instituições insistem em tratá-los desta maneira⁷. Não é o trabalho entre as quatro paredes em espaços internos da empresa que darão o tom regional e/ou local ao resultado daquilo que se produz ou da prestação de serviços realizada. Tampouco os limites físicos empresariais ou barreiras físicas entre países será a garantia da segurança a direitos mínimos dos trabalhadores. O mundo está cada vez mais conectado e o direito do trabalho cada vez mais entrelaçado e condicionado a outras matérias que não são de natureza tipicamente afetas ao negócio jurídico que caracteriza a relação trabalhista subordinada e para a qual foi desenhada a Consolidação das Leis do Trabalho (daqui por diante, CLT).

É certo que, a final, a prestação de serviços em si, entendida como a execução do trabalho realizado pelo ser humano, faz-se regionalmente, isto é, desde o ambiente físico que a atividade se realiza; mas o resultado desta prestação já não é mais destinado necessariamente a quem lhe contrata. Por outras palavras, o processo produtivo não pertence a um único dador de trabalho e tampouco estará necessariamente vinculado ao produto ou serviço final. Há uma linha em cadeia cada vez mais difusa e complexa situada em pontos distintos do globo terrestre que se interconectam para formar o produto e/ou serviço final que será disponibilizado no mercado de consumo⁸.

Quando a produção de bens/serviços é realizada no âmbito do modelo das empresas verticais o produto é inteiramente confeccionado pela unidade organizativa e a estrutura piramidal inflexível e hierárquica, muitas vezes, dotada de alto nível de burocracia e inteiramente controladora da produção. A responsabilidade e o destinatário do resultado do produto ou serviço acabado termina pertencendo a um único dador do trabalho. Todavia, especialmente a partir da década de 60/70 quando

crise energética foi objeto de estudo, também, na América Latina, retratado pela CEPAL: “En general se puede concluir que los principales problemas de la regulación surgen de: i) la fijación de precios y tarifas en cada segmento, particularmente en la transmisión; ii) la articulación del mercado spot, y iii) la inexistencia de mecanismos de planificación estratégica del sector. Estos problemas no han permitido generar unas expectativas de rentabilidad de largo plazo para los operadores, motivo por el cual la inversión en ampliación del sistema no ha sido suficientemente dinámica, lo que determinó que no se cubrieran cabalmente las mayores necesidades energéticas asociadas al crecimiento y desarrollo de las economías” (Rozas Balbotín, P.: *Crisis económica y energética en América Latina: su impacto en las operadoras españolas*, Naciones Unidas-CEPAL, Santiago de Chile, 2009, p. 8, disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/6340-crisis-economica-energetica-america-latina-su-impacto-operadoras-espanolas>, acesso em 07/01/2023).

7. Veja a polémica do caso do Twitter em que o empresário Elon Musk promoveu a despedida de 50% dos funcionários após uma semana da aquisição da empresa: O novo proprietário do Twitter, Elon Musk, disse que “não teve escolha” a não ser reduzir a força de trabalho da empresa, já que a empresa está perdendo mais de US\$ 4 milhões (R\$ 20 milhões) por dia (...). Ele disse que a “redução da força” afetou cerca de 15% dos que trabalham na área de confiança e segurança do Twitter - em comparação com o que ele disse ser um corte de 50% visto em toda a empresa, que tem cerca de 7.500 funcionários. Um e-mail interno enviado à equipe na sexta-feira disse que os cortes de empregos em massa eram «infelizmente necessários para garantir o sucesso da empresa no futuro». Funcionários confirmaram no [Twitter](#) que foram desconectados dos laptops de trabalho e do Slack, um sistema de mensagens. Muitos funcionários revelaram que foram retirados de postagens na plataforma empresarial, pintando um quadro de cortes que abrangeram o mundo e atingiram departamentos que iam do marketing à engenharia. Eles incluíam funcionários de comunicação, curadoria de conteúdo e desenvolvimento de productos” (“Twitter: Como Elon Musk justifica a demissão de funcionários”, *globo.com*, 5 de noviembre de 2022, disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/11/05/twitter-como-elon-musk-justificou-demissao-de-funcionarios.ghtml>, acesso em 10/11/2022).

8. “La crisis energética se expande por el mundo: más inflación y presión para las cadenas de suministro”, *elEconomista.es*, 27 de septiembre 2021, disponível em: <https://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/11407252/09/21/La-crisis-energetica-se-expande-por-el-mundo-mas-inflacion-y-presion-para-las-cadenas-de-suministro.html>, acesso em 05/01/2023.

o fenômeno da descentralização e a crise do petróleo marcam uma das maiores mudanças na organização empresarial e do trabalho, o que se assiste é um constante fracionamento e descontrolo da produção: o teletrabalho e a descentralização surgem não somente com força capaz de afastar o trabalhador da unidade física da empresa, bem como atinge diretamente a própria organização produtiva que não mais responde de forma única pela produção. Além disso, abre um espaço imenso para que as relações globais se intensifiquem, permitindo uma liberdade quase sem fronteiras para a movimentação de capital, produção e pessoas.

A externalização provoca a maior especialização empresarial com redução de custos e a promessa de aumento do lucro. O uso massivo da tecnologia e as facilidades que este instrumento trouxe à vida privada, somada a variedades e redução de custos dos produtos, cunham uma nova era que seduz a todos: empresários, trabalhadores e consumidores e, também, o próprio Poder Público na execução do serviço público.

Esta mudança verificada naquilo que vem a ser a organização da produção, afeta, definitivamente as bases em que se formou a relação de trabalho na sua origem, ou seja, aquele vínculo direto que existia entre o dador do trabalho e o prestador de serviços sem alterar a substância da relação subordinada ou autônoma. Há vários fatores e agentes intermediários que passam a forma parte integrante da linha de produção e serviço que tornam às relações jurídicas e fáticas mais complexas a ponto de chegarmos no século XXI com um elemento a mais na relação de trabalho originária, capaz de controlar a própria unidade produtiva: os algoritmos. Este componente da tecnologia da informação e da comunicação (daqui por em diante, por sua sigla, TIC) sujeita e conduz os dois lados da relação de trabalho e o próprio consumidor final.

Evidentemente que a relação de estabilidade no trabalho que se buscava no vínculo contratual originário e que constitui o desenvolvimento da teoria protecionista do emprego, não se ajusta às relações descentralizadas. Aquelas eram estabelecidas numa linha reta e esta última esta desenhada num triangulo que envolve uma divisão da organização produtiva. O dador de trabalho que na origem se concentrava em uma única pessoa (física ou jurídica), foi se ampliando a ponto de alcançar diversos mais elos que se ligam a uma linha de produção em que, muitas vezes, o resultado final do trabalho acaba por aproveitar todos os elos, ou um deles que muitas vezes o trabalhador não consegue identificar, podendo haver uma confusão entre consumidor final e tomador da mão de obra.

É inegável que a cada dia as relações se tornam mais complexas, pulverizadas e fracionadas. A tecnologia viabilizou a quebra das fronteiras físicas entre as regiões do mundo de modo eu há, muitas vezes, verdadeira dificuldade de saber ou conhecer em que espaço físico se estabelece (ou se está estabelecido) cada elo da grande linha de produção. Em outras palavras, em algumas relações, sequer torna-se possível conhecer aquele que efetivamente está executando o trabalho e que contribui para o produto ou serviço acabado. Torna-se, muitas vezes, difícil identificar se o tomador da mão de obra e uma pessoa física, jurídica ou um robô⁹.

9. "Un equipo de investigadores del Imperial College de Londres ha logrado descifrar si es una empresa, un programa informático o una persona quien tuitea solo con analizar el ritmo en que lo hacen (...) en la investigación han utilizado un

O emaranhado de micro relações dentro do processo do trabalho está cada vez mais complexo. As mudanças social e econômica afetaram profundamente às relações; as crises que se instalaram em diferentes épocas e, especialmente após o final da Era de Ouro¹⁰, serviram para a construção de uma teoria hegemônica sobre a tutela de direitos humanos e fundamentais, mas não eliminaram o conflito entre o social e o econômico. Por outro lado, deu-se um passo incrível para a mudança na estrutura e organização das empresas produtoras de riqueza econômica que disponibilizaram no mercado produtos que viriam a seduzir o consumidor para que consumisse mais a preços cada vez menores. Não obstante o aperfeiçoamento da tutela sobre direitos fundamentais, especialmente originada da formação de instituições internacionais, como as Nações Unidas (de aqui por em diante por sua sigla, ONU), a sociedade consumista não questionava se o bem consumido sacrificava algum outro como, por exemplo, a natureza ou o ser humano, fato este que passa a ser o tema estrela no final do século XX e início do século XXI.

As comodidades da vida moderna, o crescente mercado de consumo que se forma em todo o mundo, o aumento populacional, a facilitação da mobilidade interna e internacional, as mudanças dos anseios e objetivos das novas gerações vão provocar um constante e incontrolável movimento de trabalhadores e pessoas. As formas de tradicionais de organização empresarial são incompatíveis com aquilo que constituiu o fundamento da doutrina trabalhista e o modelo brasileiro regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho (daqui por diante, por sua sigla CLT). Não obstante nota-se a insistência teórica e normativa, especialmente no Brasil, em manter as bases da formação da relação de trabalho subordinado/autônomo sem adaptar-las aos novos modelos de relações de trabalho e aos anseios da sociedade atual. A crise sanitária da COVID-19 e, certamente, os efeitos da guerra ucraniana tem levado, no mínimo, a uma reflexão quanto a falência do modelo originário, sem olvidar-se que os modelos novos e velhos (permita-me utilizar tais expressões) convivem nas mais diversas sociedades e há pontos de seus alicerces que coincidem. O diálogo atual não pode desmerecer a evolução da ciência, mas é preciso estabelecer bases que possam amoldar-se às sociedades atuais, a independência e os anseios que os trabalhadores vêm conquistando ao largo dos anos.

II. ALGUMAS NOTAS SOBRE O PRECARIADO

Paralelo a figura do trabalhador tradicionalmente hipossuficiente e o autônomo, surge um modelo nominado por Guy Standing de *precariado*¹¹. A identificação encontrada

algoritmo basado en métodos de neurociencia conductual que les ha permitido observar que en los intervalos de tiempo entre tuits, los individuos generan patrones estadísticos diferentes de los producidos por agencias de relaciones públicas o por máquinas” (“Se puede saber si tuitea una persona, una empresa o una máquina”, *PDM Productos Digitales Móviles*, 4 de julio 2013, disponível em: <https://pdm.com.co/se-puede-saber-si-tuitea-una-persona-una-empresa-o-una-maquina/>, acesso em 10/01/2023). O projeto que vem sendo desenvolvido nominado “the machine to be another” promete uma incrível resolução no campo da neurociência. Sobre o tema ver http://youtu.be/_Wk489deqAQ, acesso em 10/01/2023.

10. A Era de Ouro foi um período de prosperidade econômica após a estabilização financeira experimentada ao final da recuperação dos Estados Europeus depois da Segunda Guerra Mundial

11. Seria possível questionar se o trabalhador precário não é mais hipossuficiente do que o modelo tradicional formador da doutrina trabalhista. Isto porque, ao trabalho hipossuficiente foi dispensado um rol de tutelas inclusive

tem como base o modelo industrial descentralizado. O neoliberalismo impulsiona o comércio e a economia mundial; o mercado de trabalho reclama uma maior flexibilidade das relações de trabalho¹², a ponto de se assistir uma verdadeira ofensiva contra os contratos de trabalho por tempo indeterminado e estável bem como contra direitos que se consolidaram através dos anos de lutas pela construção de patamares mínimos de proteção que constituem o núcleo duro de princípios tutelados pela OIT¹³.

Mas nem todo trabalho flexível é precário. A flexibilidade pode vir caracterizada por diversos fatores, especialmente pelo tempo de trabalho, fator este que pode interessar especialmente ao trabalhador. A flexibilização do tempo de trabalho tem despertado cada vez mais interesse dos trabalhadores que buscam o maior equilíbrio entre o tempo de trabalho e o tempo privado, mostrando-se a tecnologia como o principal fio condutor desta busca¹⁴. O conceito de precariedade¹⁵ pode ser identificado por fatores variados,

de caráter internacional, enquanto o precariado parece sempre numa condição marginal, a quem sistemas jurídicos como o brasileiro, não conferem qualquer proteção.

12. “Los gobiernos debían fomentar la flexibilidad del mercado laboral, lo que equivalía a un programa para transferir los riesgos y la inseguridad a los trabajadores y sus familias. El resultado ha sido la creación de un «precariado» global, consistente en cientos de millones de personas sin un anclaje estable en su trabajo, que se está convirtiendo en una nueva clase peligrosa por su propensión a dar pábulo a voces extremistas o fanáticas y a utilizar su voto y su dinero para ofrecer a esas voces una plataforma política que acrecienta su influencia” (Standing, G.: *El precariado: una nueva clase social*, Ediciones de Pasado y Presente, Barcelona, 2015 [edición de Kindle]).

13. Ver Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho. São eles: (i) liberdade de associação e liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito a negociação coletiva; (ii) eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; (iv) eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação; (v) meio ambiente do trabalho seguro e saudável (OIT: *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2022, disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf, acesso em 10/01/2023).

14. “Even after the end of COVID-19 restrictions across EU Member States, many workers continue to telework in some form. Employers and employees have adapted to telework arrangements, which is mainly due to the reduction of cultural, technological and social barriers. Telework is now well established and affects overall work organisation and working conditions, as well as employees’ work–life balance and well-being. New regulations on telework across EU Member States, together with agreements between workers and employers as well as company level practices, are shaping the future of remote working” (Mesmo após o fim das restrições do COVID-19 nos Estados-membros da EU, muitos trabalhadores continuam a teletrabalhar de alguma forma. Empregadores e empregados adaptaram-se aos regimes de teletrabalho, o que se deve principalmente à redução de barreiras culturais, tecnológicas e sociais. O teletrabalho está agora estabelecido e afeta a organização e as condições de trabalho em geral, bem como o equilíbrio entre a vida privada e laboral do trabalhador. Novos regulamentos sobre teletrabalho nos Estados-Membros da EU, juntamente com acordos entre trabalhadores e empregadores, bem como práticas a nível empresarial, estão a moldar o futuro do trabalho remoto (*tradução livre*). (Eurofound: *The rise in telework: Impact on working conditions and regulations*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, disponível em: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef22005en.pdf, acesso em 10/1/2023). Sobre a flexibilidade e comunidade de se trabalhar de forma flexível preferida pelos trabalhadores de diversos grupos, ver o informe de McKinsey&Company, *The Future of the workplace*, <https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-the-workplace>.

15. Há outros conceitos de trabalho precário utilizados pelas entidades sindicais. A Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas (FITIM) propõe a seguinte conceituação: “el trabajo precario es el resultado de prácticas de empleo de los empleadores, a las que se recurre con el fin de limitar o reducir la plantilla permanente a un mínimo, maximizar su flexibilidad y echar responsabilizar de los riesgos a los trabajadores. Los empleos que se crean así no son, por regla general, permanentes, sino temporales, ocasionales, inseguros y contingentes. Los trabajadores en esas condiciones de empleo con frecuencia no están amparados por la legislación laboral ni la seguridad social”. A la Federación Europea de Metalúrgicos (FEM): “Trabajo precario es un término que se utiliza para describir un empleo no estándar, de salario bajo, inseguro, que no ofrece protección ni permite al trabajador

En el sentido más general, el trabajo precario es un medio utilizado por los empleadores para trasladar los riesgos y las responsabilidades a los trabajadores. Es el trabajo que se realiza en la economía formal e informal y que se caracteriza por niveles variables y grados de particularidades objetivas (situación legal) y subjetivas (sensación) de incertidumbre e inseguridad. Si bien un trabajo precario puede tener diversas facetas, se lo suele definir por la incertidumbre que acarrea en cuanto a la duración del empleo, la presencia de varios posibles empleadores, una relación de trabajo encubierta o ambigua, la imposibilidad de gozar de la protección social y los beneficios que por lo general se asocian con el empleo, un salario bajo y obstáculos considerables tanto legales como prácticos para afiliarse a un sindicato y negociar colectivamente¹⁶.

O trabalho realizado por meio de plataformas vem sendo considerado como uma das principais formas de trabalho precário. A relação travada entre os trabalhadores que executam o trabalho e a plataforma, que intermedia a comunicação entre o trabalhador e o consumidor final, tem acirrado o âmbito das discussões sobre a necessidade de enquadramento do trabalhador no negócio jurídico contratual relativo ao tradicional contrato de trabalho por conta alheia (subordinado). A conclusão de que o trabalho em plataformas afigura-se como uma situação de precariedade, decorre da crença de que as condições contratuais e/ou as incertezas geradas pelo vínculo, impede ou frustra as expectativas do trabalhador ou que ele possa ter conhecimento acerca da pessoa a que se vincula. Esta última razão, é, na verdade, uma decorrência da mudança na organização das estruturas empresariais que tiveram início na década de 60 com o fenômeno da externalização e se aperfeiçoou com a tecnologia avançada. Mas nem todo trabalho em plataforma virtual gera situação de precariedade e nem todo trabalhador que nela esta sente-se precarizado¹⁷.

dar sustento a su familia". A la Internacional de Servicios Públicos (ISP): "trabajo precario se caracteriza por la incertidumbre y la seguridad, y se contrata por medio de agencias de empleos ocasionales o temporales, con contratos de trabajo eventual, de tiempo parcial o estacional, o para falsos autónomos y con una relación empleador-empleado poco clara o que no es directa" (Oficina de Actividades para los Trabajadores (ACTRAV): *Del Trabajo Precario al Trabajo Decente. Documento final del simposio de los trabajadores sobre políticas y reglamentación para luchar contra el empleo precario*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012, p. 33, disponible em: https://www.ilo.org/actrav/info/WCMS_179789/lang--es/index.htm.

16. *Ibid.*

17. Segundo a Eurofound, nada mais é um formulário de emprego no qual organizações ou indivíduos isoladamente usam uma plataforma *on line* para acessar outras organizações ou indivíduos, seja para resolver problemas específicos ou fornecer serviços, sempre em troca de uma remuneração (ou simplesmente um pagamento). O fenômeno envolve inúmeras tarefas e atividades cuja diversidade se faz presente em razão do desenvolvimento tecnológico. As principais características do trabalho em plataforma são: (i) o trabalho remunerado é organizado através de plataformas *on line*; (ii) há três partes envolvidas, quais sejam, a plataforma, o trabalhador e o cliente; (iii) o trabalho é contratado; (iv) os trabalhos são divididos em tarefas; (v) os serviços são prestados por demanda; (vi) o trabalho contratado pode ser entregue *on line* ou num local determinado (pessoalmente) – ex: tarefas profissionais, como por exemplo, desenvolvimento de um software; transporte de pessoas ou coisas, tarefas domésticas (limpeza, cuidados, etc.), micro tarefas (marcando imagens na internet, por exemplo). A Eurofound identificou ao menos 10 tipos de plataformas de trabalho na Europa, pesquisa não implementada no Brasil. 1) trabalho de rotina determinado pelo cliente no local, por exemplo, quando um cliente encomenda serviços de transporte através do Shiplly; 2) trabalho de rotina determinado pela plataforma no local, por exemplo, quando uma plataforma como a Foodora determina qual entregador de bicicleta entregará uma refeição; 3) trabalho moderadamente qualificado do cliente no local, por exemplo, quando um cliente entra em contato com um trabalhador através do Stootie para montar seus móveis; 4) trabalho moderadamente qualificado iniciado por trabalhadores no local, por exemplo, quando um trabalhador entra em contato com um cliente em potencial através do Listminut para cortar seu gramado; 5) trabalho de maior

Portanto, nenhuma característica das relações atuais poderá ser considerada de maneira isolada, pois, a final, o que buscam os trabalhadores e suas entidades representativas é que o trabalhador possa gozar do mínimo de tutela que lhe possa garantir usufruir de uma vida decente. Além do que, dependendo do País e das atividades produtivas que desenvolva, será possível identificar diversos tipos distintos de relações que vão desde aquelas mais primárias, como, por exemplo, os faxineiros; até aqueles mais especializados como os desenvolvedores de softwares¹⁸.

É dentro deste contexto que ocorrem as crises nas relações de trabalho deste século XXI. Não são as plataformas digitais, nem a economia colaborativa ou os diversos novos tipos de negócios que tensionam a relação jurídica entre o prestador do trabalho (trabalhador que se dispõe a executar o trabalho e coloca sua mão de obra à disposição) e o *dador* do trabalho (aquele que detém os meios de produção), mas sim a ausência absoluta de uma política estatal que possa equilibrar esta relação. A sujeição daquele que detém os meios para viabilizar a produção e aquele que se dispõe a executar a atividade, é uma relação secular que não se altera na essência, isto é, a relação jurídica entre o trabalhador e o empregador, será de natureza autônoma ou subordinada (conta própria ou conta alheia, considerando especialmente os meios empregados na produção). Mas há que reconhecer que há nuances que são próprias das mudanças das organizações empresariais e da evolução geracional.

O choque entre os mundos do trabalho e empresário, verifica-se quando há um abuso no exercício da liberdade de empresa¹⁹. Esta situação poderá ser vista não somente nas ocasiões em que há ausência de normas, mas também, pela luta do empresariado que deseja manter sua atividade e não conta com um sistema jurídico econômico que lhe dê o respaldo para participar de modo leal da concorrência global

qualificação determinado pelo cliente no local, por exemplo, quando um cliente seleciona um trabalhador através do Appjobber para tirar fotos de um produto em uma loja local; 6) trabalho de maior qualificação determinado pela plataforma no local, por exemplo, quando a plataforma BeMyEyes seleciona um trabalhador para (remotamente) ajudar uma pessoa com deficiência visual; 7) online moderadamente qualificado clique-trabalho, por exemplo, quando um trabalhador marca imagens na Figura Oito; 8) trabalho de maior qualificação determinado pela plataforma on-line, por exemplo, quando uma plataforma como o TestBirds fornece tarefas de teste de software para um grupo seletivo de trabalhadores; 9) trabalho especializado determinado pelo cliente online, por exemplo, quando os clientes anunciam e selecionam um trabalhador no Freelancer para assistência empresarial; 10) trabalho especializado de concorrentes online, por exemplo, quando uma grande marca seleciona um ou vários vencedores em uma competição de design em 99Designs (Eurofound: *Employment and working conditions of select types of platform work*, Publications Office of The European Union, Luxembourg, 2018, disponível em, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef18001en.pdf, acesso em dezembro de 2022).

18. Não podemos olvidar que, ainda que o desenvolvimento tecnológico tenha exigido cada vez mais uma mão de obra especializada, os tipos de trabalhadores são diversos indo desde aqueles que ao altamente qualificados e que possuem conhecimento profundo sobre a profissão que abraçam, até aqueles que, embora tenham conhecimento que decorre da experiência, nunca ocuparão um banco universitário ou terão um conhecimento científico, mas que tem experiência e o que Boaventura chama de “sabedoria do mundo”. O que chega a todas as pessoas são as tecnologias da ciência e não a ciência em si. Daí que o direito do trabalho deve estar preparado tutelar não somente a mão de obra empírica (permita-me a expressão) até aquela mais especializada, bem como os processos de transição entre os modelos diversos. Como se refere Boaventura Santos a diversidade epistemológica do mundo é enorme e não podemos reduzir a ciência a uma pequena parte (Sousa Santos, B.: “O Marxismo e as epistemologias do Sul”, ob. cit.). Especialmente o direito do trabalho deve ser o mais amplo e mais completo, interligado a todas as disciplinas.

19. Ojeda Avilés, A.: “Dialéctica negativa como realidad del derecho del trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 62, 2022, pp. 8-32.

de um mercado cada vez mais agressivo que lhe é imposto, seja no âmbito interno ou internacional.

É certo que isso não justifica a violação de normas de conteúdo social, mas o capitalismo descontrolado e sem qualquer regra de intervenção mínima pode mostrar-se como uma poderosa arma a favor da concorrência desleal e, por consequência, da exploração de trabalhadores e empresas, especialmente de pequeno porte, em países mais vulneráveis e/ou com alto índice de corrupção, pobreza e desigualdade social.

As relações negociais mudaram profundamente e é necessária uma nova maneira de entender e ver o capitalismo e, por consequência a relação entre o empregador e o trabalhador²⁰.

Não obstante convivamos com distintos *tipos de trabalhadores* em razão da mescla de gerações e ocupações que se apresentam no mercado de trabalho, é certo que as aspirações dos trabalhadores já não são as mesmas que impulsionaram as grandes fabricas. Há uma cadeia de relacionamento e informação global que viabiliza que os trabalhadores consigam ver que há horizontes mais condizentes com seus interesses em distintos países do globo e que os anima a mover-se de modo virtual ou físico.

Movimento como o *quiet quitting* que ganhou espaço e divulgação no TikTok e no Twitter consiste numa ação de trabalhadores que silenciosamente deixam de trabalhar num ritmo regular, retardando a execução do trabalho para forçar o empregador a melhorar as condições de trabalho a ponto de oferecer-lhes aquilo que eles almejam ser o ideal das condições de trabalho que buscam²¹.

Além da fratura que já se via na relação de trabalho tradicional, a pandemia definitivamente cravou um divisor temporal significativo no modo de ser nas relações jurídicas e sociais contribuindo para a mudança completa de como serão os vínculos futuros e o ambiente de trabalho²². Verifica-se uma profunda transição verde e demográfica e mudança no âmbito da concorrência; tudo isso tem como resultado o desaparecimento de profissões, surgimento de novas modalidades de atividades, bem como novas formas de organização empresarial. O trabalhador

20. "Los mercados convencionales han sido de gran utilidad, pero resulta que ya no pueden competir con sus epígonos que funcionan con datos. El uso de datos implica una mejoría demasiado notable en las transacciones y en su eficacia; así pues, los mercados ricos en datos acaban brindándonos lo que en teoría debía ser la especialidad de todos los mercados –procurarnos transacciones óptimas–, pero que hasta ahora no podía serlo por el carácter limitado de la información. Los beneficios de este cambio fundamental se van a extender a todos los tipos de comercio. Lo veremos en el comercio minorista y en el de los viajes, pero también en el de la banca y las finanzas. Los mercados ricos en datos prometen reducir drásticamente las decisiones irracionales –como por ejemplo la que llevó a que Yahoo registrara ese valor accionarial demencial en 2014– y disminuir la incidencia de las burbujas y otros desastres relacionados con la desinformación o con las decisiones erróneas que vienen aquejando a los mercados tradicionales con base monetaria. Hemos vivido las lacerantes consecuencias de tales desastres del mercado en la reciente crisis de las hipotecas subprime, o en la explosión en 2001 de la burbuja de las puntocom, pero también en las incontables calamidades sufridas a lo largo de los últimos siglos por los mercados con base monetaria" (Mayer-Schönberger, V. y Ramge, T.: *La reinención de la economía. El capitalismo en la era del big data*, Turner Publicaciones, Madrid, 2019 [edición de Kindle]).

21. Martins, P.: "¿Trabajas más de la cuenta? Conoce el "quiet quitting", la tendencia que representa a una generación", *hola.com*, 15 de septiembre de 2022, disponible em: <https://www.hola.com/estar-bien/galeria/20220915217041/quiet-quitting-tendencia-tik-tok/1/>, acceso 02/11/2022.

22. McKinsey&Company, *The Future of the workplace*, <https://www.mckinsey.com/featured-insights/future-of-the-workplace>.

parece emancipar-se, pode-se assim dizer, a partir do momento em que tomou consciência que a organização empresarial impescinde do trabalho humano, ainda que máquinas e robôs possam executar diversas tarefas.

A ordem de isolamento e fechamento de estabelecimentos comerciais provocou uma discussão profunda em diversas legislações que consideravam a relação entre indivíduos sem considerar organização empresarial e expectativa do trabalhador quanto aquilo que ele próprio considera essencial para sua vida privada. A flexibilização das condições de trabalho passou a ser o coringa necessário para que a economia possa desenvolver-se de forma sustentável. A voz do trabalhador deve ser ouvida e suas condições de trabalho respeitadas, sob pena de não haver trabalhador algum para apertar o botão da máquina que faz girar o capital.

III. PRINCÍPIOS QUE REGEM A RELAÇÃO EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Ao mesmo tempo em que a Organização Mundial de Comercio (daqui em diante, OMC)²³ e o Fundo Monetário Internacional (daqui em diante, FMI)²⁴ parecem tomar uma aparência mais social no marco de suas decisões e ações, as Nações Unidas publica um importante informe sobre os princípios que devem reger as empresas para que respeitem direitos humanos²⁵.

Estabelece o referido informe que os princípios fundamentais para a tutela aos direitos humanos constituem uma (i) obrigação para os Estados membros da Organização que se obrigam a respeitar, proteger e cumprir com os direitos humanos e as liberdades fundamentais; (ii) para as empresas que tem o papel como órgãos especializados da sociedade em desempenhar suas funções observando as leis e regulamentos de proteção aos direitos humanos (nacionais e internacionais); e, por fim, (iii) a necessidade de que direitos e obrigações estejam acompanhados de recursos adequados e efetivos para o caso de descumprimento das respectivas normas tutelares.

Tais princípios aplicam-se a todos os Estados, especialmente aqueles que formam parte da Organização, bem como as empresas de qualquer natureza e tamanho.

23. "La OMC y los Objetivos de Desarrollo Sostenible", *wto.org*, disponível em https://www.wto.org/spanish/thewto_s/coher_s/sdgs_s/sdgs_s.htm, acesso em 10/01/2023.

24. "As desigualdades dentro dos países e entre eles cresceram durante a pandemia. É provável que as repercussões da guerra na Ucrânia, como o risco de fragmentação, amplifiquem essas desigualdades, o que poderia reverter anos de progresso. A pandemia também aprofundou as diferenças de gênero de longa data, o que gera implicações macroeconômicas fundamentais. Os estudos do FMI têm destacado sistematicamente os benefícios de abordar a desigualdade extrema, como o aumento da produtividade e da estabilidade financeira" (FMI: *Relatório Anual do FMI 2022, crise após crise*, 2022, disponível em <https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2022/downloads/imf-annual-report-2022-portuguese.pdf>, acesso em 10/01/2023.

25. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 2011, disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf, acesso 20/10/2022.

O primeiro princípio estabelecido pela Organização das Nações Unidas (daqui em diante, ONU) diz respeito a norma de conduta que os Estados devem cumprir e que não se confunde com a sua responsabilidade primária em caso de uma empresa violar direitos humanos dos trabalhadores. Todavia, esta responsabilidade poderá emergir desde que se verifique a omissão na adoção de medidas que poderiam ter adotadas para prevenir responsabilidade, como ocorreu na condenação imposta ao Brasil pela Corte Interamericana de direitos Humanos (daqui em diante, Corte IDH) no caso da Fábrica de Fogos²⁶.

Há que ponderar que a obrigação do Estado não está atrelada unicamente a reprimir ou fiscalizar. É necessário que desenvolva um sistema de cultura e assessoramento de maneira que promova a educação nas empresas para que possam conhecer as regras de tutela a direitos humanos a fim de que elas possam respeitar e aplicar os princípios e o núcleo duro da proteção internacional e interna²⁷.

Os Estados têm uma grande responsabilidade sobre as empresas que desenvolvem atividades em seus territórios, justamente porque é deles a concessão para tanto. É, a partir desta premissa que deve cumprir sua obrigação de proteção: (i) fazendo que as empresas possam sujeitar-se as leis respectivas e que devam ser adequadas a remediar eventuais carências; (ii) assegurando que outras leis e normas propiciem que as empresas respeitem direitos humanos; (iii) assessorando de forma eficiente

26. “El 11 de diciembre de 1998 se produjo una explosión en una fábrica de fuegos artificiales ubicada en el municipio de Santo Antônio de Jesus, en el estado de Bahia, en Brasil. La fábrica consistía en un conjunto de carpas ubicadas en potreros con algunas mesas de trabajo compartidas. Como consecuencia de la explosión, murieron 60 personas y seis sobrevivieron. Entre las personas que perdieron la vida se encontraban 59 mujeres –de las cuales 19 eran niñas– y un niño. Entre las personas sobrevivientes, se encontraban tres mujeres adultas, dos niños y una niña. Cuatro de las mujeres fallecidas se encontraban en estado de embarazo. Ninguno de los sobrevivientes recibió tratamiento médico adecuado para recuperarse de las consecuencias del accidente. La gran mayoría de las trabajadoras en la fábrica eran mujeres afrodescendientes que vivían en condición de pobreza y tenían un bajo nivel de escolaridad. Eran contratadas informalmente y tenían salarios muy bajos. Tampoco les ofrecían equipos de protección individual, ni entrenamiento o capacitación para ejercer su labor. Además, había varias niñas y niños trabajando en la fábrica, pese a que la Constitución de Brasil y la normativa infraconstitucional prohibían el trabajo de niños en este tipo de actividad. Según se estableció en la sentencia, la fábrica contaba con autorización del entonces Ministerio del Ejército y de la municipalidad para su operación. Sin embargo, desde el registro de la fábrica de fuegos, hasta el momento de la explosión, no hubo fiscalización alguna por parte de las autoridades estatales en relación con las condiciones laborales o con el control de actividades peligrosas, pese a que esta era una exigencia de la normatividad por el riesgo que implicaba la actividad desplegada en la fábrica. En relación con la explosión, se inició un proceso penal y un proceso administrativo, así como varios procesos civiles y laborales. Al momento de emitir la Sentencia, sólo habían culminado el proceso administrativo y algunos procesos en las vías civil y laboral, sin que se hubiera logrado la ejecución completa de la reparación en estos últimos. Los demás procesos, pasados más de 18 años, se encontraban pendientes en diversas etapas” (Corte IDH: Caso Empleados de la Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil, 15/7/2020, disponible em [Biblioteca Corte IDH](#), acceso em novembro de 2022).

27. “El incumplimiento de las leyes en vigor que directa o indirectamente regulan la observancia de los derechos humanos por las empresas constituye una laguna legal frecuente en la práctica de los Estados. Puede tratarse tanto de leyes de no discriminación como de leyes laborales, ambientales, relativas a la propiedad, a la privacidad y al soborno. Por consiguiente, es importante que los Estados examinen si se están aplicando eficazmente (...) esas leyes y que se pregunten, de no ser así, por qué motivos se incumplen y qué medidas podrían razonablemente corregir la situación. No menos importante es que los Estados examinen si estas leyes ofrecen suficiente cobertura habida cuenta de la evolución de la situación, y si generan, junto a las políticas pertinentes, un entorno propicio para que las empresas respeten los derechos humanos” (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, ob. cit.).

e eficaz as empresa para que respeitem direitos mínimos; (iv) exigindo, caso seja necessário, que as empresas tenham em conta como suas ações poderão impactar direitos humanos²⁸.

O fato de o Estado decidir privatizar as atividades, não o isenta de cumprir com sua obrigação na ordem internacional (e, também, interna), qual seja, de exigir o cumprimento do respeito a direitos humanos e fundamentais, estabelecido no âmbito interno e/ou internacional, devendo manter a fiscalização e orientação inclusive sobre os impactos que poderiam ter em caso de violações consumadas ou ameaças.

Observe que a segurança jurídica é essencial para que este objetivo seja alcançado, pois quanto mais divergente o conjunto de leis e as posições jurisprudenciais, torna-se mais tormentosa a ação Estatal. Assim que é necessário haver coerência nas políticas, leis e processos de implementação das obrigações: quanto mais divergência, maior insegurança e maior o espaço para o descumprimento seja por ação dolosa ou culposa das empresas.

Necessário, ainda que se estabeleça um marco normativo que respeite os direitos humanos no plano dos negócios internacionais, seja por meio de tratados ou acordos econômicos de qualquer natureza, entre Estados ou Estado e empresa.

Por fim, quando um Estado atue na condição de membro de uma instituição multilateral para tratar de questões relacionadas a empresas deverá: (i) zelar para que as negociações não se restrinjam a capacidade de proteção de direitos humanos; (ii) incentivar que estas instituições promovam e ajudem as empresas para que cumpram seu dever de respeitar direitos humanos, mediante assistência técnica e fomento da sua capacidade e sensibilidade; (iii) inspirar-se nos princípios estabelecidos pelas Nações Unidas que devem reger a atividade empresarial para que promova o mutuo atendimento e a cooperação internacional na gestão da questão relacionada a direitos humanos.

Por sua parte as empresas estão sujeitas a respeitar os direitos humanos reconhecidos na Carta das Nações Unidas e o patamar mínimo estabelecido pela Organização Internacional do Trabalho (daqui em diante, OIT) conforme sua declaração de princípios e direitos mínimos²⁹. O fato de exercerem atividades em países que não sejam membro de tais organizações ou não tenham subscrito alguma de suas normas, não desautoriza as empresas a atender o mínimo estabelecido nos diversos Pactos Internacionais e aqui chamo a atenção para o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), para a Convenção Interamericana da Direitos Humanos (CIDH) e Carta Social Europeia, especialmente no que concerne ao conteúdo do art. 26 da CIDH que não permite o retrocesso aos avanços já alcançados pelos

28. *Ibid.*

29. A declaração de princípio e políticas sobre a justiça social foi adotada pela OIT na Conferencia Internacional do Trabalho de 2008 emendada em 2022. Nesta ocasião reafirmou-se os valores e fundamentos de 1998 e as obrigações e compromisso que são inerentes ao Países membros da OIT, isto é: "a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y e) un entorno de trabajo seguro y saludable" (OIT: *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, ob. cit.).

países no que concerne ao desenvolvimento de direitos sociais, culturais, econômicos e ambientais.

Por fim, a Declaração das Nações Unidas sobre a vinculação das Empresas com os Direitos Humanos, termina com um item relativo aos princípios operativos que se traduzem no compromisso político que elas possuem em assumir quanto a responsabilidade em respeitar direitos humanos, aconselhando que todo pacto empresarial tenha cláusulas de responsabilidade, compromissos e expectativas; além disso, a declaração deve ser pública e amplamente difundida a nível nacional e internacional. Isso pode resultar difícil para aquelas empresas que trabalham com uma larga rede de produção e, neste caso,

las empresas deben identificar las áreas generales que presenten mayor riesgo de consecuencias negativas sobre los derechos humanos, ya sea debido al contexto operativo de ciertos proveedores o clientes, a las operaciones, los productos o los servicios de que se trate, o a otras consideraciones pertinentes, y dar prioridad a la debida diligencia en materia de derechos humanos en esas áreas³⁰.

A pergunta que pode surgir seria: se, de fato, a empresa adota todas as diligências e compromissos orientados pela Declaração de Princípios, poderia estar isenta de responsabilidade em caso de que alguma das contratadas na linha de produção promova ações que violem direitos mínimos?³¹.

A resposta poderia ser positiva, mas a própria declaração ressalta que isso poderá não ocorrer pois dependerá do sistema jurídico de responsabilidade adotado por cada um dos Países em que estiver estabelecida ou que se produzir o resultado. É aconselhável que para evitar riscos em razão de eventuais violações, que as empresas devem proceder o estudo dos impactos sociais, a fim de identificar e avaliar as consequências negativas a que poderão ver-se implicadas. Especialmente em áreas mais vulneráveis, como por exemplo, a indígena ou quilombola, o risco aumenta de modo que seria aconselhável que se possa recorrer a um especialista em direitos humanos e não apenas a profissionais que se dediquem a direito empresarial.

30. *Ibid.*

31. Caso interessante na jurisprudência brasileira, foi o que analisou a situação da responsabilidade na linha produtiva encontra-se no processo que tramitou pela Tribunal de São Paulo: “a prova é clara no sentido de que a AHA servia completamente aos interesses da Zara, não detendo qualquer autonomia na produção, o que ia desde a escolha do tecido, modelo confeccionado, cor, preço, tudo realizado de acordo com as especificações da Zara, inclusive as poucas empregadas existentes no âmbito da AHA reportavam-se à gerente da ZARA. Ou seja, a AHA passou a operar como empresa da ZARA, apenas ostentando razão social diversa, operando, nitidamente, como empresa interposta na quarterização dos serviços de confecção, que sequer eram prestados no âmbito da AHA, a qual, apesar de ser uma confecção, sequer possuía máquinas de costura. O princípio da ajenidad, oriundo da doutrina espanhola, significa aquisição originária de trabalho por conta alheia. A partir deste princípio, a aquisição originária de trabalho dá-se com o tomador de serviços, com quem se firma o vínculo empregatício. Premissa a partir da qual decorre a presunção de que o trabalho é exercido para e por conta de outra pessoa, o tomador de serviços. Assim, pelo princípio da ajenidad, a regra é o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, pela vinculação originária, o que atribui ao fenômeno da terceirização de serviços sua natureza excepcional à regra de vínculo direto com o tomador dos serviços” (TRT/SP: Processo nº 00016629120125020003, TRT/SP – 4º Turma– 7/11/2017).

É certo que muitas vezes é absolutamente difícil que a empresa consiga controlar a ação de cada subcontratado ou cada pessoa que se situe em algum ponto da linha de produção. Daí a importância da primeira parte da Declaração que está dedicada a responsabilidade estatal quando omitir-se a adotar ações e políticas que deve desenvolver a fim de possibilitar o desenvolvimento econômico e social sustentável e harmônico: a ação coordenada entre Estado e empresa é fundamental para que seja possível concretizar o respeito aos direitos fundamentais.

Si una empresa no ha contribuido a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos pero esas consecuencias guardan relación directa con las operaciones, productos o servicios prestados por otra entidad con la que mantiene relaciones comerciales, la situación es más compleja. Entre los factores que determinan la elección de las medidas adecuadas en situaciones de este tipo figuran la influencia de la empresa sobre la entidad en cuestión, la importancia de esa relación comercial para la empresa, la gravedad de la infracción y la posibilidad de que la ruptura de su relación con la entidad en cuestión provoque en sí misma consecuencias negativas sobre los derechos humanos.

De toda sorte, aconselha-se que, se a empresa tem condições de mitigar ou prevenir o dano, deve fazê-lo independentemente da discussão quanto a existência ou não de sua responsabilidade, pois em alguns casos a atividade desenvolvida pelo terceiro é crucial para a empresa, de modo que não se lhe permite rejeitar aquilo que depende a sua produção. Considera-se crucial a dependência comercial da empresa sobre o produto ou serviço sobre o qual recai a divergência ou a violação a direitos. A regra geral é de que, se a empresa não contribuiu para a violação ou o dano, não deve responder como agente causador do resultado, não obstante tenha a obrigação de cooperar para que os responsáveis pela ação ou omissão sejam punidos. A questão deve ser resolvida no campo da responsabilidade pela contatação no elo da linha de produção ou serviço, caso que deve ser tratado no campo da *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando*. Cada sistema jurídico tem um tratamento para tal situação e o sistema brasileiro cuidou do tema no âmbito da Lei 6019/1974 quando regulamentou a responsabilidade subsidiária tanto das empresas prestadoras de serviços como das empresas temporárias³².

É relevante dizer que a obrigação das empresas não se limita ao respeito da norma interna, ao contrário, a responsabilidade que assume quando exerce uma atividade no seu país de origem ou em país terceiro, é de natureza internacional, pois que está obrigada ao cumprimento das normas internacionais que são instituídas com objetivo de proteger direitos humanos, buscando fórmulas e adotando ações para o cumprimento das regras internacionais fixadas e considerando os riscos que possam provocar a violação de direitos. Isso quer dizer que, se uma norma interna viola uma norma de natureza internacional ou viabiliza o risco de seu descumprimento,

32. Sobre o estudo desta lei, v. Nahas, T. C.: "Terceirização: Lei 6.019, de 03 de janeiro de 1974", in Nahas, T. C. et al.: *Leis Trabalhista Comentadas*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2018.

incumbe a empresa adotar medidas que vão justamente no sentido de cumprir com a normativa internacional.

A orientação se justifica especialmente pelo fato de que o mundo está globalizado e não há mais fronteiras seja para a produção de bens e serviços, e para o comércio em geral. Um negócio que se estabeleça em um País certamente poderá afetar outros países, especialmente num momento em que as ações giram em torno de tecnologias e relações que se estabelecem em uma grande teia global, envolvendo trabalhadores, meios de produção e *comodities* de diferentes partes do globo, o que leva a conclusão de que as empresas devem ter em conta todos os efeitos de suas ações.

Por fim, o informe trata dos meios e mecanismos, judiciais e extrajudiciais, que os Estados devem conservar para a proteção de direitos humanos, os quais devem admitir o acesso aos meios judiciais, legislativos e administrativos. Tais vias devem guardar a natureza preventiva e reparadora e devem consistir num sistema de garantias que permitam o acesso irrestrito e ilimitado. Em se tratando de órgãos de solução extrajudicial, determinar que tais entidades sejam: (a) legítimas; (b) acessíveis; (c) previsíveis; (d) equitativas; (e) transparentes; (f) compatíveis com o direito que se assegura; (g) fonte de aprendizagem; e (h) baseada na participação e no diálogo.

IV. MICROEMPREENDEDOR – A ZONA CINZENTA BRASILEIRA

Importa fazer um parêntesis para o crescimento do número de *microempreendedores* especialmente em 2020 no Brasil³³. Desde a crise econômica de 2008, a economia colaborativa e a informalidade ganharam um espaço maior em várias atividades. Entre as duas crises, isto é, 2008 e 2020 a fratura na estrutura do trabalho subordinado acentuou-se e uma das opções para a empregabilidade e crescimento econômico foi, sem sombra de dúvida, o programa do microempreendimento³⁴.

Veja-se às discussões que ganham os Tribunais no que diz respeito ao fenômeno cunhado como *uberização* e que apresenta um traço comum de crescimento no que concerne a empregabilidade³⁵. O fenômeno atende anseios de muitos trabalhadores que desejam ter tempo de trabalho flexível e uma expectativa de maior remuneração, garantindo-se as empresas que administram as plataformas maior liberdade de mobilidade de negócios. Assim é que o empreendedorismo se *desprega* do seu conceito original, ou seja, de viabilizar a prática e lançamento de uma atividade ou produto que

33. “Cresceu o número de microempreendedores individuais em 2020. O setor responde por 56,7% do total de negócios em funcionamento no país”, *Gov.br*, publicado em 02/03/2021, atualizado em 31/20/2022, disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/trabalho-e-previdencia/2021/03/cresceu-o-numero-de-microempreendedores-individuais-em-2020>, acesso em 19/01/2023).

34. Nahas, T. C.: “Trabalhador empreendedor: ¿Tendência ou Solução para evitar a precariedade?”, *Papeles de Discusión (IELAT, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos)*, núm. 21, 2020, pp. 25-29. Ejemplar dedicado a Nuevas formas de trabajo y economía informal, coordinado por José Eduardo López Ahumada.

35. Sentença reconhecendo a inexistência de relação subordinada, processo: TST, Processo AIRR - 10379-07.2022.5.03.0006, 4ª Turma, Relator: Ives Gandra da Silva Martins Filho Julgamento: 14/12/2022, Publicação: 19/12/2022. Reconhecendo a existência de relação subordinada: Processo: RR - 100353-02.2017.5.01.0066; 3ª Turma Relator: Mauricio Godinho Delgado; Julgamento: 06/04/2022; Publicação: 11/04/2022.

seja inédito e pioneiro, para mostrar-se, a final, como uma solução ao desemprego e uma expectativa de que o trabalhador poderá alcançar o nível de patrão, ainda que não seja o detentor dos meios de produção.

Qualquer cumprimento de compromisso assumido no que concerne a observância do mínimo da tutela a direitos fundamentais nas relações de trabalho deveria deitar o foco sobre o trabalhador empreendedor, que vestido do manto da pessoa jurídica é, na verdade, um trabalhador que não se ajusta ao modelo legislativo das relações de emprego por conta alheia tradicional ou autônomo. O conceito vai mais além da sua origem para promover a inclusão numérica de trabalhadores que, à margem da tutela estatal, acabam entrando no mercado de trabalho ilusionados pela perspectiva de um posto de trabalho que lhe possa garantir uma remuneração mínima, arcando com o custo da atividade e organização empresarial, sendo seduzido pela expectativa de efetivamente ser *empresário*. Os Estados lhes facilitam a estrutura jurídica com um antagônico resultado de ter uma ocupação, ainda que sem a expectativa de que efetivamente possam ter sucesso no empreendimento a que se dedicam.

Se considerados a relação tradicional de trabalho, poderiam aproximar-se da posição de trabalhadores por conta alheia. Mas, na maioria das vezes, não querem e nem lhes interessa submeter-se as estruturas empresariais ou as cláusulas contratuais inflexíveis que não lhes permite administrar seu tempo de trabalho³⁶. Ainda que as empresas estejam cada vez mais desorganizadas do sistema homogêneo e hierárquico impactando o tempo de trabalho e se baseiem em sistemas heterogêneos e individuais, há uma pressão de sistemas jurídicos como o brasileiro que estabelece um modelo inflexível, levando às partes contratuais a buscar modelos que vão funcionar à margem da legislação, viabilizando fraudes e um aumento contínuo da conflituosidade especialmente em situações de crise econômica, que desaguam no processo judicial litigioso.

Em sistemas jurídicos em que os sindicatos são livres, a negociação coletiva tem se mostrado como um poderoso instrumento para coibir a busca por opções que possam evitar a precarização das relações.

36. “El tiempo de trabajo fue la esencia del primer Convenio Internacional del Trabajo, Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (No. 1). Con el pasar de los años, el tiempo de trabajo continúa siendo una de las preocupaciones principales de la OIT, quien ha adoptado normas internacionales con respecto a una variedad de temas relacionados con el tiempo de trabajo, incluyendo no solamente normas que establezcan límites en las horas de trabajo, sino que también provean un mínimo de periodo de descanso semanal, vacaciones anuales pagadas, protección para los trabajadores nocturnos e igualdad de trato para los trabajadores a tiempo parcial. Basándose en estas normas internacionales del trabajo y según recientes investigaciones sobre las tendencias y avances del tiempo de trabajo, el Programa de la OIT sobre las Condiciones de Trabajo y del Empleo (TRAVAIL) ha identificado cinco dimensiones del trabajo decente en relación al tiempo de trabajo, o “tiempo de trabajo decente”. Estas cinco dimensiones son: la distribución del tiempo de trabajo debe promover la salud y la seguridad; ser conveniente para la familia (*family-friendly*); promover la igualdad de género; aumentar la productividad y la competitividad de las empresas; y facilitar la elección y la influencia del trabajador en sus horas de trabajo. Para promover estas cinco dimensiones se requiere una amplia gama de políticas a nivel nacional, sectorial y/o empresarial. La combinación exacta de políticas a seguir variarán significativamente de país a país (e incluso entre estados o regiones dentro de un mismo país), dependiendo de la situación socioeconómica” (OIT: Tiempo de Trabajo Decente: el equilibrio entre las necesidades del trabajo con las exigencias de los negocios, OIT, Ginebra, 2007, disponible em: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2007/107B09_68_span.pdf, acesso em 19/01/2023).

Considerando que os microempreendedores adquirem a natureza jurídica empresarial, a eles também se aplicam as orientações sobre direitos humanos, tanto no intuito de protegê-los e também de impor-lhes a obrigação de respeitar as normas mínimas de proteção a terceiros quando da realização do trabalho que se propõe.

Há peculiaridade no que toca a estas pessoas/empresas, de modo que, as grandes, média e pequenas empresas que com eles negociam deverão ponderar o fato de que, mais além da relação de natureza comercial, devemos considerá-los como destinatários da tutela internacional destinada a trabalhadores autônomos/ semidependentes. Ocorre que, a deficiência dos sistemas jurídicos, inclusive das orientações da própria OIT que, tradicionalmente, estende a tutela laboral apenas a trabalhadores por conta alheia³⁷, uma importante parcela de trabalhadores que se encontravam em zonas cinzentas ou simplesmente acabaram marginalizados, facilitando ao discurso capitalista liberal a promessa de que o modelo microempreendedor, seria um opção a melhoria de sua condição de vida, solução esta falaciosa que está criando um exército de trabalhadores que o direito do trabalho não está sendo capaz de socorrer, permanecendo justo na fratura do sistema jurídico tradicional.

O raciocínio do jurista deverá ir além da clássica divisão de subordinação e autonomia, sob pena de viabilizar a violação a direitos fundamentais dos trabalhadores que ficarão expostos a violação de direitos mínimos consagrados nas Cartas internacionais.

V. DA INDÚSTRIA 5.0

A indústria 5.0 tem suas raízes na indústria 4.0 e acaba sendo, desde meu ponto de vista, o resultado, também, da proposta dos objetivos buscado pelo Pacto Mundial do Emprego³⁸ e dos pilares da Agenda para o Trabalho Digno. O Pacto tem por proposta a união concertada de governos, sindicatos e empresas visando o aumento do emprego digno e a proteção social, nada mais que a concretização do objetivo programa do trabalho decente lançado pelas Nações Unidas como um dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (daqui e diante, por sua sigla, ODS) nº 8 que trata do Trabalho Decente e Crescimento Econômico³⁹. O Pacto tem por núcleo central buscar

37. O convenio 190 da OIT avançou no tema da proteção ao trabalhador, prevendo que estão tutelados pelas normas da OIT não somente os trabalhadores por conta alheia (subordinados) mas, também, os trabalhadores por conta própria em qualquer modalidade. Observadas as peculiaridades e luta que organismos se dedica contra a informalidade, é certo que, foi a primeira norma em que parece ter dado uma ampla proteção a uma grande parte de trabalhadores que acabam por encontrar-se marginalizados uma vez que não possuem vínculos de subordinação.

38. "El Pacto Mundial para el Empleo fue adoptado unánimemente el 19 de junio de 2009 en la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT) en la que se reúnen anualmente los mandantes de la OIT –gobiernos, y organizaciones de trabajadores y empleadores– para examinar los desafíos que enfrenta el mundo del trabajo. El Pacto Mundial para el Empleo fue adoptado después de obtener un fuerte respaldo durante una reunión especial de tres días, la Cumbre sobre la Crisis Mundial del Empleo, que contó con la presencia de Jefes de Estado y de Gobierno, vicepresidentes, ministros del Trabajo, y representantes de empleadores y trabajadores, y otros dirigentes. El Pacto ofrece un marco de respuestas a las crisis diseñadas para guiar las políticas nacionales e internacionales y estimular la recuperación económica". ("Acerca del Pacto", *ilo.org*, disponível em: <https://www.ilo.org/jobspact/about/lang--es/index.htm>, acesso em 19/01/2023).

39. "Durante los último 25 años, la cantidad de trabajadores que viven en condiciones de pobreza extrema ha

um marco para o emprego viabilizando o crescimento econômico, o que somente se torna possível em havendo a promoção do trabalho que envolve ações de políticas públicas, formação e reciclagem da formação do trabalhador, remuneração justa e condições de trabalho dignas; proteção social que se verifica em uma ação coordenada entre empresas a respeito do núcleo duro dos direitos humanos e tudo isso somente se pode obter com o diálogo social entre os principais atores sociais.

O aperfeiçoamento dos instrumentos e metas para o cumprimento deste objetivo se incrementaram especialmente após o início da pandemia causada pela COVID-19 que provocou um enorme retrocesso social e econômico⁴⁰ levando os programas empresariais a adotar uma estratégia que se baseia no ser humano. Assim, que destinaram uma atenção especial a preservação ambiental e a economia verde, como forma de uso consciente e sustentável da energia e do carvão neutro⁴¹

O art. 26 da CIDH tem seus limites e alcance estabelecidos no Protocolo de San Salvador⁴² e no PIDESC e consoante as orientações traçadas pela Observação Geral nº 3 (5º sessão do Comité do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1990) e princípios de Limburg sobre a aplicação do PIDESC. Por tais normas se intenciona a harmônica convivência entre os direitos sociais mínimos e a liberdade empresarial. Busca-se o incremento da produção com foco na digitalização, observando que a tecnologia deve ser direcionada de forma eficiente com o objetivo de se permitir uma produção flexível.

A Comissão Europeia publicou um estudo orientando as diretrizes sobre o futuro da indústria europeia, nominando de “indústria 5.0”⁴³. Nele se propõe chaves para as transições econômica e social da indústria europeia fundada no respeito ao meio ambiente e colocando o bem-estar do trabalhador no centro do processo de

disminuido drásticamente, pese al impacto de la crisis económica de 2008 y las recesiones globales. En los países en desarrollo, la clase media representa hoy más de 34% del empleo total, una cifra que casi si triplicó entre 1991 e 2015. Sin embargo, mientras la economía mundial continúa recuperándose presenciamos un crecimiento más lento, un aumento de las desigualdades y un déficit de empleos para absorber la creciente fuerza laboral. Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), e 2015 hay más de 204 millones de personas desempleadas. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible apuntan a estimular el crecimiento económico sostenible mediante el aumento de los niveles de productividad y la innovación tecnológica. Fomentar políticas que estimulen el espíritu empresarial y la creación de empleo es crucial para este fin, así como también las medidas eficaces para erradicar el trabajo forzoso, la esclavitud y el tráfico humano. Con estas metas en consideración, el objetivo es lograr empleo pleno y productivo y un trabajo decente para todos los hombres y mujeres para 2030” (“Los ODS en Acción: ¿Qué son los Objetivos de Desarrollo Sostenible?”, *undp.org*, disponível em <https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals#trabajo-decente-crecimiento-economico>, acesso em 09/01/2023).

40. CEPAL: “La pandemia del COVID-19 generó un retroceso de más de una década en los niveles de participación laboral de las mujeres en la región”, Informe Especial COVID nº 9 (10/02/2021), disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/5/S2000740_es.pdf, acesso em 18/01/2023.

41. “Industry 5.0 has its roots in the concept of “Industry 4.0,” which has been coined in Germany in 2011, as a future project and part of the country’s high-tech strategy to be commonly adopted by business, science and decision-makers. It was originally linked to how and to what extent the country had succeeded during the first decade of the 21st century and how it could be more effective in the coming decades in order to keep the number of employees in production largely stable. It was focused not only to better meet the economic but also the special ecological requirements of “green production” for a carbon-neutral, energy-efficient industry.” (European Commission: *Industry 5.0: Towards a sustainable, humancentric and resilient European Industry*, ob. cit.).

42. Protocolo Adicional a CIDH, ratificado pelo Brasil e inserido no sistema nacional brasileiro opelo Decreto nº 3321 de 30/12/1999, disponível em [D2754 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/d2754), acesso em 01/01/2023.

43. European Commission: *Industry 5.0: Towards a sustainable, humancentric and resilient European Industry*, ob. cit.

produção. Acredita-se que as indústrias têm o poder de ir além da criação de emprego e do crescimento econômico, alcançando importantes benefícios sociais. Os avanços tecnológicos e o papel que a indústria deve ter nesta nova era importa num repensar na sua posição e no papel que tem na sociedade. É certo que

A crise da Covid-19 evidenciou a necessidade de repensar os métodos e abordagens de trabalho existentes. Isso exacerbou as vulnerabilidades de nossas indústrias, como frágeis cadeias de valor estratégicas, e sobrecarregou a necessidade de encontrar inovações flexíveis, mas robustas, para lidar com essas vulnerabilidades. Encontramo-nos num momento decisivo, em que parte do “velho normal” desmoronará e surgirá um “novo normal”. Esta transição pode ser uma janela de oportunidade para moldarmos e renovarmos activamente o papel da indústria na sociedade. Isso exigirá uma abordagem pró-ativa e orientada para o propósito, repensando os paradigmas subjacentes à nossa compreensão de como as sociedades, economias e indústrias funcionam (tradução livre)⁴⁴.

O novo paradigma buscado pela indústria 5.0, a final, baseia-se em outros elementos que reconhecem a importância do progresso econômico sem olvidar de aspectos necessários para o pleno desenvolvimento sustentável. Centra-se em cinco elementos. O primeiro, reconhece as rápidas transformações e evoluções sociais que tem lugar em todo o mundo. É certo que há muitos benefícios trazidos pela globalização, mas não se pode ignorar as desigualdades sociais que os processos globais trouxeram, criando frágeis estruturas e viabilizando a exploração de recursos naturais e humanos, aumento da poluição e destruição ambiental.

O segundo elemento considerado pela indústria 5.0 refere-se ao estabelecimento de políticas a nível Europeu que possam desenhar estratégias evolutivas para mitigar riscos e trazer benefícios para a sociedade. O acordo verde para o clima e a saúde do planeta que estabelece o objetivo europeu para a neutralidade climática daqui a 2050⁴⁵ e o Europe Fit for the Digital Age⁴⁶, que introduz novas regras para a inovação tecnológica e a regulamentação adequada para a economia digital, somados ao Livro Branco⁴⁷, formam parte de conjunto de estratégias para regulamentar os impactos que as tecnologias digitais estendem para a sociedade. Isto é, objetiva-se aproveitar as oportunidades e facilidades que as tecnologias geram, superando-se as dificuldades

44. Texto original: “The Covid-19 crisis has highlighted the need to re-think existing working methods and approaches. It has exacerbated the vulnerabilities of our industries, such as fragile strategic value chains, and super-charged the need to find flexible yet robust innovations to address these vulnerabilities. We find ourselves at a decisive moment, in which some of the “old normal” will crumble and a “new normal” will emerge. This transition could be a window of opportunity for us to actively shape and renew the role of industry in society. This will require a pro-active, purpose-oriented approach, rethinking the paradigms underlying our understanding of how societies, economies and industries function” (European Commission: *Industry 5.0: Towards a sustainable, humancentric and resilient European Industry*, ob. cit., p. 6).

45. Conselho de Europa: Pacto Verde Europeu, disponível em [Pacto Verde Europeu - Consilium \(europa.eu\)](https://european-council.europa.eu/media/e3000420/1664668412169/1664668412169_en.pdf), acesso em 20/01/2023.

46. Comissão Europeia, Europe fit for the Digital Age, disponível em [Europe fit for the Digital Age: Commission proposes new rules and actions for excellence and trust in Artificial Intelligence \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip23_1000), acesso em 20/1/2023.

47. Comissão Europeia: *Livro Branco sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança* (19/2/2020), disponível em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-611ea-aece-01aa75ed71a1>, acesso em 19/01/2023.

que são impostas ao ser humano, buscando um enfoque comum ao povo europeu⁴⁸ e, também, às relações com países terceiros.

O terceiro elemento considera que, não obstante a tecnologia tenha um disruptivo desenvolvimento, a adoção na indústria europeia pode ser vista dentro de um processo gradual: tecnologias específicas necessitam de altos investimentos em infraestrutura e de grandes investimentos em alguns tipos de indústria, além de reclamar uma fragmentação que se aproveita do trabalho dos pequenos investidores e empresários (*lacking digital skills* ou *investment capacity*). O desenho da tecnologia na Europa é muito diverso e apresenta uma grande variedade e depende da linha produção que tenta conciliar a alta produção tecnológica de última geração com pequenas empresas que ainda mantem um método produtivo de organização e produção.

O quarto elemento, baseia-se no trabalho encarregado pela Comissão Europeia a Direção Geral de Inovação⁴⁹, especialmente no Relatório Radical Innovation Breakthrough Inquier que identificou cem potenciais avanços em matéria de inovação e domínio, como por exemplo nas áreas de inteligência artificial, biomedicina e robótica, indicando como a Europa pode preparar-se para isso e como é viável que estes recursos sejam utilizados numa transição para um futuro mais sustentável para a sociedade europeia.

Por fim, o quinto elemento, está vinculado aos objetivos e resultados do projeto europeu para a pesquisa e inovação que desenvolve um guia de orientação para a transformação pertinente a alcançar a indústria 5,0 que objetiva algo mais além do lucro empresarial, visando o desenvolvimento de soluções que tornam a produção mais sustentável, resiliente e competitiva a longo prazo e enfrentam os desafios associados à interação benéfica homem-máquina e à correspondência de habilidades:

o foco desses projetos vai além dos ganhos que a digitalização e a automação adicional poderiam proporcionar às empresas em termos de eficiência e lucro. Eles desenvolvem soluções que tornam a produção mais sustentável, resiliente e competitiva a longo prazo e enfrentam os desafios associados à interação benéfica homem-máquina e à correspondência de habilidades⁵⁰.

Os projetos analisam desde a perspectiva empresarial e das indústrias e seus locais de trabalho, até o impacto que a digitalização tem sobre o meio ambiente de trabalho e a segurança dos trabalhadores. Abordagens fundadas e direcionadas unicamente ao lucro, já não são se sustentam mais. Para que uma indústria ou empresa seja próspera dentro do contexto da globalização, ela deve ter gravado em seus propósitos considerações sociais, ambientais e sociais.

Assim que o projeto da indústria 5,0 envolve três elementos, quais sejam, a resiliência a sustentabilidade, ambos e todas as ações com foco central no ser humano: o coração

48. Disponível em EUR-Lex - 52020XX1117(01) - EN - EUR-Lex (europa.eu), acesso em 21/01/2023.

49. Fraunhofer: RIBRI - Radical Innovation Breakthroughs Inquier, disponível em RIBRI - Fraunhofer ISI, acesso em 24/1/2023. Sobre as 100 100 Radical Innovation Breakthroughs Ribris for the Future, v. Visualization RIBRI (isi-project.eu).

50. Texto original: "the focus of these projects goes beyond the gains that digitalisation and further automation could provide to companies in terms of efficiency and profit. They develop solutions that render the production more sustainable, resilient, and competitive on a long-term basis, and tackle challenges associated with beneficial human-machine interaction and skills matching" (Fraunhofer: *RIBRI - Radical Innovation Breakthroughs Inquier*, ob. cit., p. 12).

do processo de produção é o ser humano. Considerar o ser humano como centro de tudo, faz com que se parta do ponto em que a abordagem deve centrar-se no ser humano, inserindo-o no centro do processo de produção. Ao invés de perguntar o que vamos fazer com a nova tecnologia, temos que perguntar o que a tecnologia poderá fazer por nós. Não é o trabalhador que deve se adaptar a tecnologia, mas a tecnologia que deve ser adaptada as habilidades do trabalhador e as suas necessidades. É imprescindível o desenvolvimento de programas de treinamento e orientação do trabalhador para que esteja apto a trabalhar e incorporar-se aos novos processos de produção e aos novos modelos de organizações empresariais. Os modelos de educação e formação desde a primeira infância devem ser orientados a formação do trabalhador no futuro.. As tecnologias não devem colidir com os direitos fundamentais do trabalhador, daí a importância de tratarmos do tema da inclusão digital e social e a adaptação e respeito a privacidade e segurança. É necessário uma convivência harmônica do processo produtivo em benefício do ser humano, abusando das novas tecnologias para que o ser humano possa usufruir de seus direitos mínimos.

Para ser uma indústria sustentável, inclusive em termos globais, é necessário que desenvolva um processo circular de utilização e reutilização dos recursos naturais reduzindo o desperdício, o consumo de energia, o efeito estufa e o impacto ambiental. A tecnologia poderá desempenhar um importante papel para otimizar os recursos e minimizar o desperdício.

Por fim, a resiliência refere-se,

à necessidade de desenvolver um maior grau de robustez na produção industrial, armando-a melhor contra interrupções e certificando-se de que ela possa fornecer e apoiar infraestruturas críticas em tempos de crise. Mudanças geopolíticas e crises naturais, como a pandemia de Covid-19, destacam a fragilidade de nossa abordagem atual à produção globalizada. Deve ser equilibrada através do desenvolvimento de cadeias de valor estratégicas suficientemente resilientes, de uma capacidade de produção adaptável e de processos empresariais flexíveis, especialmente nos casos em que as cadeias de valor sirvam as necessidades humanas básicas, como os cuidados de saúde ou a segurança⁵¹.

VI. CONCLUSÕES

Em linhas de conclusão dirigidas especificamente ao Brasil, o que devemos perguntar é que tipo de país queremos e quais os programas que existem para cumprir com o ideal que está sendo proposto pela formação europeia da indústria 5,0.

Muitas das empresas brasileiras contam com alta tecnologia, assim como, também, o poder público. Daí que parece adequado que se possa ter por paradigma

51. Tradução livre. Texto original: "Resilience refers to the need to develop a higher degree of robustness in industrial production, arming it better against disruptions and making sure it can provide and support critical infrastructure in times of crisis. Geopolitical shifts and natural crises, such as the Covid-19 pandemic, highlight the fragility of our current approach to globalised production. It should be balanced by developing sufficiently resilient strategic value chains, adaptable production capacity and flexible business processes, especially where value chains serve basic human needs, such as healthcare or security" (Fraunhofer: *RIBRI - Radical Innovation Breakthroughs Inquirer*, ob. cit., p. 14)

os programas e propósitos propostos na agenda 2020 das Nações Unidas, bem como para concretização da real harmonia entre os direitos fundamentais sociais, culturais, econômicos e ambientais, insculpidos no art. 26 da CIDH. O caminho que já percorreu a formação do direito do trabalho, aconselha que o diálogo entre o social e o econômico é necessário para que se possa permitir a inclusão dos grupos de trabalhadores excluídos, sendo certo que o trabalho é o direito fundamental capaz de permitir que as pessoas possam ter uma vida decente e digna.

A ação para alcançar o desenvolvimento sustentável não pode constituir um ato isolado das empresas e depende de uma ação coordenada de políticas públicas do Estado e do diálogo social que se deve estabelecer entre os três atores sociais: empresas, Estado e sindicatos. A tecnologia deve ser aplicada a favor do alcance a dignidade do ser humano o que implica em viabilizar que tenha flexibilidade no seu tempo de trabalho permitindo a coordenação adequada entre a vida privada e o trabalho realizado.

A proposta da indústria 5.0 mostra-se como um importante projeto que pode servir de inspiração as soluções buscadas pelo Brasil para a tutela do trabalhador. O projeto vai além da criação de postos de trabalho, objetivado que a produção respeite o meio ambiente e os direitos humanos já consolidados nas diversas cartas internacionais a que os diversos estados se comprometeram a cumprir.

Devemos decidir, na encruzilhada que nos encontramos, se desejamos seguir progredindo e adotar às políticas adequadas e o diálogo social para lograr o respeito aos direitos humanos mínimos viabilizando uma vida melhor as populações presente e futura, ou se damos marcha atrás e deixamos de acompanhar os programas e projetos de desenvolvimento sustentável proposto pelas Nações Unidas e que é o objeto central do programa do trabalho decente. Por ele, se persegue um mundo melhor e em que o processo produtivo, desenhado por Marx possa efetivamente permitir a valorização do trabalhador como ser humano capaz de usufruir oportunidades iguais e que, hoje, nitidamente levam a marca da diferença cunhada em diferentes degraus de acordo com as diretrizes fixadas, por vezes, em seletos escritórios de negócios em que o diálogo social não se faz presente e que não deveriam interessar suas propostas.

Bibliografia

- Bauman, Z.: *Vida de consumo (Sociologia)*, Fondo de Cultura Económica, 2012 [Edición de Kindle].
- Comissão Europeia: *Livro Branco sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança* (19/2/2020).
- Eurofound: *Employment and working conditions of select types of platform work*, Publications Office of The European Union, Luxembourg, 2018.
- Eurofound: *The rise in telework: Impact on working conditions and regulations*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022.
- European Commission: *Industry 5.0: Towards a sustainable, humancentric and resilient European Industry*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021.
- FMI: *Relatório Anual do FMI 2022, crise após crise*, 2022.
- Marx, K.: *El capital I* [Edición de Kindle].

- Mayer-Schönberger, V. y Ramge, T.: *La reinención de la economía. El capitalismo en la era del big data*, Turner Publicaciones, Madrid, 2019 [Edición de Kindle].
- Nahas, T. C.: "Terceirização: Lei 6.019, de 03 de janeiro de 1974", in Nahas, T. C. et al.: *Leis Trabalhista Comentadas*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2018.
- Nahas, T. C.: "Trabalhador empreendedor: ¿Tendência ou Solução para evitar a precariedade?", *Papeles de Discusión (IELAT, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos)*, núm. 21, 2020, pp. 25-29. Ejemplar dedicado a: Nuevas formas de trabajo y economía informal, coordinado por José Eduardo López Ahumada.
- Oficina de Actividades para los Trabajadores (ACTRAV): *Del Trabajo Precario al Trabajo Decente. Documento final del simposio de los trabajadores sobre políticas y reglamentación para luchar contra el empleo precario*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 2011.
- OIT: *Tiempo de Trabajo Decente: el equilibrio entre las necesidades del trabajo con las exigencias de los negocios*, OIT, Ginebra, 2007.
- OIT: *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2022.
- Ojeda Avilés, A.: "Dialéctica negativa como realidad del derecho del trabajo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 62, 2022, pp. 8-32.
- Rozas Balbotín, P.: *Crisis económica y energética en América Latina: su impacto en las operadoras españolas*, Naciones Unidas-CEPAL, Santiago de Chile, 2009.
- Standing, G.: *El precariado: una nueva clase social*, Ediciones de Pasado y Presente, Barcelona, 2015 [Edición de Kindle].




La metamorfosis del sistema de Seguridad Social marroquí. Especial atención a la asistencia sanitaria y prestaciones familiares

THE METAMORPHOSIS OF THE MOROCCAN SOCIAL SECURITY SYSTEM. SPECIAL ATTENTION TO HEALTH CARE AND FAMILY BENEFITS

María del Carmen Burgos Goye

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

Universidad de Granada

cburgos@ugr.es  0000-0003-3862-8074

Recibido: 11.01.2023 | Aceptado: 25.04.2023

RESUMEN

Analizar la evolución del sistema de protección social en Marruecos, su institucionalización y configuración actual, tras la modificación operada en su marco normativo por la Ley Marco nº 9.21 relativa a la protección social, focalizando nuestro examen en la articulación de la protección que se realiza mediante el modelo contributivo y la asistencia social y en particular, como afecta dicha reforma a la atención sanitaria y protección a la familia, valorando su actual configuración, las modificaciones propuestas, los logros conseguidos así como las disfuncionalidad irresolutas hasta ahora pero que inexcusablemente debe acometer para conseguir alcanzar el Estado de Bienestar que aspira implantar a corto plazo.

ABSTRACT

Analyze the evolution of the social protection system in Morocco, its institutionalization and current configuration, after the modification in its regulatory framework by Framework Law N°. 9.21 relating to social protection. Focusing our examination on the articulation of the protection that is carried out through the contributory model and social assistance and, in particular, how this reform affects health care and family protection, assessing its current configuration, the proposed modifications, the achievements as well as the unresolved dysfunctions up to now but that must inexcusably be tackled in order to achieve the Welfare State that it aspires to implement in the short term.

PALABRAS CLAVE

Inequidad social
Atención sanitaria
Familia
Reforma
Disfuncionalidades

KEYWORDS

Social inequality
Health care
Family
Reform
Dysfunctionality

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
- II. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL
- III. GESTIÓN Y ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
- IV. ASISTENCIA SANITARIA
 - A. Evolución
 - B. Requisitos y ámbito subjetivo
 1. *Modalidad contributiva*
 2. *Modalidad asistencial*
 - C. Disfuncionalidad del sistema sanitario
- V. PRESTACIONES FAMILIARES
 - A. Delimitación conceptual
 - B. Tipologías
 1. *Subsidio familiar*
 2. *Licencia por nacimiento*
 3. *Asignaciones diarias de maternidad*
 4. *Permiso de lactancia*
- VI. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Realizar un estudio sobre la protección social en Marruecos entraña la dificultad de profundizar en un sistema de protección social que presentan diferencias y similitudes no solo en cuanto a su génesis, sino también en su evolución y posterior desarrollo en relación a las legislaciones occidentales. En este sentido, conviene recordar la proposición de que el progreso económico como regla general suele ir de la mano del progreso social. Sin embargo, cabe destacar la presencia de países que por omisión o inexperiencia incumplen con esta fórmula, dejándolo como una asignatura pendiente para más adelante. Ejemplo de esta premisa lo encontramos en Marruecos, cuyo sistema de protección social ha ido evolucionando y transformándose en paralelo a un progresivo crecimiento económico gracias a una estabilidad política de la que carecen muchos países africanos. Sin embargo, no ha sido hasta la pandemia del Covid 19 cuando el fourierismo sobre la “cuestión social” ha adquirido el protagonismo necesario, debido primordialmente a que las diferentes reformas han descuidado los objetivos sociales, declinando la responsabilidad del ajuste exclusivamente sobre los trabajadores y provocando, de este modo, un impacto negativo sobre el bienestar de sus ciudadanos, sobre todo, de los más desfavorecidos, rebajando sus garantías sociales.

A partir de ese momento, y precisamente durante la crisis sanitaria, es cuando comienza a adoptar políticas públicas y legislativas para alcanzar la generalización de la protección social y conseguir la equidad social, tal y como recoge el artículo 4 de la Ley Marco núm. 9 de 2021 sobre Protección Social (BORM nº 6975) que entró en vigor al año siguiente (sin perjuicio de que su desarrollo se realizara de forma paulatina, una vez se han publicado las correspondientes leyes ordinarias sobre cada uno de los

objetivos marcados), dejando a salvo la cohabitación con otras políticas públicas que existen en esta materia, lo que significa la continuación de la ejecución de las políticas sectoriales, incluidas las dirigidas a los adultos mayores, las personas con discapacidad y los jóvenes.

Para comprender su configuración actual, hay que tener en cuenta su evolución histórica, cuyo eje primigenio se basaba en el sistema de solidaridad tradicional¹, propio de los países árabes, que se caracterizan por un sistema de responsabilidad social sustancialmente fuerte y cohesivo por el cual las familias se ayudan entre sí en tiempos de escasez y donde los ingresos se redistribuyen entre los más pobres por asociaciones y fundaciones religiosas y benéficas, que se mantuvo vigente durante las dos primeras décadas del protectorado y tenían una estructura similar a la gremial española. Cuyo origen se relaciona, como no podía ser de otra manera, al surgimiento del Derecho del Trabajo, es decir, a la búsqueda de los trabajadores por obtener mejores condiciones laborales, para ellos y para sus familias, de ahí que, la cobertura se focalizara inicialmente con la dimensión socio-económica, fundamentalmente en la protección de “viejos riesgos sociales” –enfermedad y el accidente–, propios de la sociedad y el mercado laboral de esa época²; y que cristalizan, en el caso de Marruecos, en la Ley núm.18-12 de 28 de junio de 1927, relativa a la reparación de Accidentes de Trabajo, cuyas disposiciones fueron ampliadas a las Enfermedades Profesionales, mediante la Ley núm. 1-14-190 de 31 de mayo de 1943 (en la actualidad, se está examinando un proyecto de ley que modifica ambas disposiciones) y que no son más que reflejo de la trasposición de la Ley de Accidente de Trabajo española de 31 de enero de 1900 y del Decreto de 10 de enero de 1947 para la Enfermedad Profesional. Si bien, su obligatoriedad en el caso alauita no se fija hasta 1949 para el accidente de trabajo y en 2002 para la enfermedad profesional, circunscribiendo su ámbito subjetivo inicial a trabajadores por cuenta ajena, así como a los empleados del sector público.

Con respecto a la institucionalización del sistema de protección social, es preciso recordar que Marruecos logró su independencia de Francia mediante la disolución del Tratado de Fez de 2 de marzo de 1956 y dos años más tarde de España a través del Tratado de Angra de Cintra de 1 de abril de 1958. Pues bien, a raíz de estos acontecimientos políticos, la Seguridad Social se institucionaliza en Marruecos por la Ley núm. 1-59-148 del 31 de diciembre de 1959, por la que se establece un sistema de Seguridad Social (completado y modificado por Ley núm. 1-60-104 de 25 de junio de 1960), que no es más que una recopilación normativa de los diferentes sistemas de protección social sectoriales que existían en dicho *status quo*.

Y cuya regulación actual figura sistematizada en la Ley de 27 de julio de 1972, que está inspirada en la Convención núm.102 de la OIT, sobre normas mínimas de Seguridad Social (que no fue ratificada hasta el 2019) y que ha sido objeto de diferentes

1. Conference Euro-Mediterranenne. Sécurité sociale: facteur de cohésion sociale. 27-28 mai 2004. Limassol (Cyprus), p. 21. Etat des Lieux de la Protection Sociale. Recuperado el 15 de noviembre de 2022 de https://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/source/socialsecurity/limassol_fr.doc.

2. Esping-Andersen, G.: *Fundamentos sociales de las economías posindustriales*, Oxford Academic, Oxford, 1999, p. 188

reformas, la más reciente, la Ley Marco de 5 de abril de 2021, relativa a la protección social, cuyo objetivo es generalizar la cobertura social en beneficio de todos los marroquíes en un periodo quinquenal 2021-2025, de modo que, a la terminación del mismo, se espera lograr el saneamiento de la financiación y simultáneamente extender la asistencia social para mejorar la protección de las categorías pobres y vulnerables, así como a las familias con ingresos limitados, haciendo especial hincapié en la infancia (sobre todo el abandono escolar), la enfermedad, la vejez y la pérdida del empleo. Para ello, la distribución temporal prevista por este instrumento político por parte del ejecutivo marroquí es la siguiente:

- La generalización del seguro médico obligatorio, a finales de 2022. En este sentido, el objetivo es lograr la ampliación del ámbito subjetivo cuyo incremento cuantitativo estimado es de 22 millones de personas adicionales, con el que se espera cubrir tantos costes de tratamiento como de medicaciones y hospitalización de la población que potencialmente será asegurada.
- La extensión de las prestaciones familiares durante los años 2023-2024 a las familias que no se beneficien de ellas en los textos vigentes. Estas familias se beneficiarán, según los casos, de indemnizaciones generales o de protección específicas en caso de riesgos para la infancia (abandono escolar y el desamparo de los menores), está dirigida a 7 millones de niños en edad escolar. Especialmente a aquellos que pertenecen a familias en situación precaria, además de beneficiar a tres millones de hogares sin niños en edad escolar³.
- Ampliación cuantitativa de afiliados a planes de pensiones. Se pretende incluir a 5 millones de personas que no realizan ningún empleo y no perciben ninguna pensión (previsión 2025).
- La generalización de la indemnización por la pérdida de empleo durante el año 2025 para cubrir a cualquier persona que ejerza un trabajo estable y lo pierda de forma involuntaria.

Obviamente, esta previsión legislativa precisa incluso de una modificación del marco normativo. Por este motivo se está tramitando un nuevo proyecto de Seguridad Social cuyo objetivo es, además de lograr una extensión de su ámbito subjetivo y mejorar en el contenido objetivo, actualizar el sistema marroquí de pensiones y proporcionar subsidios a los nuevos desempleados, entre otros. En términos generales, para garantizar su puesta en marcha se aprobó el proyecto de Decreto n° 2.21.532, por el que se crea una Comisión Interministerial para realizar un seguimiento sobre la implantación de la reforma del sistema de protección social de conformidad con la previsión dispuesta en el artículo 16 de la Ley Marco n° 9.21 relativas a la protección social, en el que se establece que, para asegurar la complementariedad y la coherencia de las medidas adoptadas por la reforma de la protección social, se creará un

3. Abdel-Wahed, O.: "Marruecos desarrolla su contrato social", *Marruecom*, 22 de agosto de 2022. Disponible en: [Marruecos desarrolla su contrato social \(marruecom.com\)](http://marruecom.com).

mecanismo de dirección que supervise principalmente el seguimiento y la implementación de esta reforma y la coordinación de la intervención de las distintas partes involucradas, compuesto por una comisión interministerial, denominada “Comisión Interministerial para la conducción de la reforma del sistema de protección social”, cuya principal misión será dar seguimiento a la ejecución de la reforma del sistema de protección social, coordinar las intervenciones de las distintas partes interesadas en dicha reforma, adoptar la relación de proyectos de textos legislativos y reglamentarios necesarios para la generalización de la protección social, velar por la aplicación y el apoyo de los proyectos de generalización de la protección social, para determinar las medidas y mecanismos necesarios para el desarrollo de los aspectos de gestión y la preservación de la sostenibilidad financiera del sistema de protección social, además de trabajar en la implementación de una comunicación institucional coordinada y eficiente en torno a este proyecto.

Este órgano estará compuesto por el jefe del Gobierno que lo preside, por el Secretario General de Gobierno, Ministro de Hacienda, Ministro de Salud y Protección Social, Ministro de Convergencia y Evaluación de Políticas Públicas y la Autoridad gubernamental responsable del Presupuesto. Este organismo público, a su vez, será asesorado por una Comisión Técnica dentro de la Comisión Interministerial, para brindarle asistencia y apoyo técnico. Será presidido por el Ministro Delegado de Presupuestos e integrado por un representante de cada una de las Administraciones Públicas integrantes de la Comisión Interministerial, que deberá tener al menos el cargo de Director de Departamento Central o su equivalente, además del Director General de la Caja Nacional del Seguro Social (CNSS) y Director de la Agencia Nacional del Seguro de Salud (ANAM).

II. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

El tratamiento constitucional en materia de Seguridad Social ha ido evolucionando para adaptarse al nuevo contexto socio-económico en Marruecos. A lo largo del tiempo se han promulgado diferentes cartas magnas que han sido objeto de diferentes reformas. La primera es la Constitución de 7 de diciembre de 1962, que en el Título Primero, bajo la nomenclatura “Previsiones Generales” en el apartado segundo, dedicado a los derechos económicos y sociales de los ciudadanos (arts. 13-18), no alude expresamente al derecho a la Seguridad Social. En cambio, en el artículo 13 se refiere explícitamente de forma exclusiva a los derechos a la educación y al trabajo. A continuación, la Constitución del 31 de julio de 1970 no introduce ninguna novedad, limitándose a transcribir literalmente en el mismo numeral lo recogido en el texto constitucional precedente de 1962. Tendencia que continúa en la segunda carta magna de 10 de marzo de 1972, limitándose *de facto* a reducir las competencias del monarca en favor del gobierno. Seguidamente, en la tercera de 9 de octubre de 1992, las novedades se limitan a modificaciones y reconfiguración de las instituciones mediante la creación de un Consejo Constitucional (suprimiendo la Sala de lo Constitucional del

Tribunal Supremo), instaurando un “Consejo Económico y Social”, que debería haber desempeñado el papel de ser una instancia de diálogo social y económico alineada con las orientaciones generales de las políticas públicas⁴. Puesto que su objetivo es reducir al mínimo la superposición y asegurar la coordinación de las posiciones de los interlocutores sociales y también de las opiniones expresadas en otros Consejos Consultivos Superiores, sin embargo estos objetivos inclusivos difícilmente puede operar sino se actualiza el marco legal e institucional del diálogo social, se mejoran los procesos de información, consulta y negociación entre las instituciones y los actores sociales y se desarrolla un verdadero espacio contractual a nivel nacional, local y sectorial, es decir, fortalecer y garantizar la participación activa de los interlocutores sociales nacionales, locales y sectoriales en el desarrollo, implementación y seguimiento de la agenda social. Con el propósito de que éstos participen en la fijación de objetivos comunes y, de este modo, llegar a la concertación de compromisos concretos con el poder político de turno.

Asimismo, la siguiente reconfiguración propuesta es introducir la “región”⁵ en las colectividades locales, sin embargo a pesar de constitucionalizarse la fórmula de regionalismo avanzada en el texto vigente de su Constitución (cuyos principios son: unidad en la diversidad, subsidiariedad, solidaridad, equilibrio, complementariedad, cohesión, armonía, eficiencia, correlación, convergencia y resiliencia territorial), no se ha llegado a producir realmente una delegación legislativa, sino que, en la práctica, lo que se ha producido es una descentralización administrativa, debido a que no se ha llegado a materializar la desconcentración de facultades por parte de la Administración central: Por ello, continúan subordinados los acuerdos que adopten los servicios descentralizados y las competencias de ejecución de sus políticas, a las decisiones adoptadas por la potestad de la Administración central.

Las razones de esta inaplicación son multicausales, entre otras: falta de clarificación sobre las prerrogativas de cada nivel, defectos de técnica legislativa en el texto constitucional al no especificarse el reparto de responsabilidades, competencias y recursos, tanto a nivel vertical como horizontal, a pesar del reconocimiento del principio de subsidiariedad a nivel constitucional, entre otros.

Finalmente, la reforma constitucional de 10 de octubre de 1996 tampoco aporta novedades en materia de derechos sociales, limitándose a realizar una flexibilización del régimen político y abastece (en términos mínimos) de contenido administrativo⁶ a las regiones (en ningún momento se les ha reconocido contenido político). Finalmente, la Constitución marroquí de 29 de julio de 2011 (Dahir 1-11-91) amplía los derechos socioeconómicos y recoge en su articulado una serie de derechos de naturaleza prestacional de carácter social, si bien, condiciona su disfrute a los medios disponi-

4. Ruiz Miguel, C.: *La Constitución Marroquí de 2011. Análisis crítico*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 34.

5. Conviene apostillar que, a diferencia de más de la mitad de los países africanos, Marruecos si tiene distribuido administrativamente su territorio en regiones y no comunas básicas, lo que supone una mejora para la gobernanza participativa y una fórmula para superar las desigualdades territoriales.

6. Ley núm. 47-95, relativa a la organización de la región, promulgada por Ley núm.1-97-84, de 2 de abril, (BORM nº 4470 de 3 de abril de 1997).

bles de los poderes públicos. En este sentido, se articula en el Título II, bajo el epígrafe “Libertades Públicas”, en concreto en el numeral 31, cuya dicción literal es la siguiente:

El Estado, los organismos públicos y las colectividades territoriales actúan para movilizar todos los medios disponibles para facilitar el igual acceso de los ciudadanos a las condiciones que les permitan ejercer el derecho a:

- Los cuidados sanitarios.
- La protección social, la cobertura médica y la solidaridad mutualista u organizada por el Estado.
- Una educación moderna, accesible y de calidad.
- La educación sobre el compromiso de la identidad marroquí y las constantes nacionales inamovibles.
- La formación profesional y la educación física y artística.
- Un alojamiento decente.
- El trabajo y el apoyo de los poderes públicos en materia de búsqueda de empleo y autoempleo.
- El acceso a las funciones públicas según mérito.
- El acceso al agua y a un medio ambiente sano.
- El desarrollo sostenible”.

De este modo, la introducción de estos nuevos derechos sociales implica un compromiso por parte del Estado de un conjunto de prestaciones y asistencias obligatorias socioeconómicas a favor, en unos casos, de todos los ciudadanos en general, mientras que, en otros, por el contrario, su ámbito subjetivo de protección se circunscribe solo a determinadas categorías de sujetos. De modo que, esta subordinación de los derechos prestacionales sociales sistematizados por el constituyente, obliga a que su extensión o minoración de su ejercicio por parte del titular se limite en función a los recursos económicos disponibles por el ejecutivo de turno, es decir, la afectación de los recursos y la determinación de su cuantía dependen de un juicio de oportunidad realizado por el poder político, que no debe confundirse con “arbitrariedad”. Por lo tanto, el constituyente admite que la realización de los objetivos sociales se condicione a disponer de los medios materiales para sufragarlos, pero que debe controlar para evitar su desviación. Sin embargo, no debemos olvidar que nos encontramos ante derechos humanos fundamentales y, por tanto, incluso en tiempo de crisis o de contracción económica el legislador debe mantener un mínimo de facultades sin las cuales el derecho se convertiría en un mero nominalismo vacío de contenido. Por lo tanto, este elenco de derechos expuestos debería ser objeto de un control de constitucionalidad de la ley, cuyo objetivo finalista sería comprobar el mantenimiento de ese mínimo que, por otra parte, es necesario para salvaguardar la dignidad de los individuos integrantes de la comunidad.

III. GESTIÓN Y ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

En el caso del país alauita la articulación de la protección se realiza mediante el modelo contributivo y la asistencia social y cuya gestión se lleva a cabo por diferentes Cajas. Así, los trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia del sector privado, su gestión y supervisión administrativa y financiera corresponde a la Caja Nacional de Seguridad Social, que está bajo la tutela del Ministerio Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (art. 6 de la Ley de Seguridad Social).

Mientras que los funcionarios públicos están encuadrados en la Caja Nacional de Organización de la Previsión Social, cuya gestión realiza el Fondo de Pensiones de Marruecos. Con respecto al personal laboral del sector público y autoridades locales, son gestionadas por el Fondo de Depósito y Gestión, ambos sujetos a la supervisión del Ministerio de Hacienda.

Y, por último, para los trabajadores del Banco Central de Marruecos, así como Oficina Nacional de Electricidad y Agua Potable, figuran inscritos en la Caja de Seguros y Previsión Social (es decir, seguros y mutuas de derecho privado a las que se les encomienda una misión de servicio público: policía, aduanas, puertos, ferrocarriles, educación, etc.).

Junto a estas inclusiones obligatorias existen también otras complementarias que pueden ser a su vez, obligatorias o facultativas. Son obligatorias las que completan la cobertura social de los regímenes de base, que se aplican fundamentalmente en materia de jubilación. En cambio, en las facultativas, los riesgos que cubren vienen subordinados a lo que las partes o colectivos concretos así determinen.

A raíz de lo expuesto, surge la disyuntiva en relación a qué efectos provoca este fraccionamiento en la protección social y que, a nuestro juicio, se sintetizan en los siguientes:

1. Que se aumente la burocracia.
2. Que exista una falta de unificación en la gestión y financiación de recursos.
3. Que existan prestaciones desiguales en cuanto a intensidad, contenido y requisitos, según que los beneficiarios pertenezcan a una Caja u otra.

En base a lo expuesto, la actual cobertura que presta el sistema se circunscribe a: enfermedad, accidente, maternidad, invalidez, vejez o muerte y desempleo.

IV. ASISTENCIA SANITARIA

A. Evolución

Según la definición de salud realizada por la Organización Mundial de la Salud en 1947, ésta es “[u]n estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. La génesis del sistema nacional de

salud en Marruecos se produce en el mismo año de su independencia de España, en concreto en la I Conferencia Nacional sobre Salud organizada en abril de 1959, bajo la presidencia del rey Mohamed V, en la que realiza dos proposiciones que constituyen el eje vertebrador para el sistema de salud *ex tunc*: 1) “La salud de la nación recae en el Estado” y 2) “El Ministerio de Salud Pública debe velar por su diseño y realización”. En consonancia con este *desiderátum*, su materialización se produce en virtud de la Ley núm. 34-09-1960, en la que se establecen los principios y objetivos fundamentales de la acción estatal en materia de salud, así como se configura la organización de la salud, que se sintetizan en los siguientes fines: Creación y desarrollo del Sistema Nacional de Salud; establecimiento de infraestructura básica; nacionalización de los recursos y lucha contra las epidemias, de ahí que, se sostenga que la evolución y posterior configuración del sistema sanitario en Marruecos ha sido objeto de un proceso lento, tardío y lleno de obstáculos⁷. A continuación, la siguiente etapa (1981-1994), comienza a desarrollar ofertas y programas sanitarios, aumentando el número de centros y reorganizando los servicios primarios de salud existentes, y se mejora la Red de Atención a la Salud Básica y amplían las competencias y capacidad de organización del Ministerio de Salud Pública (en virtud del [Decreto nº 2-94-285, relativo a las atribuciones y organización del Ministerio de Salud Pública](#))⁸. Seguidamente, durante la etapa (1995-2000), destacan en esta materia las reformas realizadas en relación a los hospitales (se pretende que estos se autogestionen)⁹, se esboza la necesidad de abordar la financiación sanitaria y, para conseguirlo, se crea un Departamento de Economía de la Salud, dentro del Departamento de Planificación y Recursos Financieros (DPRF), con el que se pretende conseguir el apoyo de las diferentes regiones y para ello se quiere encomendar que estas se encarguen de la gestión de este sector (PAGSS), creando las Direcciones Regionales de Salud.

Más tarde, desde 2000 hasta 19 de marzo de 2020, destaca la promulgación de la Ley nº 65-00 de 3 de octubre de 2002, sobre la cobertura médica base, así como la demorada ley de regionalización, y esto se traduce en una gestión más ágil al dotar de funciones meramente administrativas a las regiones, pero con la paradoja de que no se incrementan los recursos públicos para esta nueva distribución competencial a estos entes territoriales. La reforma del gasto público, la reforma institucional y la reforma financiera son objetivos fijados por la ley. Adicionalmente, se configuran los territorios sanitarios a partir del Decreto 2-14-562, que se dividen a partir de entonces en: unidades de salud, prefecturas y provincias de salud, regiones de salud y territorios interregionales de salud.

7. Fassin, D.; Morice, A. y Quiminal. C. (dirs.): *Les Lois de l'inhospitalité. Les Politiques de l'immigration á l'épreuve del sans-papiers*, La Découverte, Paris, 1997, p. 1.

8. Cuyo antecedente es el Decreto nº 2-77-624, por el que crea comisiones consultivas de formaciones hospitalarias dependientes del Ministerio de Salud Pública y que actualmente, ha sido reformado en virtud del Decreto nº 2-19-947 de 17 de octubre de 2019, sobre atribuciones del Ministro de Salud, que siguen en la línea de no atribuir competencias a las regiones y continuar con la centralización hospitalaria.

9. La regulación actual se articula en el Decreto nº 2-19-365 de 9 de mayo de 2019, que modifica y completa el Decreto nº 2-06-656 de 13 de abril de 2007, relativo a la organización hospitalaria.

Con respecto a los primeros, las unidades de salud, según rezan los artículos 11-13 de dicha disposición, conforman el territorio básico en la división de salud para la planificación de la oferta de atención y la implementación de estrategias, programas y planes de acción en salud. La unidad de salud puede ser rural o urbana. El distrito sanitario rural corresponde al territorio de un *caïdat* (uno o varios municipios rurales); mientras que el distrito urbano de salud corresponde al territorio de un distrito en los municipios que tienen la función de ayudar a aquel en la aplicación de las políticas territoriales y administrativas del Estado o al territorio de todo el municipio urbano, cuando éste no esté dividido en distritos. En segundo lugar, las prefecturas y provincias de salud, dependientes del Ministerio de Salud, se dividen en dos o más distritos sanitarios y su conjunto conforman las regiones sanitarias, cuyo control corresponde a la Dirección Regional de Salud dependiente del Ministerio de Salud. Y, finalmente, el último eslabón son los territorios interregionales de salud, formado por los establecimientos de salud que prestan servicios de carácter interregional, en particular, los servicios hospitalarios de tercer nivel y los prestados por centros de excelencia o centros de referencia interregionales.

Sin embargo, la pandemia del Covid declarada el 20 de marzo de 2020, al igual que en la mayoría de países, ha puesto en evidencia las disfuncionalidades del sistema de salud marroquí, lo que le ha obligado a la necesidad de revisar las políticas públicas de la salud mediante el desarrollo de un enfoque proactivo al “liberar” imperativos presupuestarios e invirtiendo significativa y continuamente durante varios años recursos financieros con el fin de llenar los diferentes déficits (materiales, logística y recursos humanos), así como reconfigurar una nueva política de salud con un nuevo enfoque que involucre a todos los actores públicos y privados que intervienen en el campo de la salud¹⁰.

En consonancia con estas políticas públicas sanitarias, se aprobó la Ley Marco n° 9 de 5 de abril de 2021, entre cuyos objetivos destaca el objetivo primero, universalizar el seguro médico obligatorio, en la actualidad limitado a seis millones de beneficiarios, con el propósito de extenderlo a otros veintidós millones durante este año 2022 y, de este modo, hacer efectivo lo contemplado por la Ley Marco precedente n° 34-09-2011, sobre el Sistema Nacional de Salud Marroquí, que en su art. 1 especifica que el derecho a la protección a la salud es una responsabilidad del Estado y la sociedad. En base a lo expuesto, las principales funciones del Sistema Nacional de Salud son: 1) la organización de una oferta asistencial descentralizada y jerárquica; 2) el establecimiento de un mecanismo de financiación de atención que mantenga un justo equilibrio entre la gasto en salud y capacidad de pago; 3) y por último, y no por ello menos importante, el proyecto de Ley Marco n° 06-22 de 13 de julio de 2022, sobre el Sistema Nacional de Salud, cuyo objetivo es conseguir realizar una reforma integral en el Sistema Nacional de Salud Marroquí. Para ello, se vertebra en cuatro pilares:

10. Informe de Gestión del Estado de Urgencia Sanitaria de Marruecos. Gobierno. Gobernanza de la Seguridad y Derechos Humanos, junio de 2020. Recuperado el 8 de octubre de 2022 de <https://www.dcaf.ch/sites/default/files/imce/Rapport%20COvid%2019%20version%20FR.pdf>.

1. Buena gobernanza.
2. Valorizar los recursos humanos.
3. Igualdad en los niveles ofrecidos por la oferta sanitaria.
4. Digitalización del sistema de salud.

Del desglose del primer pilar se desprende de la *mens legis* reforzar el papel de los mecanismos de regulación de los diferentes actores, la consolidación de la gobernanza hospitalaria, planificación de la oferta sanitaria en todos los niveles (estratégico, central y territorial) y para lograr dicha implantación se prevé crear: una autoridad en la regulación integral de la salud "HARIS", una agencia de medicamentos y de productos de salud cuya supervisión deberá realizar la Administración central y territorial a través de grupos de dicho ámbito (CST), que deberán coordinar los programas nacionales y regionales y reforzar los mecanismos de cooperación entre los sectores públicos y privados. En relación al segundo pilar, valorar los recursos humanos, requiere elaborar una ley sobre la función pública sanitaria que actúe como catalizador del capital humano en el sector público y reduzca el actual déficit de recursos humanos, lo cual implica reformar el sistema de formación, apertura a médicos extranjeros competentes y facilitar el retorno de médicos marroquíes residentes en el extranjero. Con respecto al tercer pilar, su objetivo es nivelar la oferta sanitaria y facilitar el acceso a los servicios médicos, mejorar su calidad, realizar un reparto equitativo de servicios hospitalarios a nivel nacional a través de la rehabilitación de las estructuras hospitalarias primarias, la puesta en servicio de niveles hospitalarios y homologación de niveles de salud. Y, por último, el cuarto pilar tiene el propósito de realizar una digitalización integral del sistema de salud a través de la reagrupación de datos, tratamiento, explotación y gestión del sistema en general y en especial de los hospitales.

De este modo, se cumple con los mandatos constitucionales contemplados en los artículos 31 y 71 de la CM de 2011. El primero, el art.31, en su apartado primero, señala como responsabilidad del Estado y de los órganos territoriales que lo componen prestar la asistencia sanitaria a los ciudadanos de conformidad con su disponibilidad financiera. Y en el segundo, artículo 71, se establece como competencia exclusiva del Estado, en su apartado tercero, los principios y reglas del sistema de salud. Por lo tanto, el Estado se compromete a articular los cuidados y servicios, la financiación, la gestión y administración de los establecimientos y la regulación del sector.

B. Requisitos y ámbito subjetivo

1. Modalidad contributiva

Uno de los principales problemas de Marruecos es la cobertura de la asistencia médica. El sistema de salud de Marruecos es teóricamente universal e integral. Desde el año 2005, todos los ciudadanos de Marruecos tienen la obligación de afiliarse al AMO (seguro de enfermedad obligatorio), que presta una cobertura médica básica, financiada a través de la Seguridad Social del país. Este sistema, según dispone el art.5 de

la Ley nº 65-00, sobre Cobertura Médica de Base, proporciona atención sanitaria a los trabajadores dados de alta (por cuenta ajena, autónomos, funcionarios, personal laboral y estudiantes) en este seguro que les protege de los riesgos de contraer cualquier enfermedad, tanto a la persona afiliada como a su cónyuge e hijos menores de 21 años que no estén casados. La AMO proporciona en sí una atención médica general, tanto el servicio médico básico como el quirúrgico, la atención al seguimiento de los embarazos, parto y puerperio, atención óptica, bucodental y paramédica, de este modo como radiología y diagnósticos de imagen. Quedando excluido expresamente de este seguro los accidentes en el lugar de trabajo y las enfermedades profesionales que se rigen por su legislación específica (art. 7).

De forma que los trabajadores que pertenecen a las Cajas están cubiertos porque cotizan ambos (empresario y trabajador), exigiéndose en el caso del trabajador por cuenta ajena una cotización mínima de 55 días, en el periodo de 6 meses anteriores al tratamiento. La cobertura se extiende a:

- a) Cónyuge (si no tiene cobertura propia). En caso de divorcio, el ex-cónyuge de un asegurado si no tiene derecho propio a asistencia sanitaria, continúa recibiendo beneficios de AMO (Seguro de enfermedad obligatorio) solo durante 1 año.
- b) En caso de cese de actividad, el asegurado conserva el derecho a las prestaciones sanitarias por un plazo máximo de 6 meses.
- c) Hijos:
 - A cargo del asegurado, hasta 21 años.
 - Hijos hasta 26 años si cursan estudios superiores.
 - Hijos, sin límite de edad, con discapacidad física o psíquica y en la imposibilidad total, permanente y definitiva de ejercer una actividad remunerada.

Con respecto a la cobertura del coste de los medicamentos, el Estado cubre ampliamente a los trabajadores, entre el 70% y el 90% de los costos (dependiendo del tratamiento); el resto lo abona el paciente. En cambio, en España la fijación del porcentaje, si se encuentra activo, será según su renta, que varía del 40 al 60%, que es lo que paga el asalariado. Si es pensionistas según la renta paga el 10% el pensionista según la renta. En el caso de los perceptores de pensiones no contributivas y paradas de larga duración, la Seguridad Social cubre el 100% del medicamento.

El seguro médico básico cubre: la maternidad, los gastos médicos relacionados con los hijos menores de 21 años, el seguimiento de enfermedades crónicas, las pruebas diagnósticas, las radiografías, la hospitalización, las cirugías ambulatorias, los tratamientos dentales, ópticos y paramédicos, así como otros tratamientos médicos que figuran en su carta de servicios. La participación en el coste de estas prestaciones en especie varía según el régimen al que se supedita (ej.: en el sector privado se produce una cotización conjunta por sanidad entre el Estado y el trabajador que asciende al 4 %; mientras que los funcionarios cotizan por el 5%, distribuidos en partes iguales entre Estado y funcionario público).

2. Modalidad asistencial

Por su parte, las personas sin recursos tienen una cobertura médica asistencial cubierta por el RAMED, que se basa en los principios de asistencia social y solidaridad nacional en beneficio de los pobres. Esta tarjeta tiene una vigencia de 3 años. Si se es pobre (pobreza absoluta) la asistencia médica y farmacéutica es gratuita.

Pero si se concede por encontrarse en situación de vulnerabilidad (pobreza relativa) hay que abonar al año por la tarjeta (aproximadamente 12 euros) y lo máximo a abonar por hogar al año será de 60 euros, independientemente del número de miembros que componen la unidad familiar. En todo caso, para ser beneficiarios la ley diferencia entre los que se encuentran en áreas urbanas (a los que se tiene en cuenta su patrimonio y condiciones socioeconómicas) y los que se encuentran en áreas rurales. Los criterios que se siguen son: tener una renta anual por debajo de los mínimos y condiciones socioeconómicas de la familia (terrenos agrícolas explotados, ganado, material agrícola y transporte, medios de transporte personales, equipo telefónico y sanitario).

El propósito del Ejecutivo es que los doce mil beneficiarios actuales de esta asistencia social ramedistas pasen del sistema de asistencia médica del Sistema Nacional de Salud, a cargo de forma total o parcial del Estado de la asistencia médica, pero con la condición de que ésta sea practicada en los hospitales públicos y en los establecimientos sanitarios del Estado, al Seguro Médico del Sector Privado y financiarlo por la CNSS. El problema es que al no haber suficientes recursos financieros los tendrá que sufragar el Estado prácticamente en su totalidad.

C. Disfuncionalidad del sistema sanitario

Además de falta de recursos humanos y logísticos, existe una desigual distribución espacial de infraestructuras sanitarias, deficiente calidad médica en el sector público, etc. A lo que se debe añadir el hándicap al que se enfrenta el sector farmacéutico. En la actualidad se encuentran operativas unas 12.000 farmacias. El problema se agudiza entre el Estado y farmacias, con el Decreto que se dictó en 2014, sobre fijación de precios de los medicamentos, que se hizo precipitadamente sin hacer un estudio previo y que provocó que muchos medicamentos esenciales que tenían bajo precio desaparecieran y, a pesar de que se dijo que se iba a compensar a las farmacias, esta asignación hasta ahora nunca llegó y las farmacias consideran que esta fijación unilateral del Estado solo debe aplicarse a los medicamentos reembolsables por las Cajas y no con el resto. El problema se agudiza debido a que en Marruecos no existe una Agencia Nacional del Medicamento, ni tampoco ha ratificado su pertenencia a la Agencia Africana del Medicamento. Destacar que, al igual que en España, su regulación férrea impide que las farmacias puedan competir en márgenes y, de este modo, competir en los precios finales de los medicamentos. A lo que se suma el desabastecimiento de medicamentos sobre todo en las zonas rurales y sus elevados costes, sobre todo, para los que carecen de recursos y no son perceptores del RAMED.

V. LA PROTECCION A LA FAMILIA

A. Delimitación conceptual

La protección a la familia es aquella cuyo núcleo protector se incardina en la institución familiar¹¹, identificada en Marruecos con la familia nuclear en sentido estricto y que obedece a la aplicación del principio de igualdad de género, que se han ido introduciendo en su ordenamiento jurídico, tras la adquisición de compromisos internacionales que “son determinantes tanto para definir las líneas estratégicas de la política de igualdad de sexos, como para legitimarla y justificarla”¹². En todo caso, nos encontramos ante prestaciones disruptivas cuyas finalidades presentan similitudes pero que son diferentes. Una, protección familiar (como ocurre en el caso de maternidad). Otra, para realizar trámites legales y administrativos (sirva de paradigma la licencia por maternidad). En cualquiera de los casos, las prestaciones que realiza el legislador tienen como finalidad aliviar cargas familiares por la incorporación de un nuevo miembro a la familia y facilitar que los trabajadores continúen en su empleo y contribuyan al sostenimiento de los gastos del sistema derivados del nacimiento y cuidados del menor de edad en un periodo limitado. En este sentido, las prestaciones que protege el sistema son las siguientes: subsidio familiar, licencia por nacimiento, asignaciones diarias de maternidad y permiso de lactancia.

B. Tipologías

1. Subsidio familiar

Las asignaciones familiares se crearon en 2007. Son prestaciones basadas en el principio de la asistencia social, cuya finalidad es cubrir las necesidades económicas de los hogares que lo necesitan. Esta responsabilidad del sistema social le corresponde al empresario, que es quien debe sufragar íntegramente el importe de este subsidio. En realidad, se considera por el legislador como un complemento de ingresos y no una protección social de la infancia.

En cuanto al ámbito subjetivo, lo forman los trabajadores por cuenta ajena que realizan actividades sujetas al sistema de Seguridad Social que estén domiciliados en Marruecos independientemente de su nacionalidad y también lo forman los pensionistas, que también pueden recibir asignaciones familiares si sus hijos nacen antes del final del año siguiente a la fecha en que surta efecto la pensión.

Con respecto a los requisitos son:

11. Morgado Panadero, P.: *Políticas sociales para familias*, Comares, Granada, 2008, pp. 23-30.

12. Boukaich, K.: “Situación jurídica de la mujer trabajadora en la legislación marroquí: Aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 15, 2015, p. 5.

- Justificar 108 días consecutivos o no consecutivos de cotización durante el período de 6 meses de la afiliación.
- Justificar el salario mensual cuyo importe será fijado por decreto dictado a propuesta del Ministro de Trabajo y del de Hacienda, en el que se determina que dicho importe, mínimo debe ser mayor o igual al 60% del Salario Mínimo en el Sector de la Industria, Comercio y Profesiones Liberales fijado en 290€/mes [288,35 €/mes], es decir, debe cobrar por lo menos 175 €/mes aproximadamente; (o 60% del Salario Agrícola- Pesquero que es de 213 €/mes, aproximadamente [212,97 €/mes]). Es decir, debe cobrar como mínimo 128 €.

Los niños no deben tener más de:

- 12 años para personas a cargo que residen en Marruecos.
- 18 años para niños que se encuentren estudiando.
- 21 años para los hijos que hayan obtenido el bachillerato y continúen sus estudios superiores en Marruecos o en el extranjero.

No hay límite de edad para los niños con discapacidades y sin ingresos estables. Si bien, deberá acreditarse en el caso de movilidad reducida una copia del expediente de reconocimiento de persona con necesidades especiales. Asimismo, se debe presentar una solicitud declarando los ingresos que percibe la unidad familiar para cada hijo mayor de 21 años, agregando un certificado de la renta imponible global del solicitante. Este certificado lo solicita el tutor, pero debe ser emitido por las autoridades competentes. Asimismo, el expediente debe acompañarse de una declaración jurada en la que se especifique que el solicitante de los servicios no tiene ingresos suficientes para satisfacer las necesidades de su hijo. La declaración también debe especificar el tipo de discapacidad del menor (si se da esta circunstancia). En algunos casos, puede solicitarse un certificado de la base imponible global del hijo con necesidades especiales.

Por cada hijo a cargo y hasta 6 hijos, la CNSS, según dispone el artículo 40 de la Ley de Seguridad Social de 1972, abona las siguientes cuantías familiares mensuales:

- Para los primeros 3 niños, aproximadamente 28 €.
- Y a partir del 4 al 6 incluido, aproximadamente 3,50 € por niño.
- Es decir, lo máximo a cobrar al mes de asignación por hijo a cargo con 6 hijos (si se tienen más hijos no se cobra la asignación por los mismos) es de 38,50 €¹³.

Con respecto a los funcionarios aquí se da una metamorfosis, ya que hasta el 1 de julio de 2019 cobraban igual por todos los hijos y en la actualidad están equiparados

13. El Decreto nº 2-19-750 de 29 de agosto de 2019, modifica el Decreto nº 2-08-358 de 5 de 9 de julio de 2008, que fijaba el importe de la ley familiar otorgada por la CNSS, publicado en BORM nº 6808 del 31 de agosto de 2019, aprueba el aumento en el monto de las asignaciones familiares de 200 a 300 dirhams por cada hijo dentro de un límite de 3 hijos.

a los trabajadores encuadrados en el ámbito subjetivo de la CNSS. Pero, paradójicamente, los funcionarios no están sujetos a los límites que marca la ley, al Salario Mínimo, como sí lo están, en cambio, los trabajadores por cuenta ajena. Para ambos grupos, cuando ambos cónyuges estén asegurados y cumplan los requisitos para ser titulares de este derecho, estas se pagan exclusivamente al marido. En caso de divorcio, son en todos los casos, a cargo de la persona que tenga la custodia de los hijos. En todo caso, obviamente, las asignaciones familiares no podrán pagarse dos veces a favor del mismo niño.

Con respecto al requisito documental, el beneficiario de esta prestación debe aportar para su reconocimiento la partida de nacimiento ante la Caja donde se encuentre asegurado el trabajador en el plazo de los 6 meses siguientes al nacimiento del niño. Si el expediente llega a la Caja de forma extemporánea, el pago de las asignaciones sólo cubrirá el período de 6 meses *ex nunc* anteriores a la fecha de presentación de la partida de nacimiento ante la misma.

En caso de fraude u omisión en la declaración, el trabajador está obligado a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas y al pago de una sanción económica. El trabajador deberá comunicar a la Caja cualquier variación de datos en la situación del menor como fin de la escolaridad, extensión en estudios de posgrado, entrar o dejar de aprender y muerte del niño.

A partir de 2022 está previsto que las familias vulnerables vayan a cobrar 28€/mes por cada hijo a cargo, pero aún no se ha puesto en práctica. Figura su implantación entre las prioridades del Proyecto de Ley de Finanzas 2023 (PLF 2023), pero aún no se ha aprobado, cuyo costo estimado es de 14.000 millones (sanidad) y 20.000 millones de dirhams, es decir, el 45% del presupuesto total (asignaciones familiares), que se ha asignado con cargo del Fondo de Compensación, sin obviar que antes de asignar los fondos habrá que cuantificar la población beneficiaria. Por este motivo, en la Ley del Proyecto de Presupuesto del Estado se deberá crear previamente el Registro Social Unificado (RSU), principal mecanismo para conceder estas ayudas y garantizar su eficacia. Así, el gobierno ha hecho de la aceleración de la implementación de este mecanismo una prioridad. De este modo, se pretende reducir la pobreza y la vulnerabilidad de la población marroquí, especialmente los niños, pero desde mi punto de vista, con estas ayudas tan exiguas no se va a lograr eliminar la pobreza social y las desigualdades estructurales que afectan a una parte importante de su población, sobre todo a la más vulnerable, por lo que resulta imprescindible realizar una revaloración urgente de su importe¹⁴.

2. Licencia por nacimiento

El subsidio de licencia por nacimiento, según establece el art. 269 del Código del Trabajo, es un beneficio cuyo objetivo es conseguir un mayor equilibrio entre la vida

14. Masmoudi, K.: "Asignaciones familiares: Podrían revisarse las condiciones para su concesión", *L'economiste*, 12 de noviembre de 2022. Disponible en <https://www.leconomiste.com/article/1022082-allocations-familiales-les-conditions-d-octroi-pourraient-etre-revues>.

profesional y la vida privada de los empleados. Estos últimos pueden conciliar mejor su vida con la de sus esposas permaneciendo junto al recién nacido durante estos primeros días. Esta extensión responde al principio de corresponsabilidad que se menciona cada vez más a nivel familiar en Marruecos. Debe abonarse esta indemnización al trabajador varón cada vez que se produce un parto de la asegurada y este reconoce al hijo al solicitar el acto de inscripción en el Registro Civil (*Istilhaq*). El subsidio tiene una duración de 3 días de licencia (en el caso de trabajador por cuenta ajena) y al abono económico de la cantidad que percibiría por esos 3 días de trabajo, con el límite de 65 € por esos 3 días.

Con respecto a los requisitos exigidos, el empleado debe encontrarse en activo y dado de alta en la Seguridad Social y tiene 30 días posteriores al nacimiento para solicitarlo. Con motivo de cada nacimiento que se produzca en el domicilio de un trabajador asegurado de la CNSS, éste tiene derecho a una licencia de 3 días pagadas por su empleador. En ningún caso el empresario puede negar la licencia de paternidad a su trabajador. Por el contrario, un trabajador que se niegue a tomar la licencia de paternidad no debe informar a su empresario del nacimiento de su hijo. Pero, en el caso de que el empleador tenga conocimiento del nacimiento, debe imponer la licencia de paternidad a su trabajador para no ser sancionado. De hecho, el trabajador puede demandar al empleador ante la Inspección del Trabajo. Así, para protegerse de posibles acusaciones, el empleador está obligado a obligar a su empleado a hacer uso de su permiso de paternidad.

Estos tres días pueden ser continuos o discontinuos, previo acuerdo entre ambos, pero deben estar comprendidos en el período de un mes a partir de la fecha del nacimiento. En caso de que el nacimiento se produzca durante el período de descanso del trabajador, como consecuencia de vacaciones anuales retribuidas, enfermedad o accidente de cualquier tipo, dicho período se prorrogará en tres días.

El trabajador tiene derecho durante los tres días de licencia a una indemnización equivalente a la remuneración que hubiera percibido si hubiera permanecido en su puesto. Esta compensación es pagada al trabajador por el empleador, durante el pago inmediatamente siguiente a la presentación por éste del certificado de nacimiento expedido por el Registro Civil. El empresario es reembolsado de la indemnización por la CNSS, dentro del límite del importe de las cotizaciones mensuales. Para beneficiarse de pago delegado, el empresario debe proporcionar los documentos justificativos, a saber: una copia del CIN del empleado en cuestión y un extracto del certificado de nacimiento del hijo del trabajador, disponiendo de treinta días para remitir la partida de nacimiento a la CNSS para que proceda al reintegro del importe de lo abonado por dicha licencia al empresario que adelanto su pago. Cabe recordar que el disfrute del permiso de esos tres días debe realizarse durante el mes siguiente a la inmatriculación del menor. A esto debe sumarse la posibilidad de ampliación de esta licencia en caso de que el padre no hubiera disfrutado de vacaciones aún o se encontrase en dicho periodo, las prorrogue por el periodo de tres días a los que tiene derecho por su paternidad. Aun así, debe notificarlo a su empleador y llegar a un acuerdo con este.

Adicionalmente a lo anterior, se corrobora por el hecho de que, según dispone el artículo 278 del Código del Trabajo, todo empresario está obligado a conceder a sus trabajadores licencias para los eventos familiares (por ejemplo, para circuncisión, dos días de ausencia en el trabajo sin derecho a remuneración por los mismos). Su incumplimiento es sancionable con multa de 300 a 500 dhs multiplicada por el número de trabajadores. Sin embargo, la multa tiene un tope de 20.000 dírham. El problema de nuevo son los trabajadores que trabajan en la económica informal y los inmigrantes, que al no cotizar carecen de este derecho. Pero además estos últimos, si bien, al igual que el resto de personas que viven en Marruecos disponen de 30 días naturales para proceder al registro del menor según dispone la Ley 37-99 sobre el Estado Civil en sus artículos 20 y siguientes, muchos inmigrantes se niegan a realizar dicha inscripción, porque creen que Marruecos no es su destino final, privando así a sus hijos de la identidad oficial y del acceso a ciertos derechos que son accesibles para ellos (convirtiéndolos en apátridas) independientemente del estado de sus padres, como la educación y el cuidado de los niños y salud.

Por lo tanto, hay muchos casos de niños no registrados que requieren regularización a través de un proceso judicial, proceso que es difícil de llevar a cabo sin el apoyo de la progenitora inmigrante. También cabe mencionar la obligación de la madre soltera de elegir para su hijo un nombre musulmán, aunque sea de otra fe, lo que constituye una violación del derecho a la libertad religiosa, garantizado por la Constitución marroquí en su art.3, en el que, si bien proclama que el Islam es la religión del Estado, se compromete a garantizar la libertad de culto.

De otra parte, los funcionarios disfrutan de un tratamiento privilegiado en relación a esta licencia desde el 13 de julio de 2022. La Ley nº.30.22 (BORM 1444), modifica el Decreto nº 1.58.008 sobre el Estatuto de la Función Pública, en concreto, los artículos 38, 39 y 46, estableciendo nuevas disposiciones que permiten a un funcionario (varón) que acaba de tener un hijo recién nacido pueda beneficiarse de una licencia retribuida de 15 días naturales por nacimiento (en lugar de los 3 que se establecía con anterioridad).

3. Asignaciones diarias de maternidad

Las trabajadoras que interrumpen el trabajo remunerado a causa de la maternidad tienen derecho a una asignación diaria durante 14 semanas.

Los requisitos que debe cumplir en caso de ser trabajadora por cuenta ajena son:

- Encontrarse registradas en la CNSS.
- Justificar al menos 54 días de cotizaciones durante los últimos 10 meses de alta anteriores a la fecha de baja por parte de embarazo.
- Tiene la obligación de preavisar del parto al CNSS 30 días antes del mismo y debe disfrutarlo en los 9 meses siguientes a la fecha de la baja por maternidad o que le sea reconocida la *kafala* (adopción). En todo caso, se beneficiará de

un permiso retribuido de 14 semanas, de conformidad con los textos legislativos y reglamentarios vigentes.

De conformidad con el artículo 154 CT, la suspensión del contrato de trabajo comienza siete semanas antes de la fecha presuntamente del parto y termina siete semanas después de la fecha del parto. Pero si existe un estado patológico, acreditado mediante certificado médico, como consecuencia del embarazo o del parto que requieran su prolongación, se aumenta el período de suspensión del contrato, en cuyo caso, el permiso de maternidad se incrementa en la duración de dicho estado patológico. En caso contrario, puede exceder de ocho semanas, debiendo acreditarse dichas circunstancias médicas según dispone el artículo 155 CT, por certificado médico con acuse de recibo, el motivo de su ausencia y la fecha en la que pretende reincorporarse al trabajo. De igual modo, deberá hacerlo en caso de que el parto se produzca antes de la fecha prevista.

Una vez finalizado el plazo de suspensión del contrato de 14 semanas por maternidad, la trabajadora puede prolongar quince días más el periodo de suspensión del trabajo, siempre y cuando notifique su voluntad al empresario, antes de que finalice el periodo de licencia por maternidad. En este caso, la suspensión del contrato no podrá exceder de noventa días. Si bien, podrá encontrarse en periodo de suspensión hasta un año, pero sin remuneración para atender al cuidado de hijo.

Ahora bien, si la madre decide no volver a reincorporarse al trabajo tras el periodo de suspensión legal, deberá preavisar al empresario en el periodo de 15 días anteriores a finalizar la suspensión de maternidad. De forma que si no lo hace deberá indemnizar al empresario por esta falta tipificada como grave y será causa de despido.

Con respecto a la cuantía del subsidio de maternidad es del 100% del salario medio diario percibido durante los últimos 6 meses anteriores a la baja por maternidad.

En el caso de que la trabajadora sea funcionaria, en activo o en prácticas, tiene derecho a una licencia de maternidad retribuida por un período igual al previsto en la legislación de Seguridad Social. La duración del subsidio se puede modificar en función de que se trate hasta el segundo hijo o que se trate a partir del tercero.

Así, en el caso de ser el primer o segundo hijo la duración del permiso por maternidad es:

- Prenatal: 6 semanas antes de la fecha prevista de parto.
- Postnatal: 10 semanas después de la fecha del parto.

En cambio, si se trata del tercer hijo o más, si la funcionaria ya asume la responsabilidad de al menos 2 hijos o la persona interesada ya ha dado a luz a 2 hijos nacidos vivos:

- Permiso prenatal: 8 semanas.
- Permiso postnatal: 18 semanas.

El período de licencia prenatal se puede aumentar en dos semanas; en este caso, el período posnatal se reduce en consecuencia.

En el caso de nacimientos múltiples:

- Si se trata de embarazo de gemelos: el permiso de maternidad reglamentaria comienza 12 semanas antes de la fecha prevista del parto y finaliza 22 semanas después de la fecha del parto, es decir, 34 semanas. El período prenatal se puede aumentar en un máximo de 4 semanas. El período posnatal se reduce en consecuencia.
- En el caso de embarazo de trillizos o más, el permiso de maternidad comienza 24 semanas antes de la fecha prevista del parto y finaliza 22 semanas después de la fecha del parto, es decir, 46 semanas.

Sin embargo, desde la implementación de la Ley n° 2007-293, de 5 de marzo de 2007, que reforma la protección del niño, la duración de la licencia de maternidad se ha flexibilizado. En el sentido de que la duración de la licencia prenatal puede reducirse, a petición de la funcionaria, por prescripción médica, dentro del límite de tres semanas. En consecuencia, la duración del período posnatal aumenta.

No obstante, en caso de prescripción de un paro del trabajo durante el período anterior a la fecha presunta del parto por el cual la funcionaria haya solicitado la prórroga, se cancelará dicha prórroga y la licencia prenatal, comenzando a contar desde el primer día de la interrupción del trabajo hasta la fecha de entrega. De modo que el período inicialmente aplazado a la licencia posnatal se reduce.

Estas disposiciones se aplican a todas las licencias de maternidad. La empleada pública embarazada de mellizos o de un hijo de rango 3 o más, conserva la posibilidad de optar por la opción contraria.

En casos excepcionales se puede conceder una baja por embarazo patológico de un máximo de 2 semanas. Este subsidio adicional ha de deberse a una condición médica resultante del embarazo y precisa la expedición de un certificado médico. Además, en el caso de que este embarazo esté vinculado a la exposición intrauterina, y así se reconozca por el médico de la Caja, la empleada podrá disfrutar desde el primer día de su suspensión laboral, en las condiciones previstas por el Decreto n° 2010-745 de 1 de julio de 2010. De otra parte, si el nacimiento se retrasa, el período entre la fecha presunta y la fecha real del nacimiento se suma al período de licencia por maternidad. Cuando el parto es prematuro, el período de licencia prenatal no disfrutado se suma a la licencia posnatal.

En caso de que el niño haya permanecido hospitalizado hasta la expiración de la sexta semana siguiente al parto, la madre podrá solicitar el aplazamiento, hasta la fecha de finalización de la hospitalización del niño, de todo o parte del período de permiso al que todavía tiene derecho y no ha disfrutado.

Desde la implementación de la Ley n° 2006-340 del 23 de marzo de 2006, sobre igualdad de remuneración entre mujeres y hombres, cuando el parto se produce más de seis semanas antes de la fecha inicialmente prevista y requiere la hospitalización

posnatal del niño, la madre se beneficia de un período adicional de licencia de maternidad igual al número de días entre la fecha real del parto y el comienzo de la licencia prenatal.

A lo que se suma que, si el recién nacido permanece hospitalizado más allá de la sexta semana después del parto, la madre también puede beneficiarse de la posibilidad de aplazar hasta la fecha de finalización de la hospitalización, en las condiciones habituales, la totalidad o parte del permiso de maternidad al que pueda acogerse. Sin embargo, sólo puede solicitar beneficiarse de este aplazamiento después de haber tomado el período adicional de permiso.

Dato a destacar es que, si la madre fallece durante el parto o durante la licencia postnatal, el padre tiene derecho a beneficiarse del período de licencia postnatal no utilizado por la madre. Esto no se aplicará al período adicional de permiso.

Durante el embarazo, el médico preventivo puede proponer ajustes temporales en el puesto de trabajo o en las condiciones de trabajo.

En caso de incompatibilidad entre el embarazo y las funciones, es posible un cambio temporal de destino con mantenimiento de las prestaciones pecuniarias por consejo del médico preventivo y a petición del apoderado.

La licencia de maternidad se asimila a un período de actividad para los derechos de pensión y se tiene en cuenta para la promoción y formación profesional.

En el caso de que la trabajadora funcionaria tenga concertado un contrato a tiempo parcial con la Administración Pública, este pasa a tiempo completo y recibe salario completo. Mientras se encuentre en esta situación, el permiso por maternidad se prolonga para el sustituto dentro de los límites establecidos por el Decreto nº 94-874 de 7 de octubre de 1994. El establecimiento surte efecto al término de la duración legal de las prácticas sin tener en cuenta la prórroga por maternidad.

Al final de su permiso, la funcionaria es reasignada automáticamente en su trabajo anterior. En caso de que no se le pueda ofrecer, se le asigna un puesto equivalente, el más cercano a su último lugar de trabajo.

Para beneficiarse de todos los servicios legales y del reembolso de los exámenes prenatales obligatorios, la funcionaria debe aportar la siguiente documentación:

- Tener su embarazo certificado médicamente antes del final del tercer mes.
- Enviar una declaración de embarazo antes de que finalice el cuarto mes de embarazo (se materializa en una hoja rosa que debe entregar a la caja del seguro primario de salud y las dos hojas azules a la caja de asignación familiar).

Asimismo, las funcionarias se benefician de una autorización de ausencia de derecho a acudir a los reconocimientos médicos preceptivos antes o después del parto: 1/2 día si no pueden realizarse fuera del horario de atención.

En su defecto, cabe la adaptación de jornada para embarazadas que cumplan los siguientes requisitos: 1 hora/día máximo a partir del tercer mes de embarazo, siempre que el médico preventivo así lo decida, teniendo en cuenta las exigencias de las jornadas de trabajo.

Con respecto a las sesiones preparatorias al parto: si no pueden realizarse fuera del horario laboral, los jefes de servicio podrán conceder excedencias previa indicación del médico preventivo y, previa documentación acreditativa, tendrá derecho a lactancia 1 hora/día como máximo a tomar en 2 cuotas, cuando el lugar de cuidado infantil esté integrado en la estructura laboral. Se pueden otorgar facilidades de servicio a las madres por la cercanía del lugar donde se encuentra el niño (guardería o casa de un familiar, etc.).

En resumen, las diferencias más relevantes entre permiso de maternidad y permiso de paternidad son en cuanto a su duración, flexibilidad y abono. En relación a la primera, duración de la licencia, se reconoce el derecho a 17 semanas de licencia de maternidad *versus* 3 días de licencia de paternidad en el sector privado o 15 días de licencia de paternidad en el sector público. Con respecto a la segunda, se presta mayor flexibilidad al permiso de maternidad que al de paternidad. Así, la madre trabajadora puede iniciar su licencia de maternidad antes de dar a luz. En cambio, la licencia de paternidad, en cambio, no puede comenzar antes del parto, sino sólo después del mismo, presentando un certificado de nacimiento. Y, en tercer lugar, la trabajadora podría extender su licencia de maternidad simplemente informando al empresario. Por el contrario, el trabajador en licencia de paternidad no tiene derecho a prorrogar su licencia, a no ser que obtenga el consentimiento del empresario de deducir ese exceso de licencia del periodo de vacaciones anuales. Finalmente, también cabe recordar que la licencia de maternidad la paga únicamente la CNSS, mientras que la licencia de paternidad la paga el trabajador. En definitiva, la Ley sobre el permiso de paternidad pretende contribuir a la promoción de los derechos de los trabajadores y trabajadoras, así como a la conciliación de la vida profesional y privada, de acuerdo con el principio de corresponsabilidad en el que se basa la familia marroquí y con el contenido del Convenio Internacional núm. 183.

4. Permiso de lactancia

Cuando la mujer trabajadora se reincorpora a su puesto de trabajo tiene derecho a 2 pausas de 30 minutos diarios durante la jornada para alimentar al menor. Ambas pausas no se pueden acumular ni salir antes del trabajo, salvo acuerdo con el empresario o que figure en el convenio colectivo. La vigencia de este permiso es de 12 meses.

Asimismo, una funcionaria que ha dado a luz a un hijo que esté a cargo de ésta en el marco de la *kafala* se beneficiará de una autorización de lactancia fijada en una hora al día a partir de la expiración del permiso de maternidad o *kafala* hasta que el recién nacido a cargo alcance la edad de 24 meses, en lugar de los 18 meses que se concedían con anterioridad, en virtud de la reforma operada por la Ley núm. 30.22, que modifica el Decreto nº 1.58.008 sobre el Estatuto de la Función Pública, en concreto, los artículos 38, 39 y 46.

De otra parte, se está debatiendo el proyecto de ley que modifica y completa los arts. 161 y 269 de la Ley N°.65-99 del Código de Trabajo (promulgado por Dahir n° 1-03-194 de 11 de septiembre de 2003). En la reforma de este artículo 161 CT, sobre el descanso relativo a la lactancia, aumentándolo a veinticuatro meses (en lugar de los doce previstos por la actual texto), el período posterior a la reincorporación al trabajo después del parto, durante el cual la madre trabajadora tiene derecho diariamente, a amamantar a su hijo, conlleva un descanso especial, retribuido como tiempo de trabajo, de una parte y fijándose este descanso en una hora diaria completa (en lugar de media hora por la mañana y media hora por la tarde, según el texto vigente).

VI. CONCLUSIONES

En esta investigación nos hemos centrado en las reformas institucionales en la gestión, así como en la asistencia sanitaria y protección a la familia circunscrita a los trabajadores por cuenta ajena y funcionarios públicos.

Para ello, resulta obligado contextualizar el modelo de protección social en Marruecos¹⁵, que tiene una articulación dual (contribuidad y asistencialidad social), lo cual provoca una configuración heterogénea de regímenes que se sintetiza en una protección bicéfala –privada y pública–, cuya gestión y administración viene atribuida a Cajas Gestoras diferentes: Caja Nacional de la Seguridad Social para el sector privado y Caja Nacional de Organización de la Previsión Social para el sector público, y que se fragmentan a su vez en regímenes de previsión complementarios (obligatorios y facultativos). Esta disociación en su configuración organizativa, con un claro corte gerencial, genera disfuncionalidades y desigualdades en la tutela de los derechos sociales como son: falta de integración en la formulación de políticas públicas, ineficiencia en la gestión, diferencias en intensidad, requisitos y contenido de las prestaciones, desajustes financieros, opacidad en los presupuestos de Seguridad Social (que no son públicos), etc., y que se complican aún más debido a la falta de descentralización territorial que existe *de facto*.

Ante estas carencias, el sistema institucional ha realizado reformas necesarias. Las más importantes, desde mi punto de vista, son el registro social unificado y un sistema común de información para conocer realmente cuál es el ámbito subjetivo de sujetos que integran el sistema, tanto cotizantes como personas que precisan asistencia social y componen, tanto potencialmente y como exponencialmente, los grupos vulnerables que están dentro del sistema o fuera del mismo y, por tanto, no contabilizados, así como facilitarles la información sobre sus derechos a los ciudadanos en materia de protección social que un importante segmento de la población desconoce.

En este contexto, la pandemia ha evidenciado las profundas desigualdades que existen en la dispensación de protección social y la necesidad de reformas estructurales necesarias que hay que llevar a cabo, lo cual no es posible si no se realizan los

15. Burgos Goye, M. C.: *La protección social en Marruecos*, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 66-146.

correspondientes cambios institucionales, organizativos y de gestión. Por este motivo, estos objetivos pretenden ser subsanados mediante la Ley Marco nº 9 de 2021 sobre Protección Social, que ha supuesto la puesta en marcha de una necesaria reforma paramétrica y la identificación de los valores actuariales necesarios para lograr la universalización de la prestación a corto plazo.

Con respecto a la asistencia sanitaria, debido a sus carencias, ha sido la primera cuestión que aborda la Ley Marco, sin embargo, aún no se ha implantado su universalidad, lo cual no resulta viable sino se acelera la regionalización de la oferta de atención (por ejemplo, mediante la creación de grupo de territoriales de salud, servicios médicos territoriales, dotación presupuestaria a nivel regional, favorecer su cooperación, etc.). Sin obviar la necesaria participación del Estado, que debe identificar las necesidades de los ciudadanos, adaptando las infraestructuras y equipamiento de cada región, en particular, en la distribución de las inversiones, como su fiscalización. Asimismo, ha de controlar la necesidad de mejorar la atención sanitaria, que se presta de forma desigual, deficitaria, de baja calidad y que menos aún cubre las necesidades de la totalidad de los ciudadanos. A lo que se suma la desigual distribución de financiación entre el sector público y privado, y sobre todo en este último, donde la mayor carga financiera recae en el trabajador, al que le sigue el empresario, siendo el Estado el que menos aporta al sistema contributivo sanitario. Igualmente, este debe enfocarse en otros objetivos hasta ahora tratados de forma tangencial, como la educación sanitaria y la prevención. En este sentido, el proyecto de Ley Marco nº 06-22, relativo al Sistema Nacional de Salud, tiene como finalidad fundamental reformar este sector desde un enfoque multidimensional, articulando su actuación en los siguientes pilares: buena gobernanza, desarrollo de los recursos humanos, mejora de la oferta sanitaria y digitalización. Sin embargo, hasta el momento, no se ha ejecutado ninguna de estas reformas por lo que no se puede evaluar su eficacia y efectos hasta su implantación real.

De otra parte, con respecto a las prestaciones familiares, que actúan más como un complemento de ingresos que realmente como protección a la infancia, aunque en realidad esta debería ser su naturaleza, es donde se visibilizan las notables diferencias que existen entre la cuantía y duración según se trate de un trabajador por cuenta ajena o de un funcionario público (sirva de paradigma la licencia de maternidad que es de 3 días para los primeros, mientras que los segundos la pueden disfrutar durante 15 días naturales siguientes al nacimiento del hijo o su adopción).

En síntesis, la superación de estos desafíos exige una transformación y reformulación de políticas sociales que se materialicen en leyes y que se apliquen y ejecuten. Asimismo, para conseguir la cohesión social y la sostenibilidad financiera, es preciso la colaboración y una mayor implicación de todos los actores tanto públicos como privados y solo de esta forma podrá lograrse la universalización y generalización del sistema de protección social y conseguir implantar, como primer paso, un mínimo de pensión garantizado que *de lege ferenda* de forma cortoplacista se espera y necesita su puesta en marcha como objetivo prioritario para la efectiva tutela jurídico-social de sus ciudadanos.

Bibliografía

- Boukaich, K.: "Situación jurídica de la mujer trabajadora en la legislación marroquí: Aspectos Laborales y de Seguridad Social", *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 15, 2015. DOI: <https://doi.org/10.17561/rej.v0i15.3154>.
- Burgos Goye, M. C.: *La protección social en Marruecos*, Aranzadi, Navarra, 2020.
- Esping-Andersen, G.: *Fundamentos sociales de las economías posindustriales*, Oxford Academic, Oxford, 1999.
- Fassin, D.; Morice, A. y Quiminal. C. (dirs.): *Les Lois de l'inhospitalité. Les Politiques de l'immigration à l'épreuve del sans -papiers*, La Découverte, Paris, 1997.
- Morgado Panadero, P.: *Políticas sociales para familias*, Comares, Granada, 2008.
- Ruiz Miguel, C.: *La Constitución Marroquí de 2011. Análisis crítico*, Dykinson, Madrid, 2012.



¿Hacia dónde se dirigen los cuidados de larga duración?: Análisis al amparo del Convenio de la ONU

WHERE IS LONG-TERM CARE HEADED?: ANALYSIS UNDER THE UN CONVENTION

Alberto Gil Blázquez

Trabajador social

Instituto de Mayores y Servicios Sociales en Ceuta

Doctorando en Trabajo Social

Universidad Complutense de Madrid

albegi02@ucm.es 0009-0005-4916-7316

Recibido: 17.11.2022 | Aceptado: 26.04.2023

RESUMEN

La Convención de Naciones Unidas para las personas con discapacidad ha supuesto la ruptura de la visión paternalista y asistencialista que ha marcado la implementación de los sistemas de atención destinados a las personas que precisan cuidados de larga duración. La importancia histórica de este documento se ha visto reflejada en las legislaciones nacionales e internacionales, haciendo hincapié en la autonomía personal en la toma de decisiones.

Este cambio de paradigma derivado de la Convención entronca con la nueva filosofía de los cuidados, basados en conceptos más centrados en la persona y principios vinculados con la vida independiente y la toma de decisiones autónoma en detrimento de soluciones vinculadas al asistencialismo.

En este documento conectará los principios aportados por la Convención con el nuevo marco de referencia de filosofía de los cuidados, analizando las características y novedades de este nuevo modelo y las repercusiones a nivel legislativo nacional y europeo.

ABSTRACT

The United Nations Convention for Persons with Disabilities has led to the rupture of the paternalistic and welfare vision that has marked the implementation of care systems for people who require long-term care. The historical importance of this document has been reflected in national and international legislation, emphasizing personal autonomy in decision-making. This paradigm shift derived from the Convention connects with the new philosophy of care, based on more person-centered concepts and principles linked to independent living and autonomous decision-making to the detriment of solutions linked to assistance.

In this document, he will connect the principles provided by the Convention with the new reference framework for the philosophy of care, analyzing the characteristics and novelties of this new model and the repercussions at the national and European legislative level.

PALABRAS CLAVE

Convención
Autonomía personal
Vida independiente
Cuidados de larga duración
Modelo de atención

KEYWORDS

Convention
Personal autonomy
Independent life
Long-term care
Model of attention

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LA CONVENCIÓN Y SU INCIDENCIA EN LOS CUIDADOS
 - A. LA ACCESIBILIDAD
 - B. VIDA INDEPENDIENTE
 - C. HABILITACIÓN Y REHABILITACIÓN
 - D. EMPLEO
 - E. PROTECCIÓN SOCIAL
 - F. PARTICIPACIÓN EN LA VIDA POLÍTICA
 - G. PARTICIPACIÓN SOCIAL
 - III. CAMBIOS EN EL MODELO DE ATENCIÓN. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?
 - IV. REPERCUSIONES DE LA CONVENCIÓN EN LA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA
 - V. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La Convención de Naciones Unidas es un hito histórico clave en la conceptualización de la discapacidad. Abre la puerta a un nuevo paradigma centrado en la autonomía personal y los derechos. Asimismo, ha supuesto un cambio en la filosofía de los cuidados, promoviendo un nuevo modelo de atención centrado en la persona, sus inquietudes y necesidades, dejando atrás visiones asistenciales. Resulta imprescindible, pues, analizar la situación actual de los cuidados y las implicaciones de la aprobación de la Convención en los aspectos de la vida diaria. Finalmente, se observarán las repercusiones en la legislación en Europa y España.

140

II. LA CONVENCIÓN Y SU INCIDENCIA EN LOS CUIDADOS

Este documento, aprobado en 2006 en Nueva York¹ y ratificado por España en 2008, reconoce la necesidad de garantizar los derechos de las personas con discapacidad y, en general, aquellas que precisan de apoyos más o menos intensos en los aspectos que afectan a su esfera personal y social. Si existe algún aspecto relevante en este documento es la importancia que adquiere la autonomía personal, un concepto sobre el que debe pivotar el apoyo y la libertad en la toma de decisiones.

Asimismo, trata un aspecto realmente interesante y quizá no lo suficientemente visibilizado hasta ese momento y es el nivel de participación política y social de las personas con discapacidad, fundamentalmente necesitadas de cuidados. Este texto promueve la participación activa en las políticas y programas que les afectan directamente, tanto en su génesis como en su seguimiento.

La incorporación de la perspectiva de género en todas las actividades y programas es vital, ya que se da la circunstancia que en este caso pueden operar varias

1. Instrumento de Ratificación de la Convención de las personas con discapacidad, hecho en New York el 13 de diciembre de 2006, publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

discriminaciones como la representada por la mujer con discapacidad, perfiles que necesitan una alta especialización en su atención, dada su alta vulnerabilidad. Unido a esta variable, otro factor social especialmente relevante para las condiciones de vida y salud, son las condiciones de pobreza y sus efectos negativos en términos tanto de satisfacción de las necesidades como el disfrute de tratamientos especializados o unas condiciones habitacionales dignas y accesibles. En este sentido, la accesibilidad no sólo se debe entender en términos de desempeño de las actividades básicas de la vida diaria, sino en su nivel de participación social y política. Por ello, resulta indispensable un entorno accesible físico, social, económico y cultural, de acceso a la salud, a la educación, a la información o a las comunicaciones, de modo que se garantice el pleno disfrute de derechos. Es el llamado diseño universal, que se define como el modo de diseño de entornos, programas y servicios que puede ser empleado por la mayoría de los ciudadanos sin necesidad de ningún tipo de adaptación.

La Convención es el punto de partida de la promoción de un nuevo modelo de atención, basado en el respeto escrupuloso a la visión de la persona acerca de su cuidado, su planificación, sus objetivos y sus fines. Algunos de los principios, recogidos en esta declaración (art. 3), se encuentran íntimamente con las bases y filosofía de este modelo; a saber:

- El respeto a la dignidad, autonomía individual, libertad de tomar decisiones y la independencia de las personas.
- No discriminación.
- Participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
- Respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
- Igualdad de oportunidades:
 - Accesibilidad.
 - Igualdad entre hombre y mujer.
 - Protección y evolución favorable de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Si bien, todos resultan relevantes, se han seleccionado para su estudio en profundidad alguno de los principios indicados, entendiendo que constituyen pilares fundamentales en la configuración de los nuevos cuidados.

A. La accesibilidad

La accesibilidad como elemento indispensable de garantía de disfrute de una vida independiente en todas las esferas. Este aspecto proporciona las condiciones idóneas de desempeño en condiciones de igualdad con el resto de la sociedad, incluyendo el entorno físico, transporte, información y comunicaciones, instalaciones abiertas al público y de uso público en zonas urbanas y rurales u otros servicios disponibles.

Miranda² plantea en su investigación acerca de la gestión de la accesibilidad universal varias conclusiones. La evidencia de la existencia de deficiencias en la ejecución de la accesibilidad que la condicionan de forma inexorable, la limitan y llegan incluso a anularla. En la práctica, surgen problemas que provocan el incumplimiento de la normativa, no pudiendo garantizar la participación de todos y cada uno de los miembros de la sociedad. El avance en desarrollo técnico y productos de apoyo es evidente, si bien continúan los incumplimientos. Es necesario el cumplimiento estricto del contenido empleando todos los instrumentos y recursos al alcance.

Por otro lado, se trata de reflexionar acerca de los procesos empleados para garantizar la accesibilidad, la definición y análisis de las deficiencias tanto en la ejecución como en la gestión, de manera que se posibilite extraer unas conclusiones satisfactorias. La investigación concluye que los medios para satisfacer la accesibilidad no son suficientes, siendo necesario garantizar una evaluación continua de la actuación con el criterio común y constante de la accesibilidad. Asimismo, resulta fundamental la formación y planificación, la necesidad de auditorías y apoyos externos y el establecimiento de Planes de Accesibilidad por parte de las administraciones públicas.

B. Vida independiente

Es el derecho a ser incluido en comunidad. Se deben garantizar las condiciones de igualdad de la vida en comunidad de las personas con discapacidad, para ello se promoverán las medidas efectivas y pertinentes que faciliten su plena inclusión y participación en la comunidad. Se debe poder elegir su lugar de residencia, donde y con quién vivir en igualdad de condiciones con las demás, sin condicionarse por un sistema de vida específico.

La importancia de los servicios como asistencia domiciliaria, residencial, servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal, que facilitan la existencia, inclusión en la comunidad y prevención del aislamiento. Los espacios y servicios comunitarios deben de estar disponibles para toda la población y en especial para las personas con discapacidad.

La movilidad personal es vital para lograr una mayor independencia, para ello debe facilitarse la movilidad personal con un costo asequible, prestando asesoramiento especializado para adquirir habilidades en relación con su movilidad, proporcionar dispositivos y tecnologías de apoyo y promover el avance de la tecnología en movilidad.

La salud que asegure los tratamientos y rehabilitación más idóneos, teniendo en cuenta las cuestiones de género con unos precios asequibles e incluyendo ámbitos como la salud sexual y reproductiva y los programas de salud pública. Facilitar los servicios de salud especializados basados en la pronta detección e intervención, previniendo tanto como sea posible la aparición de nuevas discapacidades, prestando especial

2. Miranda Erro, J.: *La accesibilidad universal y su gestión como elementos imprescindibles para el ejercicio de los derechos fundamentales*, Ediciones Cinca-Convención ONU Discapacidad, Madrid, 2016.

atención a los niños y niñas con discapacidad. Los servicios sanitarios y sociales deben facilitarse en proximidad, tanto en entornos urbanos y rurales. Los profesionales de la salud deben prestar una atención de calidad a las personas con discapacidad en condiciones similares al resto de la población, sobre la base del consentimiento informado, la sensibilización respecto sus derechos, dignidad, autonomía y necesidades a través de la adquisición de conocimiento y aprobación de normas éticas en el ámbito público y privado. La prevención de un trato discriminatorio en la prestación de seguros de salud y de vida de un modo justo y razonable, impidiendo que se nieguen servicios de salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

Pallisera *et al.*³, entre otros, plantean como retos para la vida independiente de las personas con discapacidad intelectual; a saber: la necesidad de incorporar la vida independiente como un derecho, y no como un privilegio al que pueden acceder aquellas personas que tienen menos necesidad de apoyos. El sistema de provisión de servicios para la vida independiente debe reorientarse a apoyos personalizados y a la vivienda. Asimismo, los profesionales deben constituir un agente fundamental para garantizar los apoyos que hagan efectiva la vida independiente y la inclusión en la comunidad de las personas con personas con discapacidad y sus familias. Es necesario establecer relaciones personales y sociales significativas, participar en los servicios culturales y de ocio de la comunidad, entre otros.

Es clave un compromiso firme por parte de la Administración que garantice la continuidad y estabilidad de los apoyos personalizados. La precariedad de los profesionales afecta a la calidad de los apoyos ofrecidos, especialmente de los apoyos personalizados y es un punto en el que incidir necesariamente para mejorar las posibilidades de vida independiente de las personas con discapacidad.

El derecho a la vida independiente va más allá de la desinstitucionalización y las opciones de apoyo. El derecho a tomar las propias decisiones, a tener una familia propia o tener un trabajo ajustado a las propias necesidades son otros de los muchos elementos que contribuyen a que una persona pueda vivir de forma independiente. Para avanzar en el ejercicio del derecho a la vida independiente es necesario abordar la gestión del riesgo desde perspectivas y estrategias que no impliquen la vulneración de otros derechos. Se recomienda que los profesionales que actúan desde los distintos ámbitos de la comunidad (socioeducativo, político, médico, judicial, etc.) reciban la formación y la orientación necesarias en materia de derechos para que sus prácticas se ajusten a los planteamientos de la Convención.

Según Carbonell⁴, el movimiento de vida independiente ha realizado en España una labor muy positiva de concienciación, siendo un colectivo menor con respecto a las asociaciones tradicionales de personas con discapacidad. El hecho de que haya tan pocos asistentes personales en España nos indica el largo camino por recorrer.

3. Pallisera, M. *et al.*: "Retos para la vida independiente de las personas con discapacidad intelectual. Un estudio basado en sus opiniones, las de sus familias y las de los profesionales", *Revista Española de Discapacidad*, vol. 6, núm. 1, 2018, pp. 7-29.

4. Carbonell Aparici, G. J.: "El Movimiento de Vida Independiente en España", *Revista Española de Discapacidad*, Vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 201-214.

Aun así, este movimiento es muy activo, como lo evidencia la celebración del II Congreso Europeo celebrado en Valencia en 2018.

López y Ruiz⁵ consideran que con el nacimiento y desarrollo del movimiento de vida independiente las personas con diversidad funcional han tomado conciencia de sus derechos. Uno de éstos, es el derecho a vivir de forma independiente y en igualdad de oportunidades al resto de la ciudadanía y el instrumento no es otro que la asistencia personal. En la década de los 90 se comenzaron a poner en marcha diferentes proyectos de asistencia personal que culminaron con la Convención. Este recurso tiene ya más de 50 años de historia y casi 40 de establecimiento en Europa, sin embargo, en nuestro país la implantación de la AP ha sido tardía, no fue hasta el año 2006.

Por su parte, Roldán y Díaz⁶ plantean que, para favorecer las condiciones de autonomía y la configuración de estilos de vida independiente, deben desarrollarse procesos de autodeterminación y de libertad para la toma de decisiones, lo cual habla de la importancia de reconocer a las personas en estas condiciones como agentes en su propio desarrollo, y ello trasciende la mirada de beneficencia y ubica las relaciones con ellos a partir de su reconocimiento como valioso por el solo hecho de ser humano, y de la capacidad de sentir compasión por sus padecimientos, de tal forma que se visibilice su condición de fragilidad, como parte del significado de la especie humana. Se observan pocos textos que se centren en la narrativa o la percepción de vida de las personas en condición de discapacidad, lo cual fue considerado como problemático en tanto son ellas quienes pueden dar cuenta de sus experiencias, los significados de las vivencias, el sentir frente a su condición, la autopercepción del cuerpo limitado, las necesidades de apoyo y el autorreconocimiento de las capacidades de agenciamiento.

Un aspecto especialmente analizado es la institucionalización y su análisis en la Convención, Muyor⁷ recoge que la modalidad de institucionalización de los servicios sociales especializados está segmentada a partir de las características individuales de las personas con diversidad funcional; esto es: según los tipos de discapacidad o “síndromes” concretos. Así se justifica un discurso médico-rehabilitador de atención individualizada y especializada que encubre la naturalización de los problemas sociales. La intervención social se argumenta desde los rasgos personales, perdiendo la visión holística y potenciando el carácter autoculpabilizador de los problemas. Por tanto, esto favorece la (re)producción de las desigualdades y discriminaciones por motivos de discapacidad.

Por el contrario, los marcos ideológicos de la Convención, la desinstitucionalización debe interpretarse como un derecho. No obstante, el escaso desarrollo en nuestro país de unos servicios sociales inclusivos, de un sistema garantista de apoyos y de la

5. López Pérez, M. y Ruiz Seisdedos, S.: “Desde el Movimiento de Vida Independiente hasta la Asistencia Personal: los derechos de las personas con diversidad funcional”, *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, vol. 19, núm. 2, 2020, pp. 67-84.

6. Roldán Berrio, N. y Díaz Alzate, M. V.: “Vivencias de reconocimiento y compasión de personas en condición de discapacidad hacia la autonomía y la vida independiente”, *Siglo Cero*, vol. 50, núm. 3, 2019, pp. 67-87.

7. Muyor Rodríguez, J.: “La (des)institucionalización en el marco de la Convención Internacional de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 32, núm. 2, 2019, pp. 407-418.

figura de asistencia personal nos conduce a un proceso de transición que debe hacerse contando con la incidencia actual que tiene la institucionalización en el conjunto de los recursos sociales.

Para avanzar en ese proceso de transición destacamos tres orientaciones marco. En un primer nivel político-institucional, planteamos la necesidad de reforzar un modelo de protección social que garantice el derecho subjetivo y universal a tener las mismas oportunidades que el resto de la ciudadanía. En un segundo nivel de actuación, planteamos la necesidad de un cambio organizacional de las instituciones tradicionales. Por último, en un tercer nivel de análisis, consideramos que los programas y las intervenciones profesionales realizadas bajo el marco de institucionalización deben ampliar el campo de atención más allá del bienestar físico. La cuestión central de la propuesta que planteamos busca resituar el enfoque de la Convención Internacional de la ONU en el contexto de los centros especializados regulados por el sistema público de servicios sociales. El proceso de desinstitucionalización no es solo una elección para mejorar los servicios sociales actuales, sino un requerimiento jurídico internacional para garantizar los derechos humanos de las personas con diversidad funcional.

Finalmente, y en la misma línea, González Casas⁸ analiza el tratamiento ambulatorio involuntario como limitación a los derechos de las personas con discapacidad, por lo que en la aplicación de esta medida debe garantizarse la adecuada protección de las personas vulnerables que por sus condiciones personales tienen graves limitaciones para autogobernarse. En su opinión, debe ejercerse un mayor control judicial –asociado lógicamente a una mejora en la regulación legislativa del proceso–, que facilite el abandono de actitudes basadas en el paternalismo.

El desarrollo del tratamiento debe de combinar la rehabilitación mediante el seguimiento de un tratamiento farmacológico, y la necesaria implementación de planes de intervención psicosocial que faciliten una respuesta integral y duradera, con el objetivo de reestablecer las pautas conductuales óptimas para un correcto desarrollo personal y social.

C. Habilitación y rehabilitación

Se deben adoptar las medidas necesarias para proporcionar las medidas que logren y mantengan la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. Se debe promover el avance en los campos de la rehabilitación y la habilitación y especialmente en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales.

Clave resulta la atención temprana y la evaluación interdisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona. De igual modo, la promoción de la participación y la inclusión en la comunidad en todos sus aspectos, es un mecanismo de generación de

8. González Casas, D.: "Discapacidad, capacidad y derechos fundamentales en España: el ejemplo del tratamiento ambulatorio involuntario", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, pp. 50-79.

proximidad y apoyo a la independencia personal y social, promoviendo la disponibilidad, conocimiento y uso de dispositivos tecnológicos de apoyo.

D. Empleo

Se deben promover todas las medidas para satisfacer el derecho de todas las personas con discapacidad al trabajo en igualdad de condiciones con el resto de personas. Tener la oportunidad de construir su vida mediante un trabajo libremente elegido en entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles. Se debe salvaguardar y facilitar el ejercicio de este derecho, incluso en los casos en que se adquiriera la condición de discapacidad durante el desempeño del puesto de trabajo. Entre otras medidas se prohíbe la discriminación en las condiciones de selección, contratación y empleo, continuidad en el empleo, promoción profesional, condiciones de trabajo seguras y saludables, protección contra el acoso y reparación de agravios sufridos.

La garantía de poder ejercer sus derechos laborales y sindicales, el acceso a programas de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua.

Se trata de facilitar las oportunidades de empleo y promoción profesional en el ámbito de la discapacidad en el mercado laboral, ya sea en el empleo por cuenta propia, sector público o privado, apoyándolas en la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo. Cuestión paralela constituyen los llamados ajustes razonables que deben ser proporcionados a las personas con discapacidad en su entorno laboral.

Finalmente, se deberán garantizar que no sufran situaciones de trabajo forzoso u obligatorio en condiciones de esclavitud o servidumbre.

Rubio⁹, en relación al empleo y las repercusiones de la Convención, manifiesta que el derecho español parte de unas bases inmejorables para la integración laboral de las personas con discapacidad; si bien, en la práctica, facturas de carácter temporal como crisis económicas dificultan su aplicación, ya que para implantar las medidas normativas se precisa de una fuerte inversión económica no siempre asumible. El tejido empresarial español privado está compuesto por pequeñas y medianas empresas que no superan los 50 puestos de trabajo, con lo que la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas discapacitadas se reduce sustancialmente; u otras situaciones como las dificultades o viabilidad económica de las empresas que dificulta la contratación.

Para Gutiérrez Colominas¹⁰ la cuota de reserva es una tradicional medida de acción positiva en el ordenamiento jurídico español y que, como ya se ha apuntado, no ha

9. Rubio de Medina, M. D.: "Las referencias al empleo en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su repercusión en la normativa laboral española", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, 2013.

10. Gutiérrez Colominas, D.: "La Regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020, pp. 41-58.

sufrido cambios en su regulación como consecuencia de la aprobación e integración de la Convención en el ordenamiento jurídico español. La razón principal que justifica este fenómeno podemos hallarla en el absoluto silencio que guarda la Convención en relación con esta institución. Hay un cierto rechazo en la Convención hacia la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad. Existe una escasa implementación efectiva de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, en este sentido, la desaparición de la cuota de reserva no parece aún una solución eficaz.

Como primera mejora, sería recomendable conectar el cumplimiento de la cuota de reserva con la obligación de realizar ajustes razonables. Una de las novedades más importantes de la Convención es la inclusión de la transformación y/o adaptación de los entornos para lograr una efectiva igualdad de oportunidades, y la cuota de reserva no puede omitir esta circunstancia. En segundo lugar, y en estrecha conexión con la primera sugerencia, el cumplimiento de la cuota de reserva debería reconfigurarse para que abarcase a una parte más representativa del tejido empresarial español. El criterio actual, basado en la existencia de una plantilla igual o superior a 50 personas, es un planteamiento que no es acorde con la realidad empresarial española y, además, no es coherente con la universalidad inherente al concepto “igualdad de oportunidades” predicada en la CIDPD, que exige ampliar el ámbito subjetivo de la obligación objeto de estudio.

E. Protección social

Las personas con discapacidad deben disfrutar de un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, englobando alimentación, vestido y vivienda adecuados, promoviendo su mejora continua. Asimismo, se adoptarán las medidas pertinentes para gozar de una protección social adecuada que permita el acceso en condiciones de igualdad a servicios de agua potable u otros servicios y dispositivos de diversa índole a precios asequibles. Se hará especial hincapié en las niñas, mujeres y personas mayores con discapacidad, elaborando programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza. Paralelamente, serán necesarias actuaciones de capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados para personas con discapacidad y familias que se encuentren en situación de pobreza. En este sentido, se promoverá el acceso a programas de vivienda pública y a programas y beneficios de jubilación.

F. Participación en la vida política

La garantía de los derechos políticos se instrumentaliza mediante la participación plena y efectiva en la vida política y pública de manera directa o a través de sus representantes libremente elegidos y la posibilidad de votar y ser elegidos. Estos procedimientos de elección, las instalaciones y los materiales deben ser adecuados, accesibles y

fácilmente entendibles y utilizables. La protección del voto en secreto y la participación en referéndums, sin ninguna intimidación y poder presentarse a cualquier función pública en todos los niveles de gobierno, empleando las nuevas tecnologías o las tecnologías de apoyo.

La posibilidad de que las personas con discapacidad puedan expresar libremente su opinión y disponer de asistencia para votar si así lo precisan. La promoción plena y efectiva de su participación en la dirección de los asuntos públicos, organizaciones y asociaciones no gubernamentales y en actividades y administración de los partidos políticos. La posibilidad de constituir el movimiento asociativo en la discapacidad es de gran importancia, por lo que representa a nivel internacional, nacional, regional y local.

Lidón Heras¹¹, en relación a la participación política de las personas con discapacidad, resalta la falta de adaptación normativa, la aplicación insuficiente de la normativa en vigor, con el efecto de vulnerar tanto la titularidad del derecho como su ejercicio. Asimismo, en su opinión, se hacen necesarios más apoyos y garantías que sean necesarias para su ejercicio. Y, de la misma manera, debe garantizarse el derecho de participación en todo el proceso electoral. Sin estas medidas, España está incumpliendo la Convención.

G. Participación social

Se deberán garantizar la participación en la vida cultural y se adoptarán todas las medidas necesarias como el acceso a material cultural en formatos accesibles, programas de televisión, teatros, museos, cines, bibliotecas y servicios turísticos y, en la medida de lo posible, tengan acceso a monumentos y lugares de importancia cultural. Se proporcionarán las herramientas necesarias que permitan emplear y desarrollar el potencial creativo, artístico e intelectual en beneficio personal y el enriquecimiento de la sociedad, evitando las trabas que puedan suponer las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual. El reconocimiento y apoyo a la identidad cultural y lingüística específica, incluidos el lenguaje de signos y la cultura de los sordos.

La participación en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas, alentando la participación en actividades deportivas generales de todos los niveles, la posibilidad de organizar y desarrollar actividades deportivas y recreativas ofreciendo instrucción, formación y recursos adecuados. El acceso a instalaciones deportivas, recreativas y turísticas debe ser accesible. En el caso de los niños y niñas con discapacidad se refiere igualmente a las actividades organizadas dentro del sistema escolar. Asimismo, se debe poder disfrutar de todos los servicios en estas actividades recreativas, turísticas, de esparcimiento y deportivas.

Los conceptos clave que se derivan de los principios nos hablan de autodeterminación, reconocimiento social y participación de las personas con discapacidad como

11. Lidón Heras, L.: "El derecho de participación política de las personas con discapacidad: el caso de España tras más de una década de vigencia de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 8, núm. 2, 2017, pp. 56-86.

ciudadanos de pleno derecho, que lo único que pretenden es contar con la oportunidad de decidir qué hacer con su existencia en cada una de las etapas de su ciclo vital.

III. CAMBIOS EN EL MODELO DE ATENCIÓN. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

Pues bien, toda vez que la Convención aporta esta ruptura de paradigma, este hecho histórico se refleja en todos los ámbitos del escenario social, entre ellos destaca la repercusión en el sistema de cuidados. El momento actual es de transición desde un concepto tradicional asistencialista de la atención a un modelo garantista de derechos, basado en la autodeterminación y la promoción de la autonomía personal como pilares básicos.

Martínez¹² considera que la crisis económica y las políticas de austeridad han debilitado y puesto en cuestión la gestión de la red pública de servicios. Las tendencias demográficas de aumento de la longevidad y, por tanto, de crecimiento de adultos mayores con necesidades de cuidados de larga duración suponen el riesgo de atribuir más responsabilidades a las familias, a las mujeres y generar más desigualdades sociales entre aquellos hogares que puedan articular una respuesta a esta demanda en el mercado y aquellos que no puedan hacerlo.

En este contexto, la comunidad no puede convertirse en una opción de desresponsabilizar al Estado o de delegar en el mercado o de substituir a la familia. La cuestión apunta a buscar un equilibrio que permita mantener la sostenibilidad de la vida y sus exigencias a lo largo de todo el ciclo de la vida. Se trata de articular una red donde lo público, lo privado y lo comunitario se tejan para fomentar una responsabilidad compartida que supere la individualización. Sin embargo, y como bien supieron advertir las feministas británicas en los años ochenta, a pesar de las implicaciones positivas de la comunidad, en este espacio también existen desigualdades relativas a la presencia mayoritariamente femenina y al peligro de la desprofesionalización de los cuidados. Reclamar la comunidad como agente de cuidados debe tener la consigna de apelar a la responsabilidad cívica y a la necesidad de cooperación a lo largo de nuestra trayectoria vital.

Sánchez *et al.*¹³ reflexionan acerca del modelo español de cuidados de larga duración (en adelante, CLD). Es muy relevante la fuerte descentralización de la gestión de los cuidados de larga duración en el país, que, aunque dan una imagen global de la problemática, es probable que no puedan ser extrapolables a todas las realidades locales y regionales. No cabe duda de que sería recomendable a futuro disponer de más fuentes de datos estadísticos que permitan, tanto a nivel estatal como autonómico, profundizar en la situación de los hogares en situación de dependencia.

12. Martínez Buján, R. "Cuidados con "sentido común": desafíos, vacíos y contradicciones", *Investigaciones Regionales/Journal of Regional Research*, núm. 44, 2019, pp. 111-124.

13. Sánchez Salmerón, V.; Pérez Eransus, B. y Martínez Virto, L.: "El modelo español de cuidados de larga duración ante el desafío de la desigualdad. El reto de garantizar los apoyos adecuados para la población dependiente más vulnerable", *Revista Prisma Social*, núm. 32, 2021, pp. 167-195.

En primer lugar, parece consolidarse el hecho de que existe un volumen importante de necesidades de larga duración insuficientemente atendidas en el país, siendo estas además ligeramente superiores en el caso de los estratos económicos intermedios. En segundo lugar, el modelo de CLD permite equiparar el acceso a cuidados formales de la población mayor con más necesidades, especialmente entre los dos extremos de los niveles de ingresos, aunque el mismo muestra menos capacidad de apoyar a los sectores intermedios, especialmente a los inmediatamente situados por encima del nivel de ingresos más bajo. Se debe caminar hacia una gestión y acceso más equitativo.

Huete-García *et al.*¹⁴ identifican las dificultades del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y las necesidades de reforma del sistema. Una de las principales dificultades son las fuentes de información del Sistema. Otras son las reformas derivadas de la viabilidad financiera, las listas de espera, una cobertura de los servicios heterogénea y desequilibrada, el insuficiente desarrollo de la prestación económica de Asistencia Personal.

Morales-Romo *et al.*¹⁵ estudian la gestión de la atención a la dependencia en España, mediante una encuesta realizada a una muestra de 800 personas en situación de dependencia y un estudio Delphi con profesionales expertos/as en la materia. De este estudio, se concluye la necesidad de mejorar en aspectos clave de la gestión y la financiación, promover la lealtad institucional, la modernización de procesos y herramientas y la unificación de herramientas de calidad. Otras líneas de futuro deben ser la investigación sobre la cobertura del Sistema y las Guías de Buenas Prácticas, que permitan el progreso del Sistema, especialmente entre la población en situación de vulnerabilidad social.

Otro de los desafíos que surge es la consideración del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante, SAAD) como un proyecto común en el que se requiere la colaboración de los agentes implicados para facilitar las labores de los demás, así como que el acceso a los derechos se realice en las condiciones de igualdad y universalidad que marca la Ley. Las dificultades de coordinación entre administraciones que afectan al SAAD, ampliamente constatadas en la bibliografía, son la punta del iceberg de una amplia falta de vertebración. Se han encontrado evidencias de que las CCAA no cooperan, no comparten técnicas, ni información, ni resultados. En este contexto, el papel central que debería tener la Administración Local se ve oscurecido.

Ramos-Feijóo¹⁶ reflexiona acerca del nuevo modelo de cuidados. En primer lugar, menciona el proyecto "Cuidamos Contigo", desarrollado por la Fundación Pilares para

14. Huete-García, A.; Chaverri-Carvajal, A. y Morales-Romo, N.: "El Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia en España (SAAD). Memoria de Debilidades desde su implantación", *Revista Prisma Social*, núm. 32, 2021, pp. 25-44.

15. Morales-Romo, N.; Huete-García, A. y Chaverri-Carvajal, A.: "La gestión de la atención a la dependencia en España. Análisis y Propuestas", *Revista Prisma Social*, núm. 32, 2021, pp. 2-24.

16. Ramos Feijóo, C.: "Nuevo modelo de cuidados. Nuevo contrato de género. La propuesta de las comunidades cuidadoras en la realidad española", en Casas-Torres, G. y Piña-Morán, M. (coords.): *Evidencias Internacionales de Trabajo Social en Gerontología. El ámbito comunitario*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2022, pp. 305-325.

la Autonomía Personal en España, que constata la feminización de los cuidados. Pero también ha podido evidenciar la posibilidad de estrategias que permitan a las mujeres reconocer sus capacidades y la posibilidad de que no sean sólo ellas las que deban cuidar. Es evidente que las redes comunitarias son indispensables para un aprovechamiento de los recursos. Esta idea, que se promueve desde el Modelo de Atención Integral y Centrada en la persona, apunta a políticas sociales universales que permitan un desarrollo de la ciudadanía para todas las personas, perspectiva que fundamenta la teoría feminista. La posibilidad de acercar servicios de proximidad y de calidad contribuye a que se produzca un descanso en el espacio familiar para permitir que las personas cuidadoras puedan tener respiros.

El Modelo de Atención Integral y Centrada en la persona asume, desde el reconocimiento de los derechos y de la dignidad de la persona, que los roles de género no pueden determinar la provisión del cuidado. Desde el Trabajo Social en el campo Gerontológico, se aboga por trabajar por la construcción de comunidades cuidadoras como respuesta a la necesidad de un nuevo modelo de cuidados.

Verdugo *et al.*¹⁷ aportan el llamado modelo de calidad de vida y apoyos, que supone la conjunción de los paradigmas de calidad de vida y apoyos en un solo modelo que orienta, refuerza y estimula los procesos de cambio iniciados por muchas organizaciones y la planificación de otros nuevos procesos. Hay que reconocer que este planteamiento conjunto es el resultado de la visión e iniciativas de investigadores, organizaciones y profesionales que realizaron el arduo y dedicado trabajo involucrado en la conceptualización y medición, la transformación de la organización y el cambio de sistemas. Todo ello, con la colaboración imprescindible de las personas con discapacidad y sus familias para defender los valores y avanzar en oportunidades, políticas y prácticas esenciales que se basan en los apoyos y se centran en la calidad de vida.

La emergencia y generalización de enfoques más comunitarios centrados en la calidad de vida y en los apoyos es la respuesta apropiada, tal como nos indican los resultados de investigaciones. Los derechos individuales que proclama la Convención tienen su sentido natural en espacios de libertad y oportunidades. La segregación es una negación de derechos.

Martínez-Virto y Hermoso-Humbert¹⁸ recuerdan que los cuidados son indispensables para construir territorios y sociedades que resistan a cambios y transformaciones. Por ello, los cuidados son objeto de las políticas públicas, pero también de otros proveedores como la familia, la comunidad e incluso el mercado. Cuidar en la comunidad es un encargo que reciben los servicios sociales públicos de atención primaria.

Las nuevas orientaciones acercan los cuidados cada vez más al espacio social, y no solo al sanitario, evidenciando la necesidad de trabajar en red. Todo ello implica un enfoque distinto donde las personas y sus comunidades tomen un papel activo en

17. Verdugo Alonso, M. A.; Shalock, Robert L. y Gómez Sánchez L.E.: "El modelo de calidad de vida y apoyos: La Unión tras veinticinco años de caminos paralelos", *Siglo Cero*, vol. 52, núm. 3, 2021, pp. 9-28.

18. Martínez-Virto, L. y Hermoso-Humbert, A.: "Hacia un modelo público de cuidados en la comunidad", *RES. Revista Española de Sociología*, vol. 30, núm. 2, 2021.

la búsqueda de soluciones conjuntas para necesidades colectivas. Otras soluciones son las nuevas tecnologías aplicadas a los cuidados y la promoción de la autonomía personal.

Se advierten mejoras relacionadas con una escasa atención preventiva, una limitada conexión con la comunidad en los servicios en el hogar, la activación de las redes y las alianzas de intervención con otros proveedores para ganar eficiencia en la red pública de servicios de cuidado. Por último, se observa el mantenimiento de una cierta fragmentación y desigualdad en la atención.

La comunidad y lo colectivo entran con fuerza a la gestión de los cuidados, pero ello no implica un repliegue de las fórmulas públicas de cuidado en la comunidad, más bien al contrario. Los servicios sociales cuentan con experiencia técnica para promover, apoyar y acompañar a las redes comunitarias para su sostenimiento económico, técnico y metodológico. Del mismo modo, las redes contribuyen a construir territorios sostenibles donde incrementar la eficiencia e impacto de las políticas públicas. Por tanto, las estrategias colaborativas entre los distintos actores de provisión se perfilan como la clave para la gestión de los cuidados en la comunidad.

Según Verdugo Alonso¹⁹, la Convención aporta un mapa de ruta obligatorio no solo para cambiar normas y regulaciones, sino para transformar la sociedad, y para ello debemos mejorar nuestras prácticas profesionales y organizacionales y dar un salto cualitativo en la planificación estratégica de la política pública. Se camina hacia los apoyos individuales en el entorno natural de cada persona.

Hay que actuar en los tres niveles descritos del sistema. Lo primero es cambiar los modelos mentales del personal de atención directa, de los directivos de las organizaciones y de los responsables de la política pública. Además, hay que incentivar constantemente la innovación y el cambio para mejorar. La responsabilidad de las administraciones en este caso es de máxima relevancia. Asimismo, es preciso incrementar la investigación aplicada comprometida con los procesos de cambio y mejora. Esa investigación es la que, colaborando con organizaciones y administraciones, puede aportar rigor y calidad, metodología, evaluación, análisis independiente, desarrollo de herramientas, y otros aspectos necesarios en los procesos de mejora y transformación.

El modelo de atención centrado en la persona refleja la culminación de este proceso. Se trata de una metodología que busca un modelo profesionalizado que apoye a las personas a mantener un control sobre su entorno personal y social, optimizando sus capacidades con el objetivo final de la mejora de su calidad de vida.

Los modelos tradicionales se basan en aspectos centrados más en la gestión y tramitación que en las necesidades de las personas. En este modelo, los profesionales promueven la autonomía, el acompañamiento y empoderamiento de las personas. Los entornos accesibles, las actividades significativas, las relaciones familiares y

19. Verdugo Alonso, M. A.: "Conceptos clave que explican los cambios en la provisión de apoyos a las discapacidades intelectuales y del desarrollo en España", *Siglo Cero*, vol. 49, núm. 1, 2018, pp. 35-52.

sociales, la proximidad a la comunidad y la flexibilidad organizativa se convierten en elementos imprescindibles dentro de esta metodología.

La implementación no es tarea fácil, ya que supone la ruptura de estructuras organizativas consolidadas, por lo que avanzar hacia la atención centrada en la persona va a requerir de un liderazgo y compromiso de responsables públicos y privados de centros y organizaciones y finalmente de la implicación y esfuerzo de los profesionales.

Si existe un elemento diferencial de este modelo es el escrupuloso respeto a la autodeterminación de la persona respecto a sus deseos sobre la atención en la vida cotidiana y sus preferencias. Para el cumplimiento de este objetivo, el equipo de profesionales debe ponerse al servicio de la planificación de los cuidados de la persona usuaria, garantizando sus derechos sobre la elección de su atención con prioridad a la satisfacción de sus necesidades y la calidad en la prestación de los servicios.

Resulta relevante conocer aspectos personales de cada usuario como sus condiciones de salud en relación a su funcionamiento y sus circunstancias, su historia de vida, capacidades, preferencias y actividades que le agradan. Fomentar las relaciones sociales y el contacto con la comunidad y su entorno más próximo y la configuración de los centros en entornos agradables que sustituyen a ambientes institucionales con gran repercusión en el estado de bienestar físico y emocional.

Como se ha indicado previamente, el esfuerzo de implementación de este modelo va a requerir de gran implicación y sacrificio por parte de los profesionales, ya que supone el cambio de prácticas profesionales y la organización del trabajo. Para la gestión de este modelo, es imprescindible atender a varios aspectos.

Se trata de una metodología basada en un enfoque interdisciplinar que se hace imprescindible. Todos los profesionales son necesarios en esta tarea, tanto los responsables de la atención directa continuada como el resto del equipo técnico. Se deben fortalecer las acciones de formación para que los profesionales adquieran las habilidades necesarias para afrontar con éxito un nuevo concepto de atención. El proceso de cambio no es sencillo, deben identificarse resistencias, recursos y analizar las debilidades y fortalezas en la actuación de los profesionales implicados.

Se crea el profesional de referencia, que será el profesional que va a asumir el desarrollo del plan de atención y vida del usuario, por tanto, será el referente de un grupo de personas usuarias y sus familias. Se constituirá como portavoz del usuario y la familia. Los profesionales combinarán la prestación de cuidados personales con funciones de desarrollo del plan de atención y vida de los residentes. Partirá de la historia de vida y las fortalezas, intereses y necesidades de la persona. Ahora bien, este profesional debe ser apoyado por la organización en sus tareas.

El concepto de autodeterminación es central en este modelo. Se trata de un proceso complejo que se va construyendo a lo largo de la vida y que, en el caso de las personas con discapacidad o dependencia, depende en gran medida del apoyo del entorno.

El plan de atención y vida es un instrumento que pretende ir más allá de los planes de cuidados personalizados, donde se detectan sus necesidades de atención, ofreciendo apoyos para que la persona, según sus capacidades y valores pueda seguir teniendo control sobre su vida y cuidados cotidianos. Asimismo, se convierte en un

mecanismo de diálogo entre la persona usuaria, su familia y los profesionales. Se empleará para coordinar y orientar las actuaciones de todos los profesionales implicados en la atención, de modo que además de atender las necesidades de cuidado observadas, se faciliten apoyos personalizados para que la persona pueda seguir adelante con su proyecto de vida y sea atendida de una forma acorde a sus valores y preferencias.

Se crearán grupos de apoyo que permitan un espacio de diálogo y consenso entre quienes tienen mayor implicación en la atención y en la toma de decisiones. Ello facilita la comunicación, los acuerdos y ofrece seguridad en las decisiones ya que se realiza desde un marco de decisiones deliberadas y compartidas. El mantenimiento de las relaciones que han formado parte de tu vida, de amistad o de cercanía, permite a la persona conectarse al mundo, tampoco el hecho de recibir cuidados supone la renuncia a nuevas relaciones. Se trata de evitar el aislamiento y la soledad.

El desarrollo de la vida sexual de las personas en situación de dependencia requiere actitudes normalizadoras y comportamientos de máximo respeto y apoyo por parte de los profesionales. Discreción, respeto, proximidad y disponibilidad son pautas que pueden contribuir a que las personas desarrollen de un modo saludable y satisfactorio relaciones afectivas y sexuales.

El objetivo fundamental de los equipos profesionales de los centros consiste en lograr un clima social respetuoso, alegre y cálido. Tener en cuenta las preferencias y capacidades de las personas, favorecer las relaciones con el exterior, respetar lugares privados y ofrecer la participación en actividades compartidas son algunas de las claves para minimizar la presencia de conflictos y favorecer un buen ambiente en las relaciones entre las personas.

La atención centrada en la persona busca cuidados personales de calidad, potenciando la calidad de la vida el bienestar subjetivo y su opinión, pero sin dejar de lado también la calidad técnica de la atención.

Hay que cuidar potenciando la autonomía en el día a día, facilitar que las personas tengan control sobre sus asuntos cotidianos. Se consigue si se da la oportunidad de elegir mientras se apoya a la persona en sus actividades de la vida diaria. Se deben respetar y hacer posible esas elecciones. El profesional de referencia tiene un importante papel en todo esto, porque es quien conoce bien a la persona, quien permanece atento a sus necesidades y a las pequeñas cosas importantes que permitan que sienta que controla su espacio y su vida cotidiana. En conclusión, este nuevo modelo de atención parte de la premisa del protagonismo absoluto de la persona con el asesoramiento técnico y acompañamiento necesario.

IV. REPERCUSIONES DE LA CONVENCIÓN EN LA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA

Las repercusiones de la Convención son amplias dada su importancia histórica, tanto en sí, que ha requerido de la modificación de una parte considerable del cuerpo normativo español y europeo.

Bellido²⁰ resalta que la Convención recoge los derechos, las prioridades, los deseos y la voluntad de las personas con discapacidad; que se impidan los abusos sobre ellas; que se eviten los conflictos de intereses y las influencias interesadas que les perjudiquen y que se apoye a las personas con discapacidades a ejercer libremente sus derechos, todo ello con la menor tutela posible, pero con el mayor apoyo que pida libremente la persona con discapacidad.

A nivel estatal, las repercusiones de este documento en el cuerpo normativo aportan una nueva visión de los problemas de un colectivo bastante más numeroso de lo que pueda parecer y con graves problemas derivados del concepto con el que se examinaba a las personas con discapacidad y las figuras que resolvían sus problemas. Ahora bien, en un primer momento, se podrían producir ciertos desajustes en relación a la revisión de las medidas, ya que la norma establece que deben ser revisadas cada tres años con la acumulación de trabajo que ello implica y también lo será, por el más que probable aumento de las medidas de revisiones de sentencias anteriores.

La norma clave en esta cuestión, no es otra que, la Ley 8/2021²¹, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Supone la eliminación de la incapacitación judicial, estableciendo un sistema de apoyos con mayor peso de la curatela para las personas con discapacidad. Es un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Como principales novedades destacamos:

- Mayor protagonismo a las personas con discapacidad en la toma de sus decisiones, que, en la mayoría de los casos, se veían totalmente limitadas por la tutela judicial completa.
- La incapacitación judicial ya no existe.
- Se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone.
- Todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis. En todo caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación.

20. Bellido González del Campo, C.: "Un cambio de paradigma en la legislación española. Adaptación a la Convención de Nueva York 2006", en Martínez González, A. J. (coord.): *Etnicidad, Identidad y Ciudadanía. Las Sociedades de Ayer y de Hoy*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 437-453.

21. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicado en el BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

- Se recoge también la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

Respecto al procedimiento:

- El procedimiento de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.
- Serán aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela.
- Se nombrará un defensor judicial del menor en los casos siguientes:
 - Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo; si por cualquier causa el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona; y en los casos que el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses.
 - La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayoría de edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial.

Medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica (Título XI):

- Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.
- En casos excepcionales, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas.
- Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Las medidas de apoyo consistirán en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad

jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias:

- Apoyo Voluntario: son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.
- Guarda de hecho: medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.
- Curatela: medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.
- Defensor judicial: medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo:

- Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.
- Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.
- Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas.

El elemento clave de esta Ley es la eliminación de sistemas sustitutivos y la consagración del concepto de apoyo, como básico en la determinación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y las personas que precisan de cuidados de larga duración.

Sin embargo, se pueden identificar reservas acerca de la Convención. Tal y como nos expone Pastor²², el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano de supervisión del tratado, ha advertido de forma constante, en sus Observaciones Generales y en las finales a los informes presentados por los Estados, sobre las obligaciones que permiten preservar la integridad del tratado y dar cumplimiento del modelo de discapacidad basado en los derechos humanos.

22. Pastor Palomar, N.: "Reservas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019.

Así, el Comité ha expresado su preocupación por la formulación de declaraciones al artículo 12, relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley. Su conclusión respecto a estas declaraciones presentadas por los Estados como interpretativas es que constituyen verdaderas reservas y son contrarias al objeto y propósito de la Convención. También están en el punto de mira las formuladas a disposiciones estrechamente vinculadas con el artículo 12, como la relativa a la libertad y seguridad de la persona (art. 14), a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15), a la integridad personal (art. 17), la relativa a la libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18) o a la salud (art. 25).

Por ello, si los Estados quieren asumir un compromiso real con la Convención han de modificar y retirar aquellas reservas que sean contrarias a su objeto y fin. Y también han de tener en cuenta y considerar de buena fe los criterios expresados por el órgano de supervisión. Una muestra de este compromiso es la práctica que apoya la tesis de la admisibilidad de la reserva, conforme a la cual, la que no cumple con los requisitos de validez es nula de pleno derecho y, por tanto, carece de efectos jurídicos. La consecuencia jurídica a deducir de esta nulidad, respaldada por algunos Estados, ha sido la separabilidad de la reserva inválida del instrumento de manifestación del consentimiento, teniendo la reserva por no puesta. Sin duda, esta opción es la más conveniente para los tratados de derechos humanos en general y para la Convención de 2006 en particular, cuyos beneficiarios directos e inmediatos son las personas con discapacidad.

A nivel europeo, hemos de destacar la visibilidad de los cuidados de larga duración en dos documentos, el Pilar Europeo de Derechos Sociales²³, que está integrado por veinte principios, que se configuran como una guía hacia una Europa social fuerte, justa, inclusiva y llena de oportunidades. Mediante este Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, la Comisión ha establecido iniciativas concretas para hacer que el pilar europeo de derechos sociales sea una realidad. Para ello es preciso el esfuerzo conjunto de las instituciones de la UE, las autoridades nacionales, regionales y locales, los interlocutores sociales y la sociedad civil.

Dentro de este documento, los cuidados de larga duración están incluidos dentro del Capítulo III. Protección e Inclusión Social, principio 18, titulado Cuidados de larga duración, que declara que “Toda persona tiene derecho a cuidados de larga duración asequibles y de buena calidad, en particular de asistencia a domicilio y servicios comunitarios”. Pues bien, dentro de este principio, destacamos la acción de la Comisión en esta materia: Estrategia Europea de Cuidados para cuidadores y receptores de cuidados²⁴, que pretende garantizar unos servicios asistenciales de calidad, asequibles y accesibles en toda la Unión Europea y mejorar la situación tanto de los cuidadores (profesionales o informales) como de los receptores de cuidados.

23. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es. Consultado el 22 de abril de 2023.

24. <https://cde.ugr.es/index.php/union-europea/noticias-ue/1443-una-estrategia-europea-de-cuidados-para-cuidadores-y-receptores-de-cuidados>. Consultado el 22 de abril de 2023.

La Estrategia va acompañada de dos recomendaciones para los Estados miembros sobre la revisión de los objetivos de Barcelona en materia de educación y cuidados de la primera infancia y el acceso a cuidados de larga duración asequibles y de alta calidad. Servicios asistenciales de alta calidad, asequibles y accesibles, con mejores condiciones de trabajo y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los cuidadores.

Unos servicios asistenciales asequibles y accesibles de alta calidad ofrecen ventajas claras para todas las edades. La participación en la educación infantil tiene un impacto positivo en el desarrollo de los niños y ayuda a reducir el riesgo de exclusión social y pobreza, también en fases posteriores de la vida. Los cuidados de larga duración capacitan a las personas que, como consecuencia de la vejez, la enfermedad o la discapacidad, necesitan ayuda en las actividades cotidianas, para mantener su autonomía y vivir con dignidad. Sin embargo, para muchas personas estos servicios todavía no están disponibles o no son asequibles o accesibles.

Invertir en cuidados es importante para atraer y retener talento en el sector asistencial, que a menudo se caracteriza por condiciones de trabajo difíciles y salarios bajos, así como para hacer frente a la escasez de mano de obra y aprovechar el potencial económico y de creación de empleo del sector. Invertir en cuidados de alta calidad también implica mejorar la participación de las mujeres en el mercado laboral y la igualdad de género, en particular en lo relativo a la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres. Las mujeres siguen siendo las principales responsables de los cuidados: un 90 % de los profesionales de cuidados son mujeres y 7,7 millones de mujeres han dejado su empleo debido a las responsabilidades asistenciales.

La Comisión recomienda que los Estados miembros elaboren planes de acción nacionales para que los cuidados en la UE sean más accesibles, asequibles y de mejor calidad para todos, por ejemplo: garantizando que los cuidados de larga duración sean oportunos, globales y asequibles, permitiendo un nivel de vida digno a las personas con necesidades de cuidados de larga duración; aumentando la oferta y la combinación de servicios profesionales de cuidados de larga duración (asistencia a domicilio, asistencia de proximidad y atención residencial), cerrar las brechas territoriales en el acceso a los cuidados de larga duración, implantar soluciones digitales accesibles en la prestación de servicios asistenciales y garantizar que los servicios e instalaciones de cuidados de larga duración sean accesibles para las personas con discapacidad; garantizando criterios y normas de alta calidad para los prestadores de cuidados de larga duración; apoyando a los cuidadores informales, que a menudo son mujeres y familiares de los receptores de cuidados, a través de la formación, el asesoramiento y el apoyo psicológico y financiero; y movilizand una financiación adecuada y sostenible para los cuidados de larga duración, en particular mediante el uso de fondos de la UE.

Para mejorar las condiciones de trabajo y atraer a más personas, en particular hombres, al sector asistencial se recomienda a los Estados miembros que: promuevan la negociación colectiva y el diálogo social con vistas a mejorar los salarios y las condiciones de trabajo; garanticen las normas más estrictas en materia de salud y

seguridad en el trabajo; diseñen programas de educación y formación continuas para los cuidadores; aborden los estereotipos de género en torno a los cuidados y pongan en marcha campañas de comunicación; ratifiquen y apliquen el Convenio n.º 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

La Comisión, por su parte, estudiará la creación de un nuevo diálogo social sectorial para los servicios sociales a escala de la UE; promoverá el establecimiento de una asociación en materia de capacidades en el marco del Pacto por las Capacidades para el sector de los cuidados de larga duración; financiará proyectos y estudios para evaluar el valor social y económico del trabajo y de las condiciones de trabajo en el sector asistencial; revisará la aplicación de las normas de la UE que rigen las condiciones de trabajo; realizará un inventario de las actuales condiciones de admisión y los derechos de los cuidadores de larga duración procedentes de países no pertenecientes a la UE y estudiará la viabilidad de desarrollar regímenes a escala de la UE para atraer a cuidadores; y promoverá las oportunidades disponibles para el personal de educación y cuidados de la primera infancia en el marco de los programas Erasmus+.

La Estrategia Europea de Cuidados apoyará la aplicación de los principios consagrados en el pilar europeo de derechos sociales, en particular los principios sobre igualdad de género, equilibrio entre la vida profesional y la vida privada, la asistencia y el apoyo a los niños y los cuidados de larga duración. En marzo de 2021, el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales anunció una iniciativa sobre los cuidados de larga duración y la revisión de los objetivos de Barcelona sobre la educación infantil y atención a la infancia.

V. CONCLUSIONES

A raíz del análisis que se ha ofrecido acerca de la Convención en relación con los cuidados y sus repercusiones a nivel legal y social, se hace evidente la relevancia histórica y normativa de este documento. Su repercusión ha sido enorme en el sistema de atención hasta tal punto que ha supuesto la inauguración de un paradigma, de un nuevo modo de entender a la persona, poniendo el acento en su valor como ser humano con independencia de sus condiciones de salud o sus necesidades de apoyo. Previo a la aparición de este documento, el foco se mantenía en el abordaje y la organización de esta asistencia, olvidando si realmente respondía a sus necesidades.

La implementación plena de la Convención supondrá la culminación de un proceso histórico que superará el viejo paradigma asistencial para inaugurar un paradigma de derechos basado en los principios de la vida independiente y la igualdad de oportunidades. Es un auténtico cambio social, que desborda el ámbito de la discapacidad y apela a toda la ciudadanía. Conectándonos con valores como el respeto, el civismo y el valor intrínseco del ser humano.

Tradicionalmente, la concepción de la persona con discapacidad o con requerimiento de cuidados ha sido tratada de un modo paternalista y con actitudes de sobreprotección. Este modo se ha entendido socialmente como el más adecuado para

su protección durante mucho tiempo. Estos esquemas conceptuales resultan caducos en la actualidad, puesto que lo que subyace en la Convención es la necesidad de estas personas de ser tratadas con dignidad, respeto a sus ideas y preferencias y, en definitiva, contar con la oportunidad de plantearse su propio proyecto vital sin más condicionamiento que sus objetivos personales.

En el ámbito de los cuidados de larga duración, la aprobación de este documento ha dado paso al surgimiento de nuevas metodologías en el afrontamiento de esta realidad. El modelo de atención centrado en la persona extrapola los principios de la Convención al cuidado, haciendo hincapié en la autodeterminación y la autonomía personal respecto a la configuración de un plan de atención. Las implicaciones de la aplicación de este modelo suponen la modificación profunda de estructuras organizativas, la adaptación y esfuerzo de los profesionales y la implicación de responsables políticos y técnicos.

Los retos son de enorme magnitud y la labor es ingente, si bien, debemos diagnosticar y evaluar de manera continua, cuáles son los retos y posibles mejoras que debemos introducir para caminar hacia el fin último trazado por la Convención. Con todo, no existe marcha atrás y los cambios se están produciendo ya a todos los niveles, nacional y europeo. Por tanto, debemos continuar avanzando para proporcionar los instrumentos necesarios a las personas con discapacidad que posibiliten la consecución de sus objetivos vitales.

Bibliografía

- Bellido González del Campo, C.: "Un cambio de paradigma en la legislación española. Adaptación a la Convención de Nueva York 2006", en Martínez González, A.J. (Coord.): *Etnicidad, Identidad y Ciudadanía. Las Sociedades de Ayer y de Hoy*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 437-453.
- Carbonell Aparici, G. J.: "El Movimiento de Vida Independiente en España", *Revista Española de Discapacidad*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 201-214, DOI: [10.5569/2340-5104.07.02.12](https://doi.org/10.5569/2340-5104.07.02.12).
- Gutiérrez Colominas, D.: "La Regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020, pp. 41-58.
- Huete-García, A., Chaverri-Carvajal, A. y Morales-Romo, N.: "El Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia en España (SAAD). Memoria de Debilidades desde su implantación", *Revista Prisma Social*, núm. 32, 2021, pp. 25-44.
- Lidón Heras, L.: "El derecho de participación política de las personas con discapacidad: el caso de España tras más de una década de vigencia de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 8, núm. 2, 2017, pp. 56-86, DOI: [10.7770/rchdcp-V8N2-art1290](https://doi.org/10.7770/rchdcp-V8N2-art1290).
- López Pérez, M. y Ruiz Seisdedos, S.: "Desde el Movimiento de Vida Independiente hasta la Asistencia Personal: los derechos de las personas con diversidad funcional", *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, vol. 19, núm. 2, 2020, pp. 67-84, DOI: [10.15304/rips.19.2.6946](https://doi.org/10.15304/rips.19.2.6946).
- Martínez Buján, R.: "Cuidados con "sentido común": desafíos, vacíos y contradicciones", *Investigaciones Regionales/Journal of Regional Research*, núm. 44, 2019, pp. 111-124.
- Martínez-Virto, L. y Hermoso-Humbert, A.: "Hacia un modelo público de cuidados en la comunidad", *RES. Revista Española de Sociología*, vol. 30, núm. 2, 2021. DOI: [10.22325/fes/res.2021.26](https://doi.org/10.22325/fes/res.2021.26)

- Miranda Erro, J.: *La accesibilidad universal y su gestión como elementos imprescindibles para el ejercicio de los derechos fundamentales*, Ediciones Cinca-Convención ONU Discapacidad, Madrid, 2016.
- Morales-Romo, N., Huete-García, A. y Chaverri-Carvajal, A.: "La gestión de la atención a la dependencia en España. Análisis y Propuestas", *Revista Prisma Social*, núm. 32, 2021, pp. 2-24.
- Muyor Rodríguez, J.: "La (des)institucionalización en el marco de la Convención Internacional de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 32, núm. 2, 2019, pp. 407-418, DOI: [10.5209/cuts.60365](https://doi.org/10.5209/cuts.60365).
- Pallisera, M. et al.: "Retos para la vida independiente de las personas con discapacidad intelectual. Un estudio basado en sus opiniones, las de sus familias y las de los profesionales", *Revista Española de Discapacidad*, vol. 6, núm. 1, 2018, pp. 7-29, DOI: [10.5569/2340-5104.06.01.01](https://doi.org/10.5569/2340-5104.06.01.01).
- Pastor Palomar, N.: "Reservas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, DOI: [10.17103/reei.37.08](https://doi.org/10.17103/reei.37.08).
- Ramos Feijóo, C.: "Nuevo modelo de cuidados. Nuevo contrato de género. La propuesta de las comunidades cuidadoras en la realidad española", en Casas-Torres, G. y Piña-Morán, M. (coords.): *Evidencias Internacionales de Trabajo Social en Gerontología. El ámbito comunitario*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2022, pp. 305-325.
- Roldán Berrio, N. y Díaz Alzate, M. V.: "Vivencias de reconocimiento y compasión de personas en condición de discapacidad hacia la autonomía y la vida independiente", *Siglo Cero*, Vol. 50, núm. 3, 2019, pp. 67-87, DOI: [10.14201/scero20195036787](https://doi.org/10.14201/scero20195036787).
- Rubio de Medina, M. D.: "Las referencias al empleo en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su repercusión en la normativa laboral española", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, 2013.
- Sánchez Salmerón, V.; Pérez Eransus, B. y Martínez Virto, L.: "El modelo español de cuidados de larga duración ante el desafío de la desigualdad. El reto de garantizar los apoyos adecuados para la población dependiente más vulnerable", *Revista Prisma Social*, núm. 32, 2021, pp. 167-195.
- Verdugo Alonso, M. A.: "Conceptos clave que explican los cambios en la provisión de apoyos a las discapacidades intelectuales y del desarrollo en España", *Siglo Cero*, vol. 49, núm. 1, 2018, pp. 35-52, DOI: [10.14201/scero20184913552](https://doi.org/10.14201/scero20184913552).
- Verdugo Alonso, M. A.; Shalock, Robert L. y Gómez Sánchez, L. E.: "El modelo de calidad de vida y apoyos: La Unión tras veinticinco años de caminos paralelos", *Siglo Cero*, Vol. 52, núm. 3, 2021, pp. 9-28, DOI: [10.14201/scero2021523928](https://doi.org/10.14201/scero2021523928).



La quimérica conciliación en los conflictos individuales de Seguridad Social

THE CHIMERIC CONCILIATION IN INDIVIDUAL CONFLICTS OF SOCIAL SECURITY

Verónica Lidia Martínez Martínez

Profesora Investigadora de Derecho de la Seguridad Social

Universidad Anáhuac México

veronica.martinezma@anahuac.mx  0000-0002-7927-3006

Recibido: 24.01.2023 | Aceptado: 17.05.2023

RESUMEN

Partiendo de las divergencias entre los conflictos laborales y los conflictos individuales de Seguridad Social y con el apoyo de los métodos analítico y comparado, este trabajo tiene como objetivo analizar la institución de la conciliación prejudicial en los conflictos individuales de Seguridad Social, cuya interposición y tramitación bajo las normas del procedimiento de conciliación instaurado en la legislación laboral para dilucidar los conflictos entre trabajadores y patrones, principalmente por la anomia constitucional que impera en el reconocimiento de las controversias de Seguridad Social y en la falta de competencia e incapacidad de la autoridad que ha asumido la labor de resolverlas aunada a la imposibilidad de transigir los derechos de Seguridad Social, se imposibilita la celebración de un acuerdo conciliatorio en los conflictos individuales de Seguridad Social en el sistema jurídico mexicano.

ABSTRACT

Based on the divergences between labor conflicts and individual social security conflicts and with the support of analytical and comparative methods, this work aims to analyze the institution of preliminary conciliation in individual social security conflicts, whose interposition and processing under the rules of the conciliation procedure established in the labor legislation to elucidate conflicts between workers and employers, mainly due to the constitutional anomie that prevails in the recognition of social security disputes and in the lack of competence and incapacity of the authority that has assumed the task of resolving them, together with the impossibility of compromising social security rights, makes it impossible to enter into a conciliatory agreement in individual social security conflicts in the Mexican legal system.

PALABRAS CLAVE

Seguridad Social
Conflictos
Conciliación
Reforma laboral
Centros de conciliación

KEYWORDS

Social Security
Conflicts
Conciliation
Labor reform
Conciliation centers

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. DIVERGENCIAS ENTRE LOS CONFLICTOS LABORALES Y LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES DE SEGURIDAD SOCIAL
 - III. LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - IV. PROBLEMÁTICA E IMPOSIBILIDAD DE CONCILIAR EN LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES DE SEGURIDAD SOCIAL
 - V. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Como parte de la cultura de la paz en donde se cumplen de manera cabal con los principios de inmediatez, celeridad y economía procesal, los medios o mecanismos alternativos de solución de controversias posibilitan la solución de los conflictos existentes entre las partes involucradas, de forma directa o a través del nombramiento de un tercero, y soslayan la resolución de la controversia en sede judicial.

De acuerdo con el capítulo 23-A del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) y con la finalidad de materializar la reforma constitucional en materia laboral, el día 1 de mayo de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT) que estableció las atribuciones y obligaciones de los Centros de Conciliación Laborales, las normas procedimentales para la impartición de la justicia laboral en sede judicial y las aplicables a la conciliación prejudicial instaurada con carácter administrativo y obligatorio en el ámbito laboral, así como los casos en los que no es necesario su agotamiento.

Ante la deficiente redacción de la fracción III, del artículo 685 Ter de la LFT, que generó el pronunciamiento de resoluciones contradictorias por parte de los órganos jurisdiccionales laborales, resultó necesaria la intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para determinar si es conveniente y procedente que todos los conflictos individuales de Seguridad Social (CISS) se exceptúen de la conciliación prejudicial.

Para dar respuesta a la anterior interrogante, la SCJN realizó una interpretación literal y restrictiva de la fracción III, del artículo 685 Ter de la LFT, por tratarse de casos de excepción en los que no es obligatorio agotar el procedimiento de conciliación prejudicial y determinó que dentro de este supuesto se encuentran únicamente los CISS que tienen por objeto el reclamo de las prestaciones de los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades, maternidad, invalidez, vida y guarderías.

Bajo este panorama, el presente trabajo tiene como objetivo analizar la institución de la conciliación prejudicial en los CISS, cuyo fin es la solicitud de las prestaciones de los seguros de cesantía en edad avanzada o vejez y la devolución de las aportaciones de Seguridad Social. Para lograr tal cometido, el trabajo se divide en tres partes.

En la primera parte, se realiza un análisis de las divergencias entre los conflictos laborales y los CISS como resultado de la disimilitud existente en los contenidos esenciales

del derecho al trabajo y el derecho a la Seguridad Social identificados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) que nos permite concluir que es inconveniente que las controversias de Seguridad Social sean interpuestas y tramitadas como conflictos de naturaleza laboral.

En la segunda parte de este estudio es analizada la institución de la conciliación prejudicial como mecanismo para lograr la conciliación en los CISS referentes a la devolución de las aportaciones de Seguridad Social y al pago de las prestaciones en los seguros de cesantía en edad avanzada o vejez.

Finalmente, en la tercera parte es expuesta la problemática e imposibilidad de conciliar en los CISS que son sometidos al procedimiento de conciliación prejudicial de corte laboral ante la carencia de un procedimiento adecuado para atender a ese tipo de controversias interpuestas por los asegurados, pensionados o los beneficiarios en contra del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) o las Administradoras de Fondos para el Retiro, además de la imposibilidad de transigir los derechos de Seguridad Social y la incompetencia e incapacidad de la autoridad que ha asumido tal labor sin estar facultada para ello.

II. DIVERGENCIAS ENTRE LOS CONFLICTOS LABORALES Y LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES DE SEGURIDAD SOCIAL

De manera equívoca se ha asemejado al derecho a la Seguridad Social con el derecho al trabajo. A pesar de tratarse de derechos de corte social, tendientes a proteger a la clase trabajadora, sus contenidos esenciales, esto es, aquello que los identifica y hace reconocibles, evitando su desaparición o transformación en otro derecho, son divergentes.

El CESCR, en su calidad de intérprete del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ha determinado que el contenido esencial del derecho a la Seguridad Social en el marco de la legislación nacional aplicable se compone del establecimiento y funcionamiento de un sistema compuesto de uno o de varios planes que permitan a sus beneficiarios contribuir al mismo, participar en su administración y acceder de manera oportuna, razonable, proporcional y transparente a las prestaciones establecidas para la atención de la salud, la enfermedad, la discapacidad, la vejez, el desempleo, los accidentes laborales, las prestaciones familiares, la maternidad y la sobrevivencia¹ como riesgos protegidos.

En cambio, de acuerdo con el CESCR, el contenido esencial del derecho al trabajo se compone por la existencia de servicios especializados en los ámbitos local, regional, nacional e internacional que apoyen a todos los individuos a identificar el empleo

1. ¹Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR): *Observación General 19: El derecho a la Seguridad Social (artículo 9)*, 2008. Disponible en: <https://www.refworld.org/publisher,CESCR,GENERAL,,47d6667f2,0.html> (fecha de consulta 26 de diciembre de 2022).

disponible y a acceder al mismo a través del establecimiento de redes de información sobre el mercado del trabajo².

La divergente naturaleza de los derechos a la Seguridad Social y al trabajo provoca que los conflictos instaurados para lograr su exigibilidad también sean disímiles. Las controversias laborales tienen como elementos subjetivos de la contienda al trabajador y al empleador o a los sindicatos para demandar prestaciones de índole laboral derivadas de una relación de trabajo.

De acuerdo con el interés afectado, su naturaleza, el elemento subjetivo y la relación con el proceso, es posible identificar y distinguir a **diferentes** tipos de conflictos laborales (Tabla 1).

Por su parte, los CISS se pueden suscitar entre los asegurados, pensionados y los beneficiarios de ambos en contra de un organismo de Seguridad Social o las Administradoras de Fondos para el Retiro para solicitar o demandar el otorgamiento y pago de las prestaciones (en dinero y en especie) establecidas para cada uno los seguros sociales instaurados en la legislación, tratado internacional o contratos laborales con la finalidad de paliar el riesgo que pone en peligro la existencia humana y que es parte de la cobertura del seguro aplicable que ha sido financiado por el titular del derecho.

También es posible la existencia de CISS entre los organismos de Seguridad Social y los empleadores, en su calidad de retenedores y contribuyentes de las aportaciones de Seguridad Social, pero atendiendo a su naturaleza fiscal se les ha excluido de su regulación en la LFT. Conforme a la naturaleza jurídica de los sistemas de seguros sociales, principalmente los administrados por las Administradoras de Fondos para el Retiro, en los CISS la exigibilidad de los derechos prestacionales es de orden individual al crearse en favor de cada asegurado o pensionado en la proporción que ha aportado de manera conjunta con su empleador y el Estado como principal garante de los sistemas de seguros sociales.

Con base en el criterio de naturaleza subjetiva, el tipo de prestación que se demanda y la norma aplicable en su parte sustantiva es posible clasificar a los CISS. De acuerdo con el primer criterio, se pueden identificar a los siguientes CISS:

- a) Conflictos existentes entre el titular del derecho (asegurados o pensionados) contra los diversos organismos de seguros sociales.
- b) Conflictos entre los beneficiarios del titular del derecho contra los diversos organismos de seguros sociales.
- c) Conflictos existentes entre el titular del derecho contra las instituciones financieras que administran los recursos de la cuenta individual.
- d) Conflictos entre los beneficiarios del titular del derecho contra las instituciones financieras que administran los recursos de la cuenta individual.

2. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR): *Observación general N° 18: El derecho al trabajo (Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2006. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcb332,0.html> (fecha de consulta 6 de enero de 2023).

- e) Conflictos que se susciten entre los empleadores contra los diversos organismos de seguros sociales.
- f) Conflictos que tienen lugar entre los organismos de seguros sociales. Normalmente se suelen presentar cuando se discute algún caso de afiliación obligatoria que la normatividad no resuelva con claridad y precisión.

Tabla 1.
Clasificación de los conflictos laborales

Naturaleza	Económicos	Controversias que tienen por objeto modificar, suspender o terminar las condiciones laborales.
	Jurídicos	Controversias derivadas de la interpretación, aplicación o transgresión de las normas de trabajo (legales y contractuales).
Elemento subjetivo	Interobreros	Controversias surgidas entre los trabajadores.
	Interpatronales	Controversias surgidas entre los patronos.
	Obrero-patronales	Controversias surgidas entre patronos y trabajadores.
	Intersindicales	Controversias que tienen lugar entre sindicatos.
	Intrasindicales	Controversias surgidas entre un sindicato y sus agremiados.
Interés afectado Con independencia del número de trabajadores	Individuales	Controversias que tienen lugar respecto de los derechos laborales de un trabajador.
	Colectivos	Controversias que se suscitan respecto de los derechos laborales de orden sindical o gremial de los operarios.
Relación con el proceso	Procesales ordinaria	Controversias que se interponen para decidir sobre los derechos laborales que se sujetan a su interposición, tramitación y resolución.
	Procesales especiales individuales	
	Procesales especiales colectivos	
	Conflictos de naturaleza económica	Controversias que se suscitan para modificar, suspender o terminar las condiciones laborales.
	Huelga	Controversias que tienen por objeto la tramitación y resolución de la huelga.
	Tercería Excluyente de Dominio	Controversias que tienen por objeto determinar si el bien embargado es del dominio de terceros ajenos al juicio interpuesto.
	Tercería de Preferencia	Controversias que tienen por objeto definir quien tiene derechos preferentes de crédito sobre el producto del bien o bienes embargados.

Fuente: Elaboración propia

En cambio, de optarse por el segundo criterio de clasificación, que atiende al tipo de prestación que se reclama, entonces es posible la existencia de CISS que son resultado de la falta de pago, cálculo inadecuado o suspensión de las prestaciones (en dinero y especie) establecidas para cada uno los seguros sociales que forman parte del contenido esencial del derecho a la Seguridad Social, esto es, CISS interpuestos para el reclamo de la atención de la salud o para demandar el otorgamiento y pago de las prestaciones en caso de enfermedad, discapacidad, retiro laboral, por desempleo, al suscitarse una incapacidad proveniente de un riesgo de trabajo en su modalidad de accidente de trabajo o enfermedad de carácter profesional, por maternidad, sobrevivencia o para la crianza de los menores.

Por último, de acuerdo con los artículos tercero y quinto transitorio de la actual Ley del Seguro Social (LSS) que hacen posible la coexistencia de este ordenamiento y de la LSS del 12 de marzo de 1973 para los asegurados que cotizaron bajo su amparo, es posible identificar a los CISS que tienen por objeto el pago de las prestaciones establecidos en los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, guarderías y prestaciones sociales administrados por el IMSS bajo el modelo de reparto y a los CISS que tienen por objeto la cobertura de las prestaciones establecidos en los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, guarderías y prestaciones sociales administrados por el IMSS y las Administradores de Fondos para el Retiro con un modelo de capitalización individual.

De acuerdo con los contenidos esenciales del derecho al trabajo y el derecho a la Seguridad Social, así como las clasificaciones realizadas de los conflictos laborales y los CISS, las principales divergencias que existen entre ambas controversias.

Las anteriores disimilitudes existentes entre los conflictos laborales y los CISS, como pueden verse en la Tabla 2, evidencian la imperiosa necesidad de una regulación que sea acorde con los contenidos esenciales del derecho al trabajo y el derecho a la Seguridad Social, respectivamente, sin someter la interposición y resolución de los CISS a las reglas procedimentales del derecho procesal del trabajo o la tramitación de los conflictos laborales a las normas adjetivas del incipiente derecho procesal de la Seguridad Social.

Tabla 2.

Diferencias entre los conflictos laborales y los CISS.

Diferencias	Conflictos laborales	CISS
Tipo de conflicto	1. Intereses pugna: a. Individuales y colectivos de carácter jurídico. b. Individuales y colectivos de carácter económico. 2. Por los sujetos: a. Patrones vs trabajadores. b. Inter-obreros. c. Inter-patronales. d. Inter-sindicales. e. Trabajadores vs sindicatos. f. Sindicatos vs Estado. g. Sindicatos vs terceras personas.	Son individuales porque el otorgamiento y pago de las prestaciones dependerá del cumplimiento de requisitos que deben ser cubiertos por el solicitante en el caso de una cesantía en edad avanzada o la vejez, así como en la devolución y pago de las aportaciones de Seguridad Social.
Naturaleza de las prestaciones	Prestaciones laborales.	Prestaciones de Seguridad Social.
Partes	Trabajador. Patrón. Sindicato. Estado.	Asegurados. Pensionados. Beneficiarios. Administradoras de Fondos para el Retiro. IMSS. INFONAVIT.
Normatividad aplicable	LFT Contrato Colectivo de Trabajo Contrato Ley Reglamentos de Trabajo	LSS vigente. LSS de 12 de marzo de 1973. Reglamentos de ambas Leyes de Seguros Sociales. Circulares emitidas por el IMSS, el INFONAVIT, las Administradoras de Fondos para el Retiro y la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.

Fuente: propia

III. LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La justicia cotidiana, contemplada en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en aquellos instrumentos internacionales³ que establecen la obligación del Estado mexicano de proporcionar un recurso adecuado y efectivo⁴ a toda persona para combatir los actos que violenten sus

3. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, por citar algunos ejemplos.

4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha determinado que los recursos sean adecuados significa que la función de esos recursos dentro del sistema de derecho interno sea capaz de proteger el derecho

derechos fundamentales, involucra a las instituciones, procedimientos e instrumentos orientados a dar solución a las controversias derivadas de la convivencia diaria en una sociedad democrática y, por tal motivo, incluye a la justicia laboral, civil, administrativa y de proximidad⁵.

El Ejecutivo Federal encomendó al Centro de Investigación y Docencia Económicas la realización de diversos foros temáticos con la finalidad de realizar diversas propuestas y recomendaciones en materia de justicia cotidiana. Por su parte, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos organizó ocho foros especializados⁶ para analizar los diversos problemas de la justicia en el ámbito local y las posibles soluciones para abatirlos.

Los principales problemas de la justicia cotidiana que reportaron los foros realizados fueron los obstáculos para acceder al sistema de justicia y que éste proporcione una solución efectiva a las controversias planteadas por la ciudadanía, la existencia de procesos largos y costosos, además de la escasa eficacia de la conciliación en la solución de las controversias⁷.

Con base en los anteriores resultados, Enrique Peña Nieto el 28 de abril de 2016 presentó ante la Cámara de Senadores la iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de justicia laboral⁸.

Una vez concluidas las distintas etapas del proceso legislativo fue aprobada la iniciativa presidencial, que en la parte que interesa a este estudio, instauró en la CPEUM

que se alega violado. Por tanto, la determinación de si un recurso es adecuado dependerá de los hechos del caso, del objeto de la petición y de los derechos vulnerados. En cambio, un recurso es efectivo cuando cumple la finalidad para la cual ha sido establecido. A este respecto la Corte IDH ha precisado que el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí sólo, su falta de eficacia. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 1 de febrero de 2000; disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_66_esp.pdf (fecha de consulta 29 de noviembre de 2022). Caso Cantos vs. Argentina. (Fondo, Reparaciones, Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2002; disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf (fecha de consulta 14 de diciembre de 2022). Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003; disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf (fecha de consulta 23 de diciembre de 2022). Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2003; disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf (fecha de consulta 14 de diciembre de 2022). Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988; disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf (fecha de consulta 4 de enero de 2023).

5. López Ayllón, S. (coord.): *Síntesis del informe y de las recomendaciones en materia de justicia cotidiana*, Centro de Investigación y Docencia Económica, México, 2015. pp. 6-7.

6. Estos foros especializados se desarrollaron del 20 de enero a 25 de febrero de 2015. En conjunto, durante la consulta participaron más de 425 expertos en 15 foros, se recopilaron 485 testimonios y 600 propuestas. Todas las propuestas fueron analizadas por grupos de validación que las depuraron, sistematizaron y consolidaron, dejando un universo total de 217.

7. A pesar de los esfuerzos realizados para hacer de la conciliación un mecanismo idóneo y eficaz para resolver los conflictos laborales y de Seguridad Social, el índice de conciliación de los asuntos individuales en las juntas especiales adscritas a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje al 30 de abril de 2016 se situó en 21.6%. Información proporcionada por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje a través del Sistema de Solicitudes de Información INFOMEX.

8. Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral; disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/docleg/63/231_DOE_24feb17.pdf (fecha de consulta 10 de febrero de 2023).

a la conciliación laboral como una instancia obligatoria y previa a la iniciación de cualquier procedimiento jurisdiccional previsto en la LFT.

En cumplimiento al capítulo 23-A del T-MEC (anexo laboral) y con la finalidad de adecuar las distintas legislaciones al nuevo modelo de justicia laboral instaurado por el texto constitucional, el día 1° de mayo de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la LFT, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la LSS, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva, que siguiendo las experiencias sudamericanas⁹, instauró en la LFT con carácter obligatorio al procedimiento de conciliación prejudicial y a la exhibición de la constancia que acredite la conclusión del procedimiento de conciliación como un requisito de procedibilidad para que los patronos y los trabajadores puedan accederse a la vía jurisdiccional contenciosa ante los tribunales laborales dependientes de Poder Judicial de la Federación o de los Poderes Judiciales de las Entidades Federativas.

Bajo este panorama, en el nuevo sistema de justicia laboral, la conciliación es una instancia prejudicial obligatoria instaurada a rango constitucional, de carácter extrajudicial y un componente esencial del derecho de acceso a la justicia en materia laboral, cuya finalidad es soslayar la interposición de las demandas laborales y solucionar la controversia con el máximo de celeridad posible a través del diálogo entre las partes involucradas (mecanismo autocompositivo).

De acuerdo con el capítulo 23-A del T-MEC¹⁰, en el orden local, la función conciliatoria estará a cargo de los Centros de Conciliación, especializados e imparciales que se instituyan en las entidades federativas de la República Mexicana. En el ámbito federal, la función conciliatoria, el registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las

9. Argentina, Colombia y Uruguay establecieron el agotamiento previo y obligatorio de la conciliación como requisito para la admisión de la demanda por parte de los órganos jurisdiccionales. *Vid.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-160/99, 17 de marzo de 1999; disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-160-99.htm> (fecha de consulta 20 de febrero de 2023).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-813/2001, 1 de agosto de 2001; disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90048> (fecha de consulta 19 de febrero de 2023). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1195/2001, 15 de noviembre de 2001; disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm> (fecha de consulta 18 de febrero de 2023). En Argentina, la Ley N° 24.624 y el Decreto Ley N° 1169/96 instituyen y regulan un régimen de conciliación laboral obligatorio y previo a la demanda judicial que se interpone en los reclamos individuales y pluriindividuales sobre conflictos de derecho correspondientes a la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo. De igual manera, en Uruguay, el artículo 3 de la Ley N° 18.847, de Abreviación de los Procesos Laborales ordena que antes de iniciarse juicio en materia laboral, deberá agotarse la conciliación previa ante el Centro de Negociación de Conflictos Individuales de Trabajo en la ciudad de Montevideo o ante la Oficina de Trabajo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el interior de la República, según corresponda al domicilio del empleador o al lugar en el que se cumplieron las prestaciones. Cuando en la jurisdicción territorial del Tribunal competente no existan oficinas de trabajo zonales, el reclamante quedará exonerado de tentar la conciliación.

10. El capítulo 23-A del T-MEC dispone que es necesario establecer una entidad independiente para la conciliación y registro de sindicatos y contratos colectivos. Capítulo 23-A del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá; disponible en: <http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/Spanish/23Laboral.pdf> (fecha de consulta 18 de febrero de 2023).

organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados corresponderá al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCRL). En cualquiera de los niveles de gobierno, los principios que deben observarse durante la conciliación son los siguientes:

Tabla 3.

Los principios que deben regir en la conciliación

	PRINCIPIOS
Conciliación	La finalidad de este principio es privilegiar la solución de los conflictos, sin afectar el debido proceso y los fines del derecho del trabajo. Mediante la conciliación las partes podrán celebrar un convenio que ponga fin a la controversia
Imparcialidad	El conciliador debe mantenerse ajenos a los intereses de las partes en controversia, bajo su responsabilidad está dirigir y resolver los conflictos sin favorecer a ninguno de los involucrados como condición y base protectora de todos los derechos humanos, que se expande en dos dimensiones: a) subjetiva, relativa a las condiciones personales del conciliador, misma que, en buena medida, se traduce en los impedimentos que pudieran existir en los negocios de que conozca; y, b) objetiva, referida a las condiciones normativas respecto de las cuales debe sujetarse el conciliador, como por ejemplo, el impedimento de autorizar convenios que impliquen renuncia de derechos laborales o sean contrarios al sistema jurídico mexicano.
Legalidad	El actuar de la autoridad conciliatoria debe sustentarse en la norma jurídica para garantizar la seguridad jurídica de las personas en dos dimensiones distintas: a) Para permitir la previsibilidad de las consecuencias de los actos propios; y b) Con la finalidad de proscribir la arbitrariedad de la autoridad conciliadora.
Buena fe	La buena fe se entiende como la sujeción de la conducta de las personas a los principios de rectitud y honradez establecidos por la moral social vigente ¹¹ . La buena fe constituye un principio general del derecho que impone en la conciliación un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta por parte de las partes involucradas en un conflicto.
Confidencialidad	Debe guardarse reserva de lo actuado en el proceso de conciliación por parte de la autoridad conciliadora, las partes y todos los involucrados en el mismo.
Equidad	La autoridad conciliadora procurará que durante el desarrollo del procedimiento se proporcionen condiciones de equilibrio para las partes, por lo que debe considerar las condiciones y características del caso particular, de tal forma que la solución propuesta sea mutuamente beneficiosa.

11. Tesis: XI.1o.A.T.79 A. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro: Contrato de cesión de derechos posesorios en materia agraria. conforme al principio de buena fe, no puede cuestionarse su eficacia si no ha sido declarado nulo, o si quien pretende su nulidad, sólo aduce vicios formales en su contra, sin desvirtuar el consentimiento que otorgó al celebrarlo disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015958> (fecha de consulta 20 de febrero de 2023).

	PRINCIPIOS
Flexibilidad	La autoridad conciliadora debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la posibilidad de adaptar el procedimiento de la conciliación a las distintas circunstancias que cada caso exija, pero sin transgredir el ordenamiento jurídico. Asimismo, en la solución de las controversias debe privilegiarse la flexibilidad y soslayar los formalismos.
Neutralidad	La neutralidad, del latín <i>neuter</i> («ni uno ni otro»), consiste en que la autoridad conciliadora, no debe tomar partido en favor de una de las partes, debe renunciar a toda injerencia en los conflictos.
Información	Al momento de llevar a cabo la audiencia de conciliación, la autoridad conciliadora tiene la obligación de realizar la protección de los datos vertidos por las partes, realizar las acciones pertinentes para corroborar la personalidad con la que se ostentan las partes y verificar la veracidad de la información vertida por las mismas.
Honestidad	La autoridad conciliadora, a su juicio, puede dar por concluida la audiencia de conciliación o excusarse de participar en ella, siempre y cuando su participación vaya en contra de los intereses de los conciliantes. La terminación anticipada de la audiencia de igual forma no debe de ir en contra de los intereses de los conciliantes y debe ser considerada como la última opción, ya que en todo momento se deben de utilizar las técnicas necesarias para que puedan recobrar la comunicación perdida y llegar a un acuerdo.

Fuente: elaborado con base en el Manual de Conciliación Laboral expedido por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

La fracción XX, del artículo 123, apartado A, de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) no prevé el agotamiento obligatorio de la conciliación prejudicial en los CISS. Incluso, la fracción III, del artículo 685 Ter, de la LFT dispone que las prestaciones de Seguridad Social por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, guarderías y prestaciones en especie y accidentes de trabajo quedan exceptuadas de agotar la instancia conciliatoria.

Empero, de acuerdo con el principio de supremacía constitucional, que atribuye a la Constitución el carácter de norma fundamental que dota de validez a toda normatividad que forma parte del sistema jurídico-político mexicano, en el caso de la regulación procedimental de la conciliación de los CISS en la LFT, por una parte, resulta inconstitucional al ser inexistente el reconocimiento de los CISS y de los mecanismos alternativos para la solución de los mismos en la CPEUM como norma fundante que proporcione a la LFT el sustento y la validez para que, en su carácter de norma reglamentaria en el ámbito laboral, pueda llevar a cabo con una mayor amplitud y detalle la regulación de las instituciones constitucionalmente reconocidas.

La falta de regulación de los CISS encuadra dentro de lo que Spagna Musso¹², Waldmann¹³ y Escalante Gonzalbo¹⁴ denominan como anomia constitucional¹⁵ (Üvoirá), cuyo empleo en el terreno jurídico se refiere a una omisión en las normas constitucionales de un hecho o situación que socialmente exigen ser regulados.

Y, por otra parte, de acuerdo con Kelsen, la norma jurídica puede tener un ámbito de validez espacial que la hace aplicable dentro de un determinado espacio¹⁶. El ámbito de validez temporal se refiere al tiempo en que una norma jurídica ha de reglar la realidad social o una parte de ella. Las normas jurídicas nacen a la vida jurídica a partir de una fecha determinada, que puede ser la de su entrada en vigor de una Ley que se publica en un diario o periódico oficial y, de igual manera, podrían tener una fecha en que dejan de estar en vigor¹⁷.

Además de los dos anteriores ámbitos de validez de la norma, cabe también distinguir un dominio de validez objetivo o material y otro denominado personal¹⁸. Conforme a la teoría de la validez de las normas jurídicas, el ámbito de validez material que permite identificar a la materia que pretenden regular, pues las normas jurídicas no se aplican de forma indistinta, sino cada una rige en determinada área del derecho¹⁹ atendiendo a su naturaleza y características particulares. En el caso de la LFT, su ámbito de validez material es el derecho al trabajo, cuyo contenido esencial difiere del derecho a la Seguridad Social como dimos cuenta de ello en la primera parte de este estudio.

De igual manera, las normas jurídicas no son aplicables a todas las personas, tienen un ámbito de validez personal que permite identificar a sus destinatarios. El ámbito de validez personal de la LFT son los patrones y trabajadores como sujetos de las relaciones de trabajo que existen en el derecho laboral, lo cual no corresponde con el derecho a la Seguridad Social, en donde es posible distinguir a los asegurados, los pensionados, los beneficiarios, los organismos de Seguridad Social, los empleadores y las instituciones financieras encargadas de administrar los recursos de las cuentas individuales.

La no correspondencia de los ámbitos de validez material y personal de la LFT, que indebidamente reglamenta a la parte procedimental del derecho de la Seguridad

12. Spagna Musso, E.: *Appunti per una teoría dell' anomia costituzionale, Scritti in onore di Constantino Mortati*, Giuffrè, Milán, 1977, pp. 281 y ss.

13. Waldmann, P.: *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Nueva Sociedad, Caracas, 2003.

14. Escalante Gonzalbo, F.: "Especulaciones a partir del concepto de anomia", en Bernecker W. (comp.): *Transición democrática y anomia social en perspectiva comparada*, UNAM-Colegio de México-Servicio Alemán de Intercambio Académico, México, 2004, pp. 125-146.

15. El término anomia es un neologismo introducido y desarrollado en la sociología por Durkheim con una finalidad diversa, al referirse a un estado social provocado por aquella sociedad que está en cambio y por consecuencia las reglas no están debidamente establecidas, lo que propicia el deterioro o rompimiento de lazos sociales.

16. Kelsen, H.: *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, p. 26.

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*

19. *Diccionario jurídico*; disponible en: <http://diccionariojuridico.mx/definicion/ambito-material-de-validez/#:~:text=El%20%C3%A1mbito%20material%20de%20validez,derecho%20y%20tiene%20caracter%C3%ADsticas%20particulares> (fecha de consulta 28 de diciembre de 2022).

Social, se refleja en la inadecuada referencia a los riesgos sociales que se encuentran exceptuados de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial.

De conformidad con la LSS que norma la parte sustantiva del derecho de la Seguridad Social y debiera normar también su parte adjetiva, a los riesgos de trabajo se les conceptualiza como los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo²⁰, por lo tanto, la fracción III, del artículo 685 Ter, de la LFT al emplear la expresión prestaciones de Seguridad Social por riesgos de trabajo hace innecesaria que la misma disposición normativa realice la referencia a las prestaciones de Seguridad Social por accidentes de trabajo por estar éstos últimos incluidos en la conceptualización normativa de los riesgos de trabajo prevista en la LSS.

Asimismo, en la fracción III, del artículo 685 Ter, de la LFT resulta innecesaria la expresión prestaciones en especie porque ante la previa referencia genérica a las prestaciones de Seguridad Social por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida y guarderías se encuentran contempladas las prestaciones en dinero y en especie establecidas en la LSS para cada uno de estos seguros que tienden a cubrir contingencias diversas.

Pero, sobre todo la fracción III, del artículo 685 Ter, de la LFT no contempla a todos los seguros que el artículo 11 de la LSS reconoce en favor de sus destinatarios, pues de forma deficiente se encuentra la referencia a los seguros de riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida y guarderías, pero se omite la mención de los seguros aplicables para el retiro laboral, esto es, a la cesantía en edad avanzada y a la vejez.

Lo anterior provocó interpretaciones divergentes entre los órganos jurisdiccionales mexicanos. El Segundo Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Segundo Circuito al resolver el amparo directo 701/2021 en la sesión de 11 de noviembre de 2021, referente al reclamo de las prestaciones del seguro de vejez, consideró que en la aprobación del artículo 685 Ter de la LFT existe una omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio obligatorio de parte del órgano legislativo al haberse emitido de manera incompleta o deficiente²¹.

No obstante, que en cumplimiento al artículo Segundo Transitorio del Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la CPEUM es reformada la LFT, omite incluir de manera expresa a las prestaciones de los seguros de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez en la fracción III del artículo 685 Ter de la LFT, tal y como estaban considerados de conformidad con el capítulo 23-A del T-MEC y con el artículo 899-A de la LFT que dispone que los CISS tienen por objeto reclamar el otorgamiento de prestaciones en dinero o en especie, derivadas de los seguros que componen el régimen obligatorio del Seguro

20. Artículo 41 de la LSS; disponible en: <https://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/LSS.pdf> (fecha de consulta 2 de enero de 2023).

21. Amparo directo D.T. 701/2021, resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Segundo Circuito en la sesión de 11 de noviembre de 2021; disponible en: <https://www.dgej.cjf.gob.mx/internet/expedientes/ExpedienteyTipo.asp> (fecha de consulta 27 de noviembre de 2022).

Social²², organizado y administrado por el IMSS, y de aquellas que conforme a la LSS y la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, deban cubrir el INFONAVIT y las Administradoras de Fondos para el Retiro, así como las que resulten aplicables en virtud de contratos colectivos de trabajo o contratos-Ley que contengan beneficios en materia de Seguridad Social.

En cambio, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, en el amparo directo 75/2021, resuelto en la sesión del 1° de julio de 2021, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito con apoyo del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, en el amparo directo número 329/2021 (cuaderno auxiliar 338/2021), sesionado el 27 de agosto de 2021 y el primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito con apoyo del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, en el amparo directo 348/2021 (cuaderno auxiliar 642/2021), sesionado el 29 de noviembre de 2021 concluyeron que el artículo 685-Ter de la LFT debe interpretarse de forma restrictiva con la finalidad de respetar el propósito del legislador federal que es desahogar la carga de los tribunales de trabajo, y agilizar la justicia laboral a través de un medio alternativo.

Para los referidos órganos jurisdiccionales, el hecho de que en la fracción III, del artículo 685 Ter, de la LFT se haga alusión a las “prestaciones de Seguridad Social” genera que en los casos de riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, guarderías y prestaciones en especie y accidentes de trabajo no sea obligatorio agotar el procedimiento de conciliación prejudicial, pero la devolución y el pago de las aportaciones de Seguridad Social al no estar enlistada como un caso de excepción en el dispositivo legal en comento hace necesaria la obtención de la constancia que acredite la conclusión del procedimiento conciliatorio como un requisito de procedibilidad para que los derechohabientes del IMSS y del INFONAVIT, así como los titulares de las cuentas individuales administradas por las Administradoras de Fondos para el Retiro, puedan accederse a la vía jurisdiccional ante los tribunales laborales²³.

Y, a pesar de que el artículo 899-C de la LFT no impone como requisito que el actor añada a su demanda la constancia de no conciliación, esto no significa que todas las “prestaciones de Seguridad Social” se encuentren exceptuados de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial, porque esa “documentación será enviada al tribunal responsable –de manera electrónica– por el Centro de Conciliación quien hubiese conocido del asunto”²⁴.

22. De acuerdo con el artículo 11 de la actual LSS, el régimen obligatorio se integra por los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, guarderías y prestaciones sociales.

23. Amparo directo 75/2021, resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito en la sesión del 1° de julio de 2021. Amparo directo número 329/2021 (cuaderno auxiliar 338/2021), sesionado el 27 de agosto de 2021 por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito con apoyo del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región. Amparo directo 348/2021 (cuaderno auxiliar 642/2021), sesionado el 29 de noviembre de 2021 por el primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito con apoyo del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región: disponibles en: <https://www.dgej.cjf.gob.mx/internet/expedientes/ExpedienteyTipo.asp> (fecha de consulta 7 de noviembre de 2022).

24. Amparo directo D.T. 701/2021, resuelto por el Segundo Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Segundo Circuito en la sesión de 11 de noviembre de 2021, ob. cit.

Ante la contradicción de criterios, conforme al artículo 226 de la Ley de Amparo, resultó necesaria la intervención de la Segunda Sala de la SCJN para que decidiera que criterio debía prevalecer y evitar resoluciones contradictorias que contravienen la unidad, congruencia y certeza que debe imperar en todo sistema jurídico.

De acuerdo con el criterio de clasificación de los CISS que atiende al tipo de prestación que se reclama, la Segunda Sala de la SCJN, con base en la fracción III, del artículo 685 Ter, de la LFT, distinguió a los CISS que se encuentran excluidos de agotar el procedimiento de conciliación prejudicial y a los CISS que deberán agotarlo de manera obligatoria para evitar el desechamiento de la demanda por parte de los tribunales laborales dependientes del Poder Judicial de la Federación.

Dentro del primer tipo de CISS, la Segunda Sala de la SCJN determinó que, como lo dispone la fracción III, del artículo 685 Ter, de la LFT, se encuentran los que tienen por objeto el reclamo de las prestaciones de los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades, maternidad, invalidez, vida y guarderías. En cambio, los CISS interpuestos para demandar el pago de las prestaciones de los seguros de cesantía en edad avanzada o vejez, así como la devolución y pago de las aportaciones de Seguridad Social, no pueden considerarse como supuestos de excepción previstos en ese precepto “porque el legislador las visualizó como un aspecto conciliable entre las partes”²⁵. “Considerar lo contrario implicaría el riesgo de desnaturalizar la vía conciliatoria que el Poder Reformador plasmó a nivel constitucional, como una de las piezas torales para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia laboral de manera expedita y gratuita”²⁶.

No, obstante, que la Segunda Sala de la SCJN realizó una interpretación literal y restrictiva de la fracción III, del artículo 685 Ter, de la LFT por tratarse de casos de excepción en los que no es obligatorio agotar el procedimiento de conciliación prejudicial y determinó que dentro de este supuesto se encuentran únicamente el reclamo de las prestaciones de los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades, maternidad, invalidez, vida y guarderías, “no se desnaturaliza la vía conciliatoria que el Poder Reformador plasmó a nivel constitucional” porque la instituyó exclusivamente para la resolución de los conflictos laborales y para el acceso a una justicia laboral que debe impartirse de forma gratuita por tribunales expeditos, pero no para los CISS y para el acceso a una justicia social impartida por tribunales especializados en materia de seguros sociales, porque este último tipo de controversias son inexistentes en la CPEUM a pesar de su importancia económica, social y política en el terreno fáctico, como dan cuenta de ello, los recursos administrativos presentados ante el IMSS y el INFONAVIT y las demandas interpuestas en las Juntas Especiales de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje como en sede judicial (Tribunales Laborales dependientes del Poder Judicial de la Federación y en la SCJN).

25. Tesis: 2a./J. 19/2022. Undécima Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro: Prestaciones de Seguridad Social. La pensión por cesantía en edad avanzada y vejez, así como la devolución y pago de aportaciones de Seguridad Social, no se consideran excepciones para agotar la instancia conciliatoria prejudicial en términos del artículo 685 ter, fracción III de la LFT; disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024532> (fecha de consulta 12 de diciembre de 2022).

26. *Ibid.*

IV. PROBLEMÁTICA E IMPOSIBILIDAD DE CONCILIAR EN LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES DE SEGURIDAD SOCIAL

El agotamiento del procedimiento de conciliación prejudicial en los CISS interpuestos para demandar el pago de las prestaciones de los seguros de cesantía en edad avanzada o vejez, así como la devolución y pago de las aportaciones de Seguridad Social y la exigencia de la exhibición de la constancia expedida por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCRL) como un requisito de procedibilidad de la demanda interpuesta ante los tribunales laborales dependientes del Poder Judicial de la Federación, contraviene los derechos de los titulares de los derechos y presenta una serie de obstáculos que dificultan el acceso a la instancia conciliatoria.

La conciliación constituye un mecanismo de solución de controversias que permite a dos o más personas gestionar por sí mismas la solución de sus diferencias, con ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador²⁷ que contribuye a que todo tipo de conflictos se resuelva de manera pronta sin detrimento de los derechos que son materia del desacuerdo, pero al atribuírsele en el derecho laboral mexicano al procedimiento conciliatorio el carácter de obligatorio provoca la desnaturalización de la institución de la conciliación como instancia que, de acuerdo con su esencia de mecanismo autocompositivo reconocido por la Organización Internacional del Trabajo²⁸, debe ser voluntaria para que las partes involucradas en el conflicto con toda la disposición de lograr un acuerdo accedan a ella y no una imposición que limita la posibilidad de arreglar la controversia.

A lo anterior se adiciona la contravención a los derechos de acceso a la justicia y de la Seguridad Social reconocidos en los artículos 17 y 123, apartado A, fracción XXIX de la CPEUM, respectivamente, porque supedita su exigibilidad a la etapa de conciliación prejudicial que se instaura en la CPEUM y desarrolla procedimentalmente en la LFT para resolver los conflictos entre trabajadores y patrones, pero no para los CISS, cuyo reconocimiento en el texto constitucional es inexistente.

En México, al imponerse obligatoriamente en el ámbito laboral el agotamiento del procedimiento de conciliación siguiendo los casos de Colombia, Argentina y Uruguay, es conveniente señalar que la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-893/2001 determinó la inexecutable de la conciliación laboral al considerar “que el acceso a la justicia no pueda estar diferido ni obstaculizado por una condición de procedibilidad impuesta aún contra la voluntad del beneficiario, con mayor razón si para ese trámite previo al proceso se contempla la posibilidad de que el titular del derecho tenga en ocasiones que sufragar de su propio peculio expensas significativas para poder accionar ante los jueces”²⁹.

27. Ojeda Avilés, A.: *Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales: Un estudio internacional*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, p. 109.

28. Organización Internacional del Trabajo: *Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios* (número 92), 1951. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R092 (fecha de consulta 27 de diciembre de 2022).

29. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-893/2001, 22 de agosto de 2001; disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-893-01.htm> (fecha de consulta 3 de diciembre de 2022).

Y es que los asegurados al reunir todos los requisitos para acceder a los beneficios prestacionales de los seguros de cesantía en edad avanzada o de vejez, así como para recuperar los recursos de la cuenta individual, son titulares de derechos que son intransigibles al tener el carácter de ciertos, irrenunciables e indiscutibles por estar cumplimentados los supuestos de hecho³⁰ o los requisitos que la Ley del Seguro Social impone para su cobertura.

Únicamente la transacción puede tener lugar en cuanto a la manera de cubrir las prestaciones de cesantía o de vejez a sus titulares de manera oportuna y pronta por tratarse de derechos de corte alimentario, cuya finalidad es proveer de los medios económicos al pensionado para que pueda subsistir al haber concluido su vida laboral activa como resultado de su retiro voluntario, de la desocupación o de su imposibilidad para seguir laborando como consecuencia del normal desgaste del organismo y de las limitaciones que presenta.

Por su parte, cuando el IMSS ha decretado en una resolución administrativa la procedencia de las pensiones de cesantía en edad avanzada o vejez y con posterioridad las revoca, no es posible conciliación alguna porque se trata de derechos adquiridos al haberse incorporado en el patrimonio del pensionado, por lo que se configura una transgresión al derecho de propiedad³¹ que puede ser reparada a través de los medios de impugnación administrativos o jurisdiccionales establecidos en el sistema jurídico en favor de los justiciables.

30. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Laboral, de 8 de junio de 2011, rad. 35157; disponible en: https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/csj_scl_351 (fecha de consulta 11 de febrero de 2023) y del 14 de diciembre de 2007, rad. 29332; disponible en: https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_laboral_e_no_29332_de_2007.aspx#/ (fecha de consulta 12 de febrero de 2023)

31. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos han considerado al derecho a la propiedad como todo derecho que forma parte del patrimonio de una persona, lo que ha posibilitado que a través de ese derecho se reclamen las prestaciones de Seguridad Social. Vid. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Müller vs. Austria. Comunicación No. 12555/03. Sentencia final 5 de enero de 2017; disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Müller"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-77265"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta 5 de noviembre de 2022). Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Gaygusuz vs. Austria. Comunicación No. 17371/90. Sentencia de 16 de septiembre de 1996; disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Gaygusuz"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58060"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta 4 de diciembre de 2022).

Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Azinas vs. Chipre. Comunicación No. 56679/00. Sentencia de 20 de junio de 2002; disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Azinas"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61748"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta 3 de diciembre de 2022). Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf (fecha de consulta 3 de enero de 2023). Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la Contraloría") vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf (fecha de consulta 23 de noviembre de 2022). Corte IDH. Caso Muelle Flores vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019; disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf (fecha de consulta 16 de noviembre de 2022).

Corte IDH. Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019; disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_394_esp.pdf (fecha de consulta 16 de diciembre de 2022).

Incluso, desde un ángulo opuesto, cuando el derechohabiente no colma los requisitos para la obtención de los derechos prestacionales de la Seguridad Social tampoco es posible negociación alguna por tratarse de un derecho inexistente. Cuando el Instituto Mexicano del Seguro Social, en su calidad de órgano asegurador, ha expedido una resolución de negativa de pensión de cesantía en edad avanzada o vejez porque el asegurado no cumple con los requisitos establecidos en la LSS para decretar la procedencia de las prestaciones correspondientes a los seguros de cesantía o de vejez, así como la devolución de las aportaciones de Seguridad Social, al tratarse de actos administrativos que gozan del carácter de definitividad³² y evitar un detrimento financiero al ente asegurador que no está obligado al otorgamiento de las prestaciones de Seguridad Social ante la inexistencia del derecho, difícilmente podrán modificarse a través de una conciliación en la que el CFCRL no está facultado para llevarla a cabo.

El CFCRL se integrará por la Dirección General y la Junta de Gobierno. De acuerdo con el artículo 590-D de la LFT, la Junta de Gobierno estará conformado de la siguiente manera:

- a) El titular de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social como miembro propietario o su suplente, quien fungirá como presidente de dicha Junta de Gobierno;
- b) El titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como miembro propietario o su suplente;
- c) El titular del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales como miembro propietario o su suplente;
- d) El presidente del Instituto Nacional de Estadística y Geografía como miembro propietario o su suplente, y
- e) El presidente del Instituto Nacional Electoral como miembro propietario o su suplente.

De la anterior transcripción, se desprende que en la Junta de Gobierno carecen de representatividad los interlocutores sociales que son necesarios cuando se trata de resolver los conflictos obrero-patronales y los CISS, de acuerdo con la Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios (número 92) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Por su parte, el artículo 590-A de la LFT dispone que el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral tiene las siguientes atribuciones³³:

- I. Realizar en materia federal la función conciliadora a que se refiere el párrafo cuarto de la fracción XX del artículo 123 constitucional;
- II. Llevar el registro de todos los contratos colectivos de trabajo, reglamentos interiores de trabajo y de las organizaciones sindicales, así como todos los actos

32. A través del recurso de inconformidad, como medios de impugnación administrativo, es posible combatir los actos definitivos del IMSS.

33. Artículo 590-A de la LFT; disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFT.pdf> (fecha de consulta: 22 de noviembre de 2022).

- y procedimientos a que se refiere el párrafo cuarto de la fracción XX del artículo 123 constitucional;
- III. Establecer el Servicio Profesional de Carrera y seleccionar mediante concurso abierto en igualdad de condiciones a su personal;
 - IV. Establecer planes de capacitación y desarrollo profesional incorporando la perspectiva de género y el enfoque de derechos humanos, y
 - V. Las demás que de esta Ley y la normatividad aplicable se deriven”.

La anterior transcripción evidencia que el CFCRL es competente para llevar a cabo la conciliación laboral, al ser la prevista en la fracción XX del artículo 123, apartado A de la CPEUM, pero al no estar facultado para llevar a cabo la conciliación de los CISS ante la falta de reconocimiento constitucional de los mismos y de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de Seguridad Social se contraviene el principio de legalidad que reza: mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido, las autoridades solo pueden hacer lo que la Ley les permite.

Con base en el control de legalidad que impone límites al actuar de las autoridades e impide el otorgamiento de facultades indeterminados con la finalidad de soslayar el ejercicio indebido del poder, el CFCRL carece de competencia para atender la conciliación de los CISS por no existir una norma jurídica vigente que lo faculte para realizar esa importante y trascendente labor.

Las normas de competencia, al ser presupuestos procesales básicos en el ejercicio de cualquier acción oficial, son de orden público, por lo que advertida la incompetencia por cualquier órgano de control (administrativo o jurisdiccional), ésta debe ser declarada como tal aun oficiosamente³⁴ y decretarse la nulidad de sus determinaciones con la finalidad de garantizar la legalidad, el debido proceso y la seguridad jurídica.

A la incompetencia se adiciona la falta de capacidad de los conciliadores para atender los CISS. El artículo 684-M de la LFT dispone el procedimiento de selección de los conciliadores deberá garantizar que los aspirantes cuenten con las destrezas, habilidades y competencias siguientes³⁵:

- a) Conocimientos generales de derecho y específicos en materia laboral;
- b) Análisis y resolución de controversias;
- c) Gestión del conflicto, y
- d) Aptitudes en la función conciliatoria”.

34. Pérez Dayán, A.: *Teoría general del acto administrativo*, Porrúa, México, 2006, p. 137.

35. Artículo 684-M de la LFT, ob. cit.

Además de reunir los siguientes requisitos³⁶:

- I. Gozar del pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles;
- II. Tener preferentemente experiencia de por lo menos tres años en áreas del derecho del trabajo o especialización en las actividades que se vinculen con las atribuciones del Centro de Conciliación que corresponda;
- III. Contar con título profesional a nivel licenciatura en una carrera afín a la función del Centro;
- IV. Tener preferentemente certificación en conciliación laboral o mediación y mecanismos alternativos de solución de controversias;
- V. Tener conocimiento sobre derechos humanos y perspectiva de género;
- VI. Aprobar el procedimiento de selección que se establezca para tal efecto, y
- VII. No estar inhabilitado para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público.

Los requisitos, competencias y destrezas que debe reunir el conciliador permiten atender la conciliación de los conflictos laborales para salvaguardar los derechos irrenunciables del trabajador como una de las obligaciones especiales que deben cumplimentar los conciliadores³⁷ en el procedimiento de conciliación prejudicial, pero resultan insuficientes para brindar asesoría jurídica a los derechohabientes del IMSS sobre sus derechos en el ámbito de la Seguridad Social, los plazos de prescripción de los mismos consignados en la Ley del Social y sus disposiciones reglamentarias que difieren de los establecidos en el ámbito laboral, los procedimientos administrativos y jurisdiccionales para solucionar los CISS, para evaluar las solicitudes de los interesados y proponer soluciones adecuadas para resolver las controversias de Seguridad Social, así como para redactar, revisar y sancionar los convenios celebrados, por mencionar algunos ejemplos de deberes especiales que deben ser atendidos por los centros de conciliación cuando se solicita su intervención para tramitar las solicitudes de conciliación en el terreno del derecho a la Seguridad Social.

Además de la especialización en áreas del derecho del trabajo, los conciliadores deben tener conocimientos especializados en el derecho de la Seguridad Social, el derecho fiscal, el derecho procesal del trabajo, el derecho bancario y bursátil como resultado de la intervención de las Administradoras de Fondos para el Retiro en el sistema de pensiones mexicano, cuya regulación es materia de la LSS y sus disposiciones reglamentarias.

Aunque el derecho laboral y el derecho de la Seguridad Social forman parte del derecho social, sus contenidos esenciales, esquemas de protección, ámbitos de validez normativos y las controversias que surgen para exigir los derechos laborales y los derechos de Seguridad Social son divergentes, como se ha referido en este trabajo y que Néstor de Buen ha expresado de la siguiente manera:

36. Artículo 684-G de la LFT, ob. cit.

37. Artículo 684-H de la LFT, ob. cit.

Una deformación antigua de los conceptos ha asociado históricamente al derecho del trabajo con el derecho de la Seguridad Social. Los planes de estudio de las universidades suelen colocarlos juntos, a veces en la compañía comprometedor del derecho burocrático, en una especie de síntesis de lo más importante del derecho social. Por el mismo motivo se ha considerado, por supuesto que, sin razón, que ser laboralista lleva en sí mismo el germen de la Seguridad Social. Nada más falso³⁸.

Otro de los principales problemas que enfrenta la instauración de la conciliación prejudicial en los CISS es la falta de un procedimiento que sea acorde con la naturaleza jurídica de las prestaciones que deben otorgarse a los derechohabientes en los seguros de cesantía en edad avanzada o vejez y con la devolución y pago de las aportaciones de Seguridad Social a cargo de los organismos de Seguridad Social y de las Administradoras de Fondos para el Retiro.

El artículo 684-C de la LFT establece como requisitos que deberá reunir la solicitud de conciliación en el ámbito laboral a los siguientes³⁹:

- a) Indicar el nombre del solicitante y su Clave Única de Registro de Población (CURP).
- b) Proporcionar un domicilio para oír y recibir notificaciones.
- c) Indicar el nombre de la persona, sindicato o empresa a quien se citará para la conciliación prejudicial, pero cuando el trabajador ignore el nombre de su empleador o de la empresa, basta con señalar el domicilio donde prestó o presta sus servicios.
- d) El objeto de la cita a la contraparte.

Con independencia del nombre del solicitante y su domicilio, así como el objeto de la cita, la exigencia del resto de los requisitos no son los idóneos en el caso de los CISS que tengan por objeto la solicitud de las prestaciones del seguro de cesantía en edad avanzada o vejez, así como la devolución y pago de las aportaciones de Seguridad Social.

La procedencia de las prestaciones de los seguros de cesantía en edad avanzada y vejez al requerir de un número determinado de cotizaciones y aportaciones al sistema de pensiones hacen necesaria la mención del número de Seguridad Social en la solicitud de conciliación, además de la mención del nombre y domicilio del organismo de Seguridad Social (IMSS-INFONAVIT) y de la Administradora de Fondos para el Retiro que deben ser citados a la audiencia de conciliación.

En los CISS la citación del empleador a la audiencia de conciliación es improcedente porque al haber asegurado a sus trabajadores y retenerles sus aportaciones de Seguridad Social para enterarlas al organismo de Seguridad Social junto con la aportación patronal queda relevado de la obligación de cubrir las prestaciones que derivan de

38. De Buen Lozano, N.: *Seguridad Social*, Porrúa, México, 1995, p. IX.

39. Artículo 684-C de la LFT, ob. cit.

los riesgos protegidos por el sistema de seguros sociales que es administrado por el ente asegurador y por la Administradora de Fondos para el Retiro.

Por su parte, la fracción II, del artículo 684-E de la LFT prevé la posibilidad de presentar la solicitud de conciliación por escrito, mediante comparecencia de los interesados o de manera electrónica.⁴⁰ Aunque en los CISS es posible la interposición de la solicitud bajo las dos primeras vías, no ocurre lo mismo con la presentación electrónica porque la plataforma electrónica del CFRL fue diseñada de acuerdo con el procedimiento de conciliación prejudicial laboral.

En la plataforma electrónica del CFRL se identifica al patrón, al sindicato y al trabajador como elementos subjetivos de un conflicto laboral, pero no contempla al derechohabiente,⁴¹ al IMSS, a la Administradora de Fondos para el Retiro o al INFONAVIT como elementos subjetivos que pueden interponer los CISS que tengan por objeto la solicitud de las prestaciones del seguro de cesantía en edad avanzada o vejez, así como la devolución y pago de las aportaciones de Seguridad Social.

Tratándose del tipo de prestaciones, la plataforma electrónica ofrece las siguientes posibilidades⁴²:

Soy trabajador

- a) Me despidieron sin justificación
- b) Renuncié y no me pagaron el finiquito correcto.
- c) Sigo laborando para mi patrón, pero tengo un conflicto con él.
- d) Quiero dejar de trabajar para mi patrón y quiero una compensación.
- e) Quiero reclamar mi derecho de preferencia, antigüedad o ascenso bajo el Título IV, Capítulo IV de la LFT.

Soy patrón

- a) Conflicto individual.
- b) Conflicto colectivo.

Soy sindicato

- a) Solicitud de revisión salarial del Contrato Colectivo de Trabajo.
- b) Solicitud de revisión integral del Contrato Ley.
- c) Solicitud de revisión salarial del Contrato Ley.
- d) Violaciones al Contrato Colectivo de Trabajo.
- e) Condiciones de capacitación.

40. Artículo 684-E, fracción II del de la LFT, ob. cit.

41. De acuerdo con el artículo 5 A, fracción XIII de la LSS, los derechohabientes o derechohabiente son el asegurado, el pensionado y los beneficiarios de ambos, que en los términos de la LSS tengan vigente su derecho a recibir las prestaciones del Instituto Mexicano del Seguro Social.

42. Plataforma del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral; disponible en <https://www.gob.mx/cfcr/ articulos/conciliacion-laboral> (fecha de consulta 5 de enero de 2023).

Ninguna de las prestaciones establecidas en la plataforma electrónica del CFRL es procedente en el caso de la solicitud de las prestaciones en dinero y en especie por cesantía en edad avanzada o por vejez, así como para la devolución y pago de las aportaciones de Seguridad Social, por lo que al impedirse el acceso a la justicia administrativa para los derechohabientes del IMSS y del INFONAVIT a través de la vía electrónica se transgreden sus derechos de audiencia y tutela efectiva de sus derechos de Seguridad Social.

La inadecuación de las normas adjetivas del procedimiento de conciliación prejudicial para el ámbito del derecho de la Seguridad Social también se advierte en la falta de los deberes especiales que deberán observar los conciliadores en el ámbito de la Seguridad Social, en la ausencia de apercibimientos ante la incomparecencia de los derechohabientes, de las Administradoras de Fondos para el Retiro y de los servidores públicos del IMSS y del INFONAVIT, así como en lo referente al cumplimiento de los convenios que se suscriban entre los interesados como parte fundamental en la justiciabilidad de los derechos de Seguridad Social.

De concluirse el procedimiento de conciliación prejudicial con la celebración de un convenio que es aprobado por la autoridad conciliadora adquiere la condición de cosa juzgada y la calidad de título ejecutivo, por lo tanto, su cumplimiento puede ser exigido a través del procedimiento de ejecución de sentencia que se interponga ante el órgano jurisdiccional competente.

Los organismos de Seguridad Social (IMSS e INFONAVIT) suelen supeditar la suscripción de convenios y su cumplimiento a la existencia del presupuesto que se les asigna de manera anual, así como justificar la demora en el cumplimiento de las resoluciones que dictan las autoridades laborales en la falta de recursos. Por la complejidad que reviste la ejecución de las resoluciones en el ámbito de la Seguridad Social, se ha propuesto el establecer anualmente en la Ley del Presupuestos de Egresos, una partida específica que sea empleada en caso de incumplimiento o demora en la ejecución de las resoluciones⁴³ en favor de los titulares de los derechos afectados.

Y es que en la suscripción de convenios entre los organismos de Seguridad Social y sus derechohabientes debiera en las leyes de seguros sociales establecerse un término para cumplimentarlos a cabalidad y en su totalidad, pues en la mayoría de los casos, no culminan con el pago de las prestaciones adeudadas al derechohabiente, sino ameritan de la inclusión en la nómina de pensionados para que mensualmente les sean cubiertas las pensiones por retiro laboral (cesantía en avanzada o vejez).

Por lo general y de manera indebida, las actuaciones tendientes a lograr la inclusión a nómina son impuestas al derechohabiente, quien queda a merced de los engorrosos y dilatorios trámites administrativos que le imponen el IMSS e INFONAVIT. Ante este panorama, un punto fundamental que debiera ser objeto de regulación en las leyes de seguros sociales es la forma y términos para ejecutar y cumplimentar los

43. Cuevas Godínez, F.: "El contencioso administrativo federal en México", en Pampillo Baliño, J. P. y Munive Páez, M. A. (eds.): *Derecho informático e informática jurídica*, Porrúa-Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 2012, p. 430.

convenios que deriven de los CISS al involucrar prestaciones de tracto sucesivo (pensiones) que son fundamentales para que el ser humano subsista y afronte el retiro de la vida laboral.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, de ninguna manera, justifica una demora prolongada en el tiempo en el acatamiento de las decisiones administrativas o judiciales que resguardan derechos humanos⁴⁴, como es el caso el derecho a la Seguridad Social, cuya falta de tutela puede constituir una violación continuada a los artículos 25 y 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos⁴⁵, contra- viene la dignidad del ser humano al poner en peligro su existencia y la de su familia como resultado de la falta de oportunidad en el otorgamiento de las prestaciones de seguridad o del incumplimiento a los convenios que suscriban los derechohabientes y los organismos de Seguridad Social.

V. CONCLUSIONES

El derecho a la Seguridad Social y los sistemas de seguros sociales son fundamentales en la vida de todo ser humano porque aminoran o contrarrestan los efectos negativos que derivan de los riesgos que amenazan su existencia. Las controversias que surgen para solicitar o demandar los derechos prestacionales previstos para cada uno de los seguros sociales tienen una presencia innegable en el mundo del ser, que contrarresta con su falta de reconocimiento constitucional y su inconstitucional e inadecuada regulación en normas reglamentarias de naturaleza laboral (mundo del deber ser) en contravención al principio de supremacía constitucional y a los ámbitos de validez de las normas jurídicas, respectivamente.

La ausencia de normas sustantivas y adjetivas que reconozcan jurídicamente a los CISS como controversias que forman parte del contenido esencial del derecho a la Seguridad Social y que son divergentes con el contenido esencial del derecho al trabajo, a pesar de la hermandad que los une por ser parte del derecho social y tener como objetivo afín a la justicia social, constituye la principal barrera para lograr la exigibilidad del derecho a la Seguridad Social y su autonomía procedimental.

Los derechohabientes del IMSS y del INFONAVIT, así como los titulares de las cuentas individuales requieren de contar con medios alternativos de solución de las controversias que interponen en sede administrativa o jurisdiccional que a partir del reconocimiento en la CPEUM, sean acordes con la naturaleza jurídica, marco jurídico de la Seguridad Social y de los seguros sociales aplicables, así como con la tipología del conflicto que puede derivar del reclamo de los distintos derechos prestacionales previstos para cada rama de aseguramiento.

44. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Organización de Estados Americanos, 2007, p. 6.

45. *Ibid.*, p. 7.

El otorgamiento de los derechos prestacionales en materia de Seguridad Social requiere de su oportuna cobertura porque colman una necesidad o soslayan la materialización de un riesgo que opere en detrimento de la existencia humana. Una vez cumplimentados los requisitos por parte de su titular para el otorgamiento de las prestaciones de Seguridad Social procede su pago o entrega porque derivan de las aportaciones realizadas por el titular del derecho, su patrón y el Estado. No son dádivas, se trata de auténticos derechos que no pueden ser objeto de transacción, únicamente procede su ejercicio de parte de su titular.

Incluso, desde un ángulo opuesto, cuando el derechohabiente no colma los requisitos para la obtención de los derechos prestacionales de la Seguridad Social no es posible negociación alguna por tratarse de un derecho inexistente. La conciliación entre derechohabiente y órgano asegurador o la Administradora de Fondos para el Retiro únicamente puede ser posible para convenir las modalidades de la entrega de los recursos de la cuenta individual, el pago de los derechos prestacionales solicitados o la inclusión del titular del derecho en la nómina de pensionados, pero es necesario la instauración de normas procedimentales que posibiliten el acceso a la conciliación prejudicial en los CISS, que con el apoyo de las tecnologías de la información y la comunicación, sea posible la misma y la celebración de un convenio con la intervención de una autoridad que cuente con las facultades y capacidad para atender este tipo de controversias.

Un nuevo perfil del conciliador acompañado de la instauración de facultades y la imposición de obligaciones especiales para la atención y resolución de los CISS es uno de los puntos trascendentales para lograr una verdadera impartición de justicia administrativa en los Centros de Conciliación que derrumbe las barreras que impiden la justiciabilidad de los derechos de Seguridad Social en México conforme a las normas adjetivas del derecho procesal de la Seguridad Social.

Bibliografía

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Organización de Estados Americanos, 2007.
- Cuevas Godínez, F.: "El contencioso administrativo federal en México", en Pampillo Baliño, J. P. y Muñive Páez, M.A. (eds.): *Derecho informático e informática jurídica*, Porrúa-Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 2012.
- De Buen Lozano, N.: *Seguridad Social*, Porrúa, México, 1995.
- Escalante Gonzalbo, F.: "Especulaciones a partir del concepto de anomia", en Bernecker W. (comp.): *Transición democrática y anomia social en perspectiva comparada*, UNAM-Colegio de México-Servicio Alemán de Intercambio Académico, México, 2004, pp. 125-146.
- Kelsen, H.: *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1995.
- López Ayllón, S. (coord.): *Síntesis del informe y de las recomendaciones en materia de justicia cotidiana*, Centro de Investigación y Docencia Económica, México, 2015.
- Ojeda Avilés, A.: *Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales: Un estudio internacional*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007.
- Pérez Dayán, A.: *Teoría general del acto administrativo*, Porrúa, México, 2006.

Spagna Musso, E.: *Appunti per una teoría dell' anomia costituzionale, Scritti in onore di Constantino Mortati*, Giuffrè, Milán, 1977.

Waldmann, P.: *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Nueva Sociedad, Caracas, 2003.



Algunas consideraciones en materia de prevención de riesgos laborales para los empleados de hogar al 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. Pinceladas de propuestas básicas sobre su aplicación

SOME CONSIDERATIONS ON OCCUPATIONAL RISK PREVENTION FOR DOMESTIC EMPLOYEES AS A RESULT OF ROYAL DECREE LAW 16/2022, OF SEPTEMBER 6, FOR THE IMPROVEMENT OF WORKING CONDITIONS AND SOCIAL SECURITY FOR DOMESTIC SERVICE WORKERS OUTLINES OF BASIC PROPOSALS ON ITS APPLICATION

María Cristina Méndez Úbeda

Máster en Consultoría Laboral y Desarrollo Profesional

Universidad de Málaga

crisube@hotmail.com 0000-0002-3355-7134

Recibido: 06.02.2023 | Aceptado: 25.04.2023

RESUMEN

Con la entrada en vigor del 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, se ha eliminado el artículo por el cual no se aplicaba la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) al colectivo objeto de análisis e introducido algunas reformas, pendiente de desarrollo reglamentario. En este trabajo abordamos el contenido preventivo de riesgos laborales de la norma, y hasta qué punto es posible una aplicación íntegra de la LPRL tras la publicación de dicho Real Decreto Ley y qué cuestiones a nuestro juicio deberían tener una nueva regulación o introducir matizaciones al respecto para adaptarse al conjunto de personas empleadas en el hogar.

PALABRAS CLAVE

Exclusión
Prevención de riesgos laborales
Empleados domésticos
Seguridad y salud
Protección

ABSTRACT

With the entry into force of Royal Decree Law 16/2022, of 6 September, for the improvement of working conditions and social security for domestic workers, the article that did not apply the LPRL to the group under analysis has been eliminated and some reforms have been introduced, pending regulatory development. In this paper we address the occupational risk prevention content of the regulation, and to what extent it is possible to fully apply the LPRL after the publication of this Royal Decree-Law, and which issues should, in our opinion, be re-regulated or be subject to clarifications in order to adapt to the group of domestic workers as a whole.

KEYWORDS

Exclusion
Occupational risk prevention
Domestic workers
Health and safety
Protection

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ALGUNAS RAZONES HISTÓRICAS PARA LA EXCLUSIÓN
 - A. La Directiva Marco 89/391
 - B. El lugar de trabajo
 - C. Ausencia de ánimo de lucro
 - D. Costes para la familia
 - E. Individualización del colectivo
- III. PRINCIPALES RIESGOS EN EL TRABAJO
 - A. Caídas
 - B. Cortes
 - C. Golpes o encuentros violentos con objetos
 - D. Quemaduras
 - E. Incendios
 - F. Exposición a productos químicos
 - G. Exposición a contaminantes biológicos
 - H. Sobreesfuerzos
 - I. Estrés y desgaste emocional
 - J. Acoso, maltrato y violencia
- IV. REAL DECRETO-LEY 16/2022
 - A. Introducciones en materia de prevención de riesgos laborales
 - B. Propuestas de prevención de riesgos laborales
 1. *De aplicación plena*
 2. *De aplicabilidad con matices*
 3. *De difícil aplicación sin importantes reformulaciones y concreción de medidas*
- V. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Si analizamos la situación de los trabajadores del servicio doméstico desde una perspectiva histórica, ya sean criados, sirvientes o personas trabajadoras al servicio del hogar, o cualquier otra que haya sido la denominación que a lo largo de los tiempos se le haya dado, observamos una continua exclusión. Principalmente de la falta de aplicación de las leyes laborales¹, cuando incluso ni la Ley del contrato de trabajo les amparaba, pues esta les fue aplicada años después que al resto de personas trabajadoras², y tras varios años de constantes vaivenes³. Una vez que el contrato de trabajo les fue de aplicación, la lucha por el resto de legítimas protecciones ha sido algo gradual y no pacífico, e implantado con el paso de los años⁴, tras persistentes reivindicaciones.

A partir del siglo XXI se observan algunos tímidos avances, como por ejemplo la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, implicó un avance fundamental en cuanto a integración en el Régimen Especial de la Seguridad Social al conjunto del colectivo. Más tarde también lo fue el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que sustituyó a su anterior, para regular la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

Sin embargo, a pesar de las pequeñas mejoras introducidas progresivamente, esa exclusión ha continuado, siendo una muy peculiar la de la no aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que ha estado vigente hasta la publicación del Real-Decreto Ley 16/2022, de 8 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y que ha modificado algunos preceptos relevantes de la misma. Pues si el fin último de esta Ley es la salvaguarda de la vida, debería de ser de aplicación universal sin restricciones. Esto último en consonancia con el precepto constitucional relativo al derecho fundamental, como es el del artículo 15 (Derecho a la vida, y a la integridad física y moral), apoyado por la correspondiente obligación de los poderes públicos de “velar por la seguridad e higiene en el trabajo” (art. 40.2 CE). También amparado en el Estatuto de los trabajadores actual, cuya regulación establece en su artículo 19 “el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”.

1. Para profundizar más sobre esta no aplicación de las leyes laborales ver Espuny Tomás, M. J.: “El servicio doméstico: Historia de una exclusión jurídica continuada”, en Espuny Tomás, M. J. y García González, G. (coords.): *Relaciones Laborales y empleados del Hogar: reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 27-56.

2. La primera Ley de Contrato de Trabajo que incluyó a nivel teórico al colectivo en su ámbito de aplicación, fue la del año 1931, pues también eran trabajadores “los ocupados en el sector doméstico” (art. 6 Ley CT 1931). Incluso en su artículo 39 ofrecía contenido a nivel preventivo, ya que el estado de los dormitorios, debían de atender al “estado y exigencias de la moralidad y la higiene”. En su artículo 40 tenía cabida protección desde la perspectiva reparadora, pues incluía la prestación de auxilios médicos para quienes enfermasen de 4 semanas. Si era imputable al patrono, este se extendía hasta su curación.

3. Vid. Quesada Segura, R.: “El contrato de servicio doméstico en la legislación de Trabajo”, en *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 29-48.

4. Para profundizar más sobre esta concesión gradual de algunos derechos sociales ver Otxoa Crespo, I.: *La Seguridad Social del empleo doméstico: evolución y perspectivas* [Tesis doctoral], Universidad del País Vasco, Leioa, 2012; y Sendín Blázquez, A.: *El régimen especial de la Seguridad Social de empleados de hogar: cuestiones sobre su integración en el régimen general de la misma*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

Durante el año 2022 hemos sido testigos de varios acontecimientos históricos que han dado un giro en general a la situación laboral de las personas empleadas domésticas. De un lado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 sobre el asunto número C-389/20⁵ interpretó que el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/9 se oponía a una disposición nacional “que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas al conjunto de empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúa 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”. Se trata, por lo tanto, del incurrimento de discriminación indirecta, ya que la mayoría de personas empleadas en este sector son mujeres, concretamente más del noventa y cinco por ciento a mayo del 2021⁶. Aunque en el citado pronunciamiento no versara sobre cuestiones relacionadas con la salud laboral, ni con la prevención de riesgos laborales en modo alguno, sí que se puso de manifiesto que la normativa interna del Estado español no iba en la dirección correcta en cuanto a igualdad se refiere⁷, pues lo que estaba en el punto de mira era esa exclusión de la protección contra el desempleo de las prestaciones del artículo 251.d) del TRLGSS⁸. En ella se expresa que “el carácter especial de la relación laboral que se predica respecto de este colectivo no podría traducirse en una privación injustificada, por absolutamente carente de motivación, de derechos básicos garantizados tanto por el Ordenamiento europeo, como por nuestra Constitución española”.

De otro lado, también ha tenido lugar el inicio del proceso de ratificación del Estado español del Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, que data del año 2011, y reclamaba unas condiciones dignas de trabajo que no supongan unas menos favorables que el resto de personas empleadas. Este segundo acontecimiento ha ocurrido en junio, y tras varios años de reivindicaciones por diversos agentes sociales, de colectivos que reclamaban la igualdad plena de derechos, y después de varias manifestaciones del Gobierno en diferentes épocas, de querer dar cumplimiento a dicho trámite⁹. Con una mayoría de 331 votos a favor, España ha pasado a formar parte

5. STJUE de 24 de febrero de 2022. Sala Tercera. Asunto nº C-389/20.

6. En el Sistema Especial de Empleados de Hogar el 95,93 % a mayo del 2021 eran mujeres, tal y como recoge la STJUE.

7. En este sentido ya planteó esta inquietud García Testal, E.: “La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, pp. 93-112.

8. En ella, una empleada de hogar se interesó el 8 de noviembre de 2019 en la Tesorería General de la Seguridad Social de Vigo con el fin de poder cotizar por la contingencia de desempleo y adquirir tal prestación, en el hipotético caso de encontrarse en la situación legal de necesidad. Ante la negativa de la Administración correspondiente el 13 de noviembre de 2019, la actora impugnó dicha denegación. Tras interponer recurso contencioso-administrativo contra la Tesorería General de la Seguridad Social ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo, éste decidió paralizar dicho procedimiento y plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya resolución ya conocemos.

9. Tal y como expresa Sanz Sáez, C.: “Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores”, *Lan Harremanak*, núm. 45, 2021, p. 159: “aunque por sí misma (la ratificación del Convenio 189) no obligaría a cambios normativos inmediatos, sí debería ser el pistoletazo de salida para establecer un programa de actuación, compromisos políticos y presupuestarios, para abordar, en plazo razonable, la reforma en lo que sea necesario y su efectiva implementación”.

de uno de los países que han ratificado el Convenio¹⁰. Prestando especial atención a las cuestiones que este puede aportar, en relación a la PRL, debemos de hacer mención del art. 13 del mismo donde recuerda el derecho a “un entorno de trabajo seguro y saludable” y a fin de “asegurar la seguridad y la salud”. Interesantes resultan también las aportaciones de su art. 5 sobre la adopción de “medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia”; y las del artículo 6, puesto que “todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos (...) disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente”, entre las que queda incluida, *per se*, la protección a la vida en el ámbito del trabajo y la minimización de los riesgos que ello conlleva. Junto con el citado Convenio, la Recomendación 201, aun sin imponer mandatos legales a sus destinatarios, sino simplemente sugerir líneas de actuación a los Estados Miembros, también alberga contenido relacionado con la protección de la vida de los empleados domésticos, pues se observan las siguientes: prevenir discriminaciones relacionadas con los reconocimientos médicos (3.b); poner a disposición de las familias y de los trabajadores domésticos información relativa a reconocimientos médicos, tratamientos médicos y buenas prácticas de la salud e higiene (4.b); prever habitaciones separadas, privadas, ventiladas y con cerrojo doméstico cuya llave debería entregarse al empleado doméstico, acceso a instalaciones sanitarias en buenas condiciones, iluminación suficiente, comidas de buena calidad (17.a-c). La *Recomendación 201* también ofrece una serie de ejemplos sobre medidas a adoptar una vez consensuadas con organizaciones más representativas de los empleadores y empleados en relación a la instauración de procedimientos de recopilación de datos sobre enfermedades y accidentes profesionales con el fin último de ser de ayuda para la PRL; también ofrecer asesoramiento en seguridad y salud en el trabajo, sin olvidar la ergonomía y los equipos de protección¹¹, y también hacer efectivos programas de formación y difusión en cuanto materias de seguridad y salud en el trabajo doméstico (19.c-e); igualmente se contemplan medidas específicas para la protección de los trabajadores domésticos migrantes, como es la creación de una red de alojamiento de urgencia (21.1.c). Otra consideración importante que hace a los Estados Miembros es la cooperación para combatir las prácticas abusivas contra dicho colectivo, a fin de prevenirlas.

10. A 29 de octubre de 2022 los países que han ratificado el Convenio 189 son los siguientes: Alemania, Antigua y Barbuda, Argentina, Bélgica, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Filipinas, Finlandia, Granada, Guinea, Guyana, Irlanda, Italia, Jamaica, Madagascar, Malta, Mauricio, México, Namibia, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Uruguay. Accesible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:9828496348015:::P11300_INSTRUMENT_SORT:1 (último acceso a 15 de diciembre de 2022).

11. Algunas medidas se pusieron de manifiesto por parte de algunas comunidades autónomas, especialmente en la época más dura de la enfermedad covid-19, publicando guías para prevenir los riesgos de esta enfermedad en sus puestos de trabajo. En el caso del Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales, publicó una ficha técnica de prevención frente a la Covid-19, dirigida a las empleadas y empleados del hogar, con fecha 8 de abril de 2022. También desde la Xunta de Galicia, Consejería de Economía, Empleo e Industria se publicó una guía de “Prevención en el servicio de empleadas del hogar frente al coronavirus”, el 2 de abril de 2022. Desde Comisiones Obreras, de su Secretaría Confederada de Mujeres e Igualdad, se publicó una guía para “Trabajadoras del hogar en tiempos del Covid-19, preguntas y respuestas”, el 7 de abril de 2020.

Todas estas circunstancias han propiciado que la situación de los empleados domésticos actualmente, a priori, sea muy distinta a la de inicios del 2022, o al menos, sirvan como punto de partida para futuras mejoras socio-laborales, ya que cuentan con un deber de protección más pleno ahora. Con la publicación del Real Decreto-Ley 16 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, se han sentado las bases para un nuevo modelo de relaciones laborales, pendiente de algunos desarrollos normativos de acuciante interés. Concretamente, y siendo objetivo de este análisis, es de nuestra atención lo concerniente a la prevención de riesgos laborales del colectivo. Sin ambages, se ha procedido a derogar aquel precepto que excluía de manera expresa y manifiesta a los empleados de hogar¹² del ámbito de aplicación de nuestra LPRL. Así el estado de la cuestión, es cierto que la vocación de universalidad que la misma norma propugnaba en su Exposición de Motivos (la LPRL), ha pasado a dotar de más sentido a su fin mismo¹³, pues, en principio, ya no hay exclusión que opere para los empleados domésticos.

Otra de las cuestiones que, a nuestra opinión, suscita sumo interés es la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 16/2022, que habilita al Gobierno para que en plazo de seis meses apruebe el desarrollo reglamentario de la disposición adicional decimoctava de 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, estableciendo 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 y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad”. Hay que destacar que el texto inicial de la LPRL ha sido modificado en numerosas ocasiones desde su entrada en vigor, pero han pasado varios años desde la última vez que esto ocurrió, concretamente desde el 29 de diciembre del 2014. Habrá de esperar un poco más, hasta ver cómo el Ejecutivo y en qué medida, regula esta protección para el colectivo objeto de estudio, pues esta vez sí que ha sido más específico que cuando establecía un deber de cuidado. Entonces será cuando podremos comprobar en qué grado se va a aplicar la LPRL, si de manera íntegra, o teniendo en cuenta sus especificidades¹⁴.

12. El extinto artículo 3.4. LPRL decía textualmente que “4. La presente Ley tampoco será de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”. No obstante lo anterior, el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene.

13. “Se confirma también la vocación de universalidad de la Ley, en cuanto dirigida a abordar, de manera global y coherente, el conjunto de los problemas derivados de los riesgos relacionados con el trabajo, cualquiera que sea el ámbito en el que el trabajo se preste”. Exposición de Motivos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

14. Tal y como se indica en la STS de 5 de junio de 2002, Sala IV, una de esas particularidades de este trabajo es que la tarea “lleva de suyo y por regla, una profunda introducción de la empleada en el círculo de mayor intimidad de la familia” (F.J. 2.2), en Abad Tejerina, P.: “Los empleados del hogar en caso de separación, divorcio o ruptura familiar y supuestos de extinción de la relación laboral”, en Ortega Burgos, E. y Echevarría de Rada, T. (coords.): *Derecho de Fa-*

II. ALGUNAS RAZONES HISTÓRICAS PARA LA EXCLUSIÓN

A continuación, pasaremos a hacer un breve análisis sobre las circunstancias que en un principio se han apuntalado para no aplicar desde su promulgación la LPRL a las personas empleadas de hogar, advirtiendo que algunos ya habían servido anteriormente para excluir al colectivo de la aplicación de la Ley del contrato de trabajo:

A. La Directiva Marco 89/391 Ce, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

Uno de los considerandos de la misma, hace referencia a lo preceptuado en el artículo 118 A del Tratado que obliga al Consejo, precisamente, a establecer a través de directivas, como la presente, las “disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores”. A pesar de todas sus consideraciones a la salud, de establecer obligaciones a los empresarios y también para los trabajadores, de delimitar determinados servicios de protección y de prevención, de dotar de formación e información a los trabajadores, y de la insistencia en general, a la protección sobre seguridad y salud en el trabajo, es cierto que su ámbito de aplicación queda taxativamente delimitado. Pues ello se desprende de la definición que hace de trabajador, ya que lo es “cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar”¹⁵.

Por lo tanto, lo que hizo el legislador español fue limitarse a hacer una transposición de la norma internacional, amparándose en el tenor literal de la misma, fielmente a sus dictados de la Directiva Marco, lejos de adaptar la norma española a la Directiva Marco, a las necesidades propias de la actividad específica. En realidad, esta DM “no señala cuál es el fundamento que lleva a esta exclusión”¹⁶.

A pesar de que la citada norma internacional no contenga ninguna argumentación que ayude a justificar la causa de su inaplicación, señalaremos algunos motivos que a nuestro modo de ver habían estado relacionados con esa discriminación.

B. El lugar de trabajo

El medio físico en el que se desarrolla el trabajo de los que desempeñan su actividad laboral en un hogar ajeno difiere considerablemente de lo que podría ser un lugar

milia 2022, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 11-26, accesible en <https://www--tirantonline--com.uma.debiblio.com/tol/documento/show/9141389?librodoctrina=18929&general=salud%20en%20empleados%20de%20hogar> (último acceso a 20 de noviembre de 2022).

15. Artículo 3.a) de la Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

16. Ayala del Pino, C.: “La Prevención de Riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar”, *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm. 5, 2007, p. 6.

de producción de bienes y/o servicios, como lo es una fábrica u otro establecimiento análogo, ya que suele ser un domicilio particular o similar.

El hecho de que las tareas se desarrollen en domicilio particular, como cuestión relevante para la exclusión inicial de la LPRL, no estaba justificado¹⁷, ya que el trabajo a domicilio sí que encontraba su amparo legal en la norma matriz de PRL. Es por ello por lo que carece de fundamento al existir otras tipologías relacionadas con este colectivo que trabaja en hogar ajeno, como es el caso de la “ayuda a domicilio”, a los que sí que les era de aplicación inicial la misma norma de la que hablamos, y que no fueron excluidos inicialmente, aunque en realidad no se realice ninguna evaluación de riesgos laborales en los centros de trabajo donde estos realizan su labor¹⁸.

Otra consideración a resaltar es también el hecho de que la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, defina a este último como “forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por este, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular”, y que protegía desde sus inicios el derecho a PRL de este colectivo concreto de personas trabajadoras. Todo ello teniendo en cuenta que si la actividad laboral se desarrolla en el lugar seleccionado por quien desempeña sus labores, este puede coincidir en la mayoría de los casos con el hogar o domicilio y guardar, por lo tanto, ciertas similitudes con el trabajo doméstico. Para ello se hacía a través de “modulaciones aplicativas”, teniendo en cuenta las particularidades del trabajo a distancia¹⁹. La diferencia principal entre ambos casos es que en el primero coincidiría con el domicilio de la persona trabajadora, mientras que, en el segundo, se trata del perteneciente a la persona empleadora del hogar. En este sentido, se observaba una aplicación desigual de la norma basilar en PRL para unos y para otros.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, esto nos obliga a detenernos en la siguiente reflexión, procedente del articulado de los Derechos Fundamentales de nuestra Constitución Española, como es el consignado en 18, en el que se hace referencia al “derecho a la intimidad personal y familiar”, y a la inviolabilidad del domicilio²⁰.

En el caso concreto, no se considera relevante que el domicilio tenga que ser necesariamente la vivienda habitual de la persona empleadora, pudiendo tratarse de una

17. En este sentido, García González, G.: “Derechos Sociales y empleados del hogar: Reformas jurídicas inaplicables para la dignificación del trabajo doméstico en España”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, p. 84: “el que estos trabajadores desempeñen su profesión en el hogar familiar no empece para que gocen de los mismos derechos y de la misma protección que cualquier empleado por cuenta ajena; el lugar de prestación del servicio no puede ser un motivo suficiente por sí solo para minorar los sistemas de protección pública de un colectivo concreto de trabajadores”.

18. Sanz Sáez, C.: “La exclusión de la prevención de riesgos laborales de la relación laboral especial del trabajo doméstico: análisis crítico de las posibles razones”, *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, pp. 85 y 86.

19. Lousada Arochena, J. F.: “Prevención de riesgos en el trabajo a distancia” en Sagardoy de Simón, I. y Núñez-Cortés Contreras, P. (dirs.): *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 67 y siguientes.

20. Para una profundización sobre este último derecho, que contempla incluso la presencia a través de dispositivos electrónicos, *vid.* Zoco Zabala, C.: “¿Hacia una reformulación de la inviolabilidad del domicilio?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 121, 2021, pp. 169-195.

segunda residencia²¹. Tampoco sería destacado el tipo de tareas que se realicen para la persona empleadora en el hogar, dada la diversidad de cometidos que la misma alberga, incluso si se trata de trabajos de jardinería y de cuidado y limpieza de la casa²².

Por lo tanto, cuando alguien acceda a la misma vivienda, debería de hacerlo con el consentimiento del titular o resolución judicial, con la excepción de que se esté dando un suceso de flagrante delito.

Todos estos matices aquí expuestos nos llevan inevitablemente a afirmar que existen ciertas dificultades de control total por parte de la Inspección de Trabajo, lo cual choca frontalmente con los principios constitucionales de inviolabilidad del domicilio anteriormente mencionados, ya que, para acceder a él, es necesaria una autorización previa, lo cual puede llegar a distorsionar su finalidad última, de comprobación del cumplimiento de la norma.

Por lo tanto, “la principal función asumida por los poderes en materia de prevención de riesgos laborales, y sobre la que ha evolucionado la construcción de este sector del ordenamiento laboral, es la inspección de las condiciones de trabajo, y por la razón apuntada, la intervención pública cede en este singular ámbito”²³.

El artículo 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, faculta al conjunto de inspectores de Trabajo y Seguridad Social para que el desempeño de sus competencias, puedan “entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo”, y en el supuesto caso de que ese centro esté “sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento, o en su defecto, la oportuna autorización judicial”. Esta realidad, nos lleva inevitablemente a pensar que la necesaria licencia para entrar en el domicilio puede demorar la actividad inspectora, y ocasionar el riesgo de que se oculten actos constitutivos de sanción por irregularidades que se pudieran estar cometiendo en ese lugar privado donde se desarrolla la actividad.

En un principio, se produce una complicación real en cuanto a la inspección en el trabajo propiamente dicha, debido a la existencia de una contraposición de derechos, de un lado los de las personas trabajadoras del ámbito doméstico (entre otros, el artículo 6 del Convenio 189 ampara su derecho a que éstos “disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente”; el artículo 13 del mismo Convenio ampara el “derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable”, y también a que los Estados Miembros adopten medidas eficaces para “asegurar la seguridad y la salud en el trabajo”; también en el Real Decreto 1620/2011 en su artículo 7.2 se

21. En este sentido, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de febrero de 2008 (EDJ 2008/41996), se considera que la relación que unía a las partes era especial de empleados de hogar, aunque las tareas se desarrollasen en la finca donde disfrutaban como segunda residencia.

22. Así se pronuncia la STS de Cataluña, Sala de lo Social, de 22 de noviembre de 2001 (EDJ 2001/6422).

23. Sempere Navarro, A.V. *et. al: Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 71. Estos autores califican la exclusión del colectivo respecto de la LPRL, de “absoluta”, al menos, cuando estaba vigente el artículo 3.4. LPRL del año 1995.

mencionan las condiciones de seguridad y salud; y el nuevo Real Decreto-Ley 16/2022 en cuanto a su disposición adicional decimoctava por esa “protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en prevención de la violencia contra las mujeres...”). De otro lado, están los derechos de la persona empleadora, y la propia privacidad del hogar y de su familia que lo ocupa. El conflicto de intereses, por lo tanto, está presente.

En términos generales, un ejemplo de que el impedimento físico en el lugar no está reñido con estas facultades inspectoras es el hecho de que en enero de 2022 tuvo lugar una campaña por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social²⁴ destinada a combatir irregularidades en la remuneración y, por lo tanto, en la base de cotización de estas personas trabajadoras, para que se ajustase en esa ocasión al Salario Mínimo Interprofesional establecido por el Gobierno para el año 2021, de 1.000 euros mensuales en catorce pagas.

En otros países han tenido lugar prácticas similares, tales como las experiencias reseñadas en el informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre “La inspección del trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico”²⁵. Algunas de las consideraciones que resultan de interés, es el hecho de que Uruguay se haya creado una sección especializada de inspección de trabajo cuyo fin es controlar el cumplimiento de la legislación vigente sobre este tipo de trabajo²⁶. Otro ejemplo novedoso fue el caso de la Autoridad Nacional de Derechos Laborales (NERA), existente en Irlanda, a través del cual, como proyecto piloto, procedieron al envío de cartas a empleadores domésticos solicitando el acceso a su hogar y a quienes los rechazaron se les pidió que propusieran un lugar alternativo para proceder a la inspección, a través de entrevista y análisis de documentación. Este último dio resultados positivos, pero se reconoció por los propios miembros de NERA que tenía sus limitaciones, especialmente para el caso de los inmigrantes no declarados²⁷. Un caso concreto, directamente relacionado con la PRL, es el de Finlandia, donde los empleadores tienen la obligación de obtener la licencia de la autoridad responsable de la seguridad y salud en el trabajo, incluso antes de proceder con la contratación de un trabajador doméstico para un trabajo urgente, consecuencia de circunstancias imprevistas, ya sea un accidente, enfermedad repentina u otro tipo de amenaza para la vida, la salud o la propiedad²⁸.

24. Accesible en https://www.mites.gob.es/itss/web/Documentos/CAMPANA_Servicio_HOGAR/index.html (último acceso a 1 de noviembre de 2022).

25. OIT: *La inspección del trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico: Guía introductoria*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.

26. OIT: *La inspección del trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico: Guía introductoria*, ob. cit., p. 21.

27. OIT: *La inspección del trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico: Guía introductoria*, ob. cit., p. 39.

28. La Ley núm. 951 de 1977, modificada por la Ley núm. 73 de 2001, encontrado en OIT: *La inspección del trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico: Guía introductoria*, ob. cit., p. 42.

C. El empleador no persigue un ánimo de lucro (directo)

Es él mismo quien recibe la prestación de servicios finales. Este hecho también ha servido de evasiva a lo largo de la historia, para no dejar ser partícipe al colectivo de empleados domésticos de la protección de la legislación laboral. Algunos ejemplos los tomamos del Código del Trabajo de 1926 (art. 147) y de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (art. 2.c). Ellos se apoyan en la definición legal de la propia norma, “se entenderá por servicio doméstico el que se preste mediante jornal, sueldo o salario o remuneración de otro género o sin ella y que sea contratado, por no un patrono, sino por un amo de casa que no persiga fin de lucro para trabajar en una casa o morada particular, al servicio exclusivo del contratante, de su familia, de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del amo o fuera de él”, en términos idénticos ambos textos legales lo expresan así. En su día, posteriormente el antiguo Real Decreto 2346/1969 de 25 de septiembre, por el que se regulaba el Régimen especial de la Seguridad Social del servicio doméstico, también incluía la connotación de ausencia de animus *lucranda* para definir al cabeza de familia.

Desde un punto de vista meramente reparador de la salud, encontramos también manifestación de esa ausencia de lucro en el Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo y Reglamento para su aplicación, para excluir de la protección que la misma abarca al servicio doméstico. Hubo que esperar unos años hasta que esta contingencia quedara protegida de manera igualitaria que al resto de personas trabajadoras, y que se olvidara la expresión relacionada con la ausencia o no de beneficios²⁹.

Distinta sería la cuestión si procediéramos a hacer un análisis sobre el lucro que se aporta al hogar, si quien habiendo contratado a alguien directamente para realizar sus tareas domésticas (en cualquiera de sus variantes) se dispone a realizar otras labores productivas en otros ámbitos de actividad, precisamente por disponer de tiempo para ello. Hasta el momento actual, este es un aspecto que no se ha abordado, pero que sin duda alguna generaría un debate social con diversidad de opiniones y puntos de vista encontrados. El hecho de tener a una persona contratada en casa, para que realice aquellas tareas domésticas que tanto tiempo necesitan, permite a su vez poder disfrutar de más tiempo libre que invertir en otras gestiones, ya sean profesionales, que quizá si generen de manera indirecta un beneficio económico para la familia o la persona empleadora.

Un ejemplo donde la LPRL ha operado sin incertidumbres desde sus inicios ha sido en el caso de las Organizaciones No Gubernamentales. Aun compartiendo este rasgo de inexistencia de actividad cuyo fin último es el beneficio económico, encontramos ejemplos que se manifiestan en sus convenios colectivos de aplicación, donde

29. Sería con la Ley 39/2010, de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, a través de su disposición final 3.9 la que modificara la disposición adicional quincuagésima tercera del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Con efectos de 1 de enero de 2011 se amplió esta contingencia profesional al conjunto de Empleados de Hogar.

la observancia de las medidas de prevención es fundamental para quienes desarrollan ese trabajo³⁰.

D. Costes para la familia

La mera contratación de una persona en el hogar requiere de una inversión lo suficientemente importante para que sea tenida en cuenta. Además de los costes de Seguridad Social, habría que añadir los que se refieren al cumplimiento de la normativa de PRL y hemos de tener en cuenta que en muchas de las ocasiones en las que se hacen uso de estas contrataciones, es precisamente para atender a personas que requieren de asistencia, lo cual no quiere decir que dispongan de más recursos económicos para ello. Por lo tanto, el presupuesto de las familias se ve fuertemente afectado cuando esta se ve obligada a requerir de los servicios de personas empleadas de hogar.

Cumplir de manera íntegra con la LPRL implicaría realizar una inversión suficiente con la que poder llevar a cabo un plan de prevención de riesgos laborales (art. 2.2. RSP), realizar una evaluación de los riesgos y Planificar la Actividad Preventiva (art. 16 LPRL), también formar e informar a los trabajadores (arts. 18.1 y 19 LPRL). Otras obligaciones también presentes son las de consulta y participación de los trabajadores en cuestiones que afecten a su seguridad y salud en el medio laboral (art. 18.2 LPRL), y la vigilancia de su estado de salud (art. 22 LPRL), adoptar medidas en caso de emergencia (art. 20 LPRL), investigar los daños para la salud como los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (art. 16.3 LPRL), y notificar por escrito a la autoridad laboral los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 23.3. LPRL), documentar las actividades preventivas (art. 23 LPRL), proteger a colectivos de riesgo especialmente sensibles (art. 25 LPRL), y en los casos de maternidad (art. 26 LPRL) y también a los menores de edad (art. 27 LPRL).

El coste para el hogar familiar también se vería incrementado en el caso de que se aplicasen las sanciones que la Ley prevé para las empresas, en el caso de incumplimiento de las medidas preventivas³¹, aunque desde un punto de vista técnico preventivo no es un argumento que justificara su anterior exclusión, y consecuente desprotección.

Antes de la entrada en vigor del *Real Decreto-Ley 16/2022* no era necesario realizar una evaluación técnica de los riesgos del trabajo en sí. De hecho, algunas de las tareas enumeradas anteriormente no requerían de acudir a ningún servicio de prevención ajeno, tal y como determinadas organizaciones han apuntado³², puesto que

30. A mero título ilustrativo mencionamos el convenio colectivo de la Cruz Roja Española, para la Oficina Provincial de Málaga, cuyo incumplimiento de medidas de prevención de riesgos laborales implica una falta muy grave. También presta atención en el caso del vestuario, donde se valorará la normativa de prevención de riesgos laborales.

31. Sala Franco, T.: "La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1986, p. 289.

32. En este sentido, "solamente hace falta sentarse, reflexionar y escribir las tareas que se tienen contratadas y, a partir de aquí, analizar cómo se organizan, qué productos, equipos, herramientas se utilizan, identificando riesgos y adoptando soluciones". Es una propuesta recogida en "Condiciones de trabajo y riesgos de las actividades en el

algunas de ellas simplemente necesitaban, para ser adoptadas, sentido común y de la responsabilidad.

D. Individualización del colectivo y ausencia de un movimiento corporativo de calado suficiente para exigir reformas en materia de prevención

La realidad de esta relación laboral es que, en la inmensa mayoría de los casos, se desarrolla de manera individual, aislada del resto de compañeros, y en domicilios independientes. Este hecho produce en el colectivo la sensación de aislamiento, lo que está estrechamente vinculado a la idea que es mucho más dificultoso aunar intereses vinculados a un fin común.

También se ha destacado “que resulta discutible, en la propia argumentación del Preámbulo 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, la opción por la autonomía de la voluntad como fuente primordial de la regulación de esta relación, pues no se acaba de entender que el hecho de que el trabajo se preste en el hogar familiar impida a la ley, al propio Real Decreto o incluso a la negociación colectiva una mayor regulación de muchos aspectos de las condiciones de trabajo”³³. De hecho, la defensa a su negociación colectiva ha sido reflejada en el *Convenio 189* (art. 3.2.a) concretamente para respetar, promover y hacer realidad “la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”, también recogido en su artículo 3.3. La ausencia de una fuerte sindicalización y también la fragilidad de la representación colectiva, que supere las barreras del asociacionismo colectivo, también tiene “relevancia en términos de salud”³⁴.

Esto ha afectado al hecho de que no exista un convenio colectivo ni a nivel estatal ni autonómico para la defensa de derechos, ni relacionados con la seguridad y salud laboral ni tan siquiera con otras cuestiones básicas directamente vinculadas con el reconocimiento de sus derechos y legítimos intereses³⁵.

Hasta aquí llegaría nuestra mención a los principales motivos que, a nuestro juicio, han incidido en esa no aplicación de la LPRL desde sus inicios. A continuación, mostraremos algunas de las contingencias existentes en el trabajo del hogar, para una mejor visualización de aquello de lo que estamos comentando.

hogar. Folleto para personas empleadoras”, de la Fundación Estatal para la prevención de riesgos laborales F.S.P., con la colaboración de ISTAS, y CC.OO., 2017, p. 2. En ella se establecían directrices tanto para personas empleadas como para empleadoras.

33. Sanz Sáez, C.: “La exclusión de la prevención de riesgos laborales de la relación laboral especial del trabajo doméstico: análisis crítico de las posibles razones”, ob. cit., p. 83.

34. Quintero Lima, M. G.: “Salud laboral de las empleadas de hogar: una aproximación de urgencia”, en Blázquez Agudo, E. M. (dir.): *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Universidad Carlos III de Madrid-Instituto Estudios de Género, Madrid, 2017, pp. 97-98.

35. Sanz Sáez, C.: “Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores”, ob. cit., p. 159: “la fuerza y el poder de los trabajadores/as del hogar para negociar unas condiciones de trabajo decente dependen en última instancia de su capacidad para organizarse y participar en acciones colectivas, pero los convenios colectivos en este ámbito carecen de relevancia ya que las trabajadoras están escasamente sindicadas y no existen asociaciones empresariales específicas (...) lo que contribuye a que se sigan produciendo (...) situaciones de abusos y precariedad”.

III. PRINCIPALES RIESGOS EN EL TRABAJO DEL HOGAR FAMILIAR

Así el estado de la cuestión, consideramos conveniente hacer una pequeña aproximación en cuanto a identificación de los principales riesgos a los que están expuestas las personas al servicio del hogar familiar, pudiendo ser los que a continuación señalamos, sin que se trate de una lista cerrada, ya que dependiendo del tipo de vivienda, domicilio o lugar donde se desarrolle la actividad puede hacer que estos varíen. Para ello seguiremos el informe del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo que nos ofrece valiosa información sobre “Buenas prácticas preventivas en el servicio doméstico, dirigidas a la persona titular del hogar y del servicio doméstico”³⁶, y cuyos principales riesgos pasamos a mostrar a continuación. Lo estimamos oportuno debido a que esto nos puede dar una visión genérica de cuáles son esos riesgos a los que constantemente hacemos alusión en este artículo.

A. Caídas

Cuando se trata de caídas al mismo nivel puede ser por superficies sucias o húmedas, o bien por la presencia de objetos que dificulten el tránsito o produzca desniveles en el suelo. Cuando, por el contrario, se producen a distinto nivel son debidas probablemente como resultado de una pérdida de equilibrio cuando se accede a zonas elevadas, o resbaladizas cuando se realizan tareas de orden o limpieza utilizando sillas o bancos, o también al transitar por escaleras de la vivienda, ya sea por suelos resbaladizos o debido a desequilibrio también.

B. Cortes

Posiblemente originados por la utilización de herramientas de corte como cuchillos y otros enseres de la cocina, o también utilizados en tareas de poda de jardín. También son posibles cuando se realizan actividades de limpieza o mantenimiento de objetos cortantes, o cuando se ha producido la rotura de algún artículo y ha quedado fragmentado en pequeños trozos punzantes.

C. Golpes o encuentros violentos con objetos

Pueden ser frecuentes debido a la falta de orden en una casa, también a un almacenamiento que no es adecuado o a mobiliario que no está bien sujeto a la superficie. También puede ser consecuencia de la realización de tareas de limpieza, cuando a

36. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo: “Buenas prácticas preventivas en el servicio doméstico, dirigidas a la persona titular del hogar y del servicio doméstico”, Madrid, 2021. Para la detección de estos riesgos se ha considerado el “Programa de prevención de lesiones: detección de accidentes domésticos y de ocio (DADO)”.

consecuencia de ello se produce un desorden y se sacan objetos de su lugar habitual para realizar una limpieza a fondo.

D. Quemaduras

Las tareas de preparación de alimentos en cocina son muy frecuentes, pero también lo son cuando se realiza en planchado de ropa, debido a que es inevitable el empleo de altas temperaturas para el cumplimiento de las mismas. Otros supuestos donde se pueden producir contactos térmicos de altas temperaturas son debidos al uso de estufas o también de herramientas que se empleen en tareas de poda en el jardín, que requieran de electricidad.

E. Incendios

Un lugar muy habitual para ellos es en la cocina, concretamente por el uso del fuego. Generalmente, se deben a la falta de vigilancia en el cocinado, suciedad en campanas extractoras por grasas acumuladas, un mal mantenimiento de instalaciones eléctricas o de gas. A pesar de todo ello, también pueden producirse en otras áreas de la casa, donde puede haber sobrecarga en la red, dando lugar a fuegos en el hogar.

F. Contactos eléctricos

Son provocados por un mal estado de las instalaciones eléctricas, ya sea por un uso inadecuado o mal mantenimiento de los utensilios eléctricos, o incluso cuando estos son demasiado anticuados.

G. Exposición a productos químicos

Generalmente, son utilizados en la limpieza de la casa, en sus diferentes dependencias. Pueden producir daños al ser inhalados, también por contacto con la piel o por su ingestión accidental. Incluso es posible que provoquen alergias en quien los utiliza habitualmente. Son muy utilizados en la desinfección de cocina, aseos, jardines y trasteros.

H. Exposición a contaminantes biológicos

Estos agentes pueden proceder de animales o plantas o incluso las propias personas, ya que la exposición a fluidos biológicos puede ser perjudicial para la salud, e incluso provocar infecciones, alergias y enfermedades varias.

I. Sobreesfuerzos

Con frecuencia son debidos al mantenimiento de posturas inadecuadas o prolongadas en el tiempo, movimientos repetitivos o levantar cargas de peso que ocasionen traumatismos (en mayor o menor medida) o daños musculoesqueléticos.

J. Estrés y desgaste emocional

El estrés en el trabajo es considerado como “el conjunto de reacciones emocionales, cognitivas, fisiológicas y del comportamiento a ciertos aspectos adversos o nocivos del contenido, la organización o el entorno de trabajo”³⁷, y la angustia y la ansiedad en altos niveles suelen ser dos de sus notas características principales. Sin embargo, este estrés no sería nocivo si se permitiese a la persona trabajadora “controlar sus condiciones del trabajo” o si tuviera “un apoyo social adecuado y si se proponen recompensas razonables por los esfuerzos realizados”³⁸.

El deterioro emocional en este ámbito concreto es muy frecuente debido, en parte, precisamente a esa relación de confianza sobre la que se sustenta esta relación laboral³⁹, cobrando mayor interés, cuando las personas empleadas de hogar conviven en el mismo domicilio del empleador, ya que en muchas ocasiones es muy difícil diferenciar los tiempos de trabajo⁴⁰, situación que se acentúa más cuando se cuida de personas mayores.

Las propias tareas del hogar, unido a una deficiente organización pueden producir estrés y desgaste emocional, y derivar en problemas varios de salud como dolores de cabeza, problemas de insomnio y trastornos digestivos, entre otros.

También el hecho de que estas tareas se realicen de manera solitaria puede provocar sensación de aislamiento social, y afectar a la salud mental de quienes llevan a cabo estas funciones.

K. Acoso, maltrato y violencia

Se trata de riesgos psicosociales a los que también están expuestos quienes realizan tareas domésticas en el hogar ajeno, pudiendo sufrirlos por parte de quienes los contratan

37. Comisión Europea: *Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo. ¿La sal de la vida o el beso de la muerte?*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2000, p. 9.

38. Comisión Europea: *Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo. ¿La sal de la vida o el beso de la muerte?*, ob. cit., p. 10.

39. STS, Sala de lo Penal, sec. 1ª, S 17-05-2006, nº540/2006, rec. 605/2005. En este supuesto se encierra a la empleada de hogar en casa, tras haber manifestado esta su deseo de abandonar el trabajo, por dejar de percibir su remuneración mensual, donde recibía 100 euros como contraprestación por sus servicios. En este sentido se califica de “coacciones” la conducta de quien la somete a tal aislamiento.

40. Un ejemplo de ello es, tal y como se reconoce en la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 13 de diciembre de 2017, núm. 2046/2017, que reconoce accidente de trabajo a la hemorragia intracerebral acaecida en domingo, día de descanso de la actora. Es por ello que “no es ocioso resaltar el que la actividad profesional concertada no era solo la de cuidadora de personas mayores, sino al mismo tiempo y al unísono de empleada de hogar, con las tareas de limpieza y organización del hogar que las mismas conllevan, y que no es dable imaginar pudiera dejar por completo de realizarlas por el mero hecho de que el día en particular fuera domingo”.

o de cualquier otro miembro de la familia, y suponer, por lo tanto, riesgos para su seguridad y su salud física y mental.

Fue el Acuerdo Marco Europeo sobre la Violencia en el Trabajo de 26 de abril de 2007, donde se conceptuó el acoso como la “situación en la que una persona trabajadora de forma reiterada, de sometimiento a conductas que tienen como resultado o finalidad vulnerar su dignidad y crearle un entorno intimidatorio, ofensivo u hostil, sea acoso institucional, acoso moral, acoso discriminatorio o acoso sexual”⁴¹.

El Convenio 190 sobre la violencia y el acoso definió violencia y acoso en el trabajo como el “conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, incluyendo la violencia y el acoso por razón de género”⁴².

En cuanto a la violencia, ésta puede ser ejercida en forma física, como abusos sexuales⁴³ o ataques, y también en forma psicológica, como amenazas, intimidación, trato discriminatorio por razón de sexo, raza o religión, entre otros. Este tipo de conductas también están influenciadas por el mayor riesgo de vulnerabilidad que sufren quienes realizan trabajos domésticos⁴⁴, siendo más elevado cuando se trata de personas en situación irregular en España.

La exposición anteriormente destacada ha sido comentada de manera genérica y no se trata, por lo tanto, de una lista cerrada, pues dependiendo de las tareas a realizar por el puesto de trabajo pueden conllevar otros riesgos específicos⁴⁵. El cometido de la misma es simplemente mostrar algunos de los riesgos más frecuentes a los que se suelen enfrentar las personas empleadas en el hogar.

41. Ortiz-González-Conde, F. M.: “Salud laboral y perspectiva de género”, en Selma Penalva, A. (coord.): *Retos en materia de igualdad de género en el siglo XXI. Un análisis multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 228, accesible en <https://app--vlex--com.uma.debiblio.com/#sources/23797> (último acceso a 20 de noviembre de 2022).

42. Artículo 1 del Convenio 190 OIT.

43. Un ejemplo de ello es la SAP de Sevilla, de 25 de abril de 2018 (ROJ: SAP SE 374/2018, núm. rec. 5465/2021), donde se confirman los hechos probados de la ST de 22 de mayo de 2017 del Juzgado de Lo Penal número 5 de Sevilla. En ella el empleador de hogar aparece desnudo y con un delantal puesto, que se quita posteriormente y comienza a tocarse y dirigiéndose a la empleada de hogar, la empuja y comienza a frotarse sobre ella. Posteriormente tuvo que ser asistida por un ataque de ansiedad al centro médico al cual se dirigió tras abandonar el domicilio rápidamente. Finalmente fue condenado a dos años de cárcel, y a abonar una indemnización de 1.500 euros a la víctima de tal abuso.

44. Esta situación de vulnerabilidad es tan conocida que incluso hay quien, valiéndose de ofertas de empleo falsas para empleadas de hogar, ha cometido violaciones. Este es el caso de la SAP Navarra, de fecha 19 de enero de 2021, Número de recurso 579/2019, número de resolución 9/2021, ECLI: ES: APNA:2021:613. En ella el empleador, tras ofertar un puesto de trabajo como empleada de hogar interna, el 5 de agosto de 2018, queda con ella en el domicilio y la somete a tocamientos y prácticas constitutivas de un delito de agresión sexual.

45. <https://prevencion.activamutua.es/wp-content/uploads/2019/04/GUIA-TRABAJADOR-HOGAR-CAST.pdf>, último acceso a fecha 20 de marzo de 2023.

IV. 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

La presente norma ha sido objeto de diversos análisis recientes⁴⁶, debido a que ha supuesto un cambio significativo en esta relación laboral. Especialmente nos interesa la que opera en cuanto a la protección de la salud de las personas en su sentido más amplio, y de ahí enfocaremos nuestras observaciones al respecto.

A. INTRODUCCIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS A RAÍZ DEL REAL DECRETO-Ley 16/2022

Con el advenimiento de este Real Decreto, observamos algunas novedades que repercuten de manera directa en el ámbito de la prevención de riesgos del colectivo al que hacen referencia. Tal y como el mismo argumenta, “se debe de llevar a cabo la equiparación de condiciones, la eliminación de aquellos tratamientos diferenciales e injustificados que generan una desventaja concreta en los términos requeridos tanto por la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea como por el Convenio 189 de la OIT (...) evitando un posible planteamiento de nuevas cuestiones prejudiciales...”. Hemos de mencionar que la sentencia del TJUE de febrero de 2022, nos recordaba que no son compatibles las normas que “(...) sitúen 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”. Y en este caso, se trata de un sector fuertemente feminizado. Por lo tanto, “cualquier trato peyorativo no justificado debe considerarse constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo”, y procede así “clarificar a la luz de la doctrina del TJUE, qué aspectos de la normativa española (...) deben mantenerse en atención a las peculiaridades del sector, y qué preceptos, sin embargo, deben remodelarse o derogarse por ser constitutivos de discriminación indirecta”. Algunos de ellos, objeto de reforma, afectan precisamente a la LPRL.

El primer matiz que nos gustaría destacar es el referente a la supresión del artículo 3.4 LPRL, cuyo tenor literal era el que sigue: “tampoco será de aplicación (la presente Ley), a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. No obstante lo anterior, el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene”. La primera impresión de una lectura aislada respecto al conjunto del Real

46. Entre ellos, mencionamos a Alonso Arana, M. e Inda Errea, M.: “La equiparación de condiciones de las personas trabajadoras al servicio del hogar (análisis normativo RDL 16/2022, de 6 septiembre)”, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2022. También destacan las aportaciones de Ayala del Pino, C.: “La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre”, *Lex Social. Revista De Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 2, 2022, pp. 1-33.

Decreto-Ley nos puede inducir a pensar que ya no hay ninguna excusa para que se aplique con toda su plenitud al conjunto de personas empleadas de hogar.

Un segundo aspecto a resaltar es la incorporación de una disposición adicional decimoctava 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 ella se afirma 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 y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad”. Para ello, el Legislador da el plazo de seis meses para que se produzca el desarrollo reglamentario que sea preciso para que el Real Decreto-Ley se aplique. A la violencia se le otorga en este caso un tratamiento particular, por las propias peculiaridades del trabajo en sí, siendo una de ellas que la realización de la mayoría de las tareas tiene lugar en la casa del empleador. Aunque esto no ha impedido que fuera de esta también hayan tenido lugar episodios de violencia a lo largo de la historia⁴⁷.

De esta eliminación e introducción de preceptos de la LPRL, podemos deducir que la intención del Legislador es ahora mucho más contundente respecto a la aplicación de la norma para el colectivo, ya que anteriormente hablaba del deber genérico de “cuidar”, cuyas únicas consecuencias de incumplimiento eran la justa causa de dimisión.

Otra cuestión que nos vemos obligados a mencionar es la disposición adicional cuarta del mismo, que establece el plazo de seis meses también en esta ocasión, para la creación de una “Comisión para la integración de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales”, para que este elabore una propuesta para reformar el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales. Tal y como se establece en este último Real Decreto, la información de que se dispone muestra que “las deficiencias de protección a los trabajadores afectados por esta contingencia profesional, se derivan, en gran medida (...) de la falta de actualización de la lista de enfermedades (...)”. Por lo tanto, entendemos que la inclusión de esta Comisión afectará a la protección del colectivo y, por ende, también a la prevención de riesgos del trabajo. En la medida en la que el listado de enfermedades sea más exhaustivo, y permita un mejor análisis de las mismas, en consecuencia, también será mejor la prevención de sus riesgos en general.

Por último, consideramos también importante la disposición adicional sexta, sobre la acreditación de competencias. En ella se insta al Gobierno a desarrollar “políticas de formación y acreditación para las personas empleadas de hogar dedicadas al cuidado o atención de las personas miembros de la familia o de las personas que formen parte del ámbito doméstico y familiar, que tendrán en cuenta las particulares condiciones de trabajo en este sector y el perfil de las personas trabajadoras empleadas en

47. Martín Casares, A.: “La violencia contra las mujeres en el siglo XVI: un caso de violación en la provincia de Granada”, *Arenal. Revista de Historia de las Mujeres*, vol. 4, núm. 1, 1997, pp. 142-162.

el mismo". La consideración de relevante en cuanto a vinculación con el tema objeto de estudio viene determinada por la importancia que de manera genérica tiene la prevención de riesgos en las materias formativas. En la medida en que se fomente la formación, también cobrará importancia la parte vinculada al aprendizaje en PRL. Actualmente ya existen formaciones específicas para este colectivo, y a modo ejemplificativo, especialmente las concernientes al Título Profesional Básico en Actividades domésticas y Limpieza de Edificios, donde una de las temáticas a abordar es la de "asumir y cumplir medidas de prevención de riesgos y seguridad laboral en la realización de las actividades laborales evitando daños personales, laborales y ambientales"⁴⁸.

Hasta aquí las materias que, guardando relación directa con medidas preventivas en riesgos del trabajo, ha introducido el Real Decreto-Ley 16/2022. Hemos de esperar un poco más hasta ver cómo todas esas medidas se materializan. Una de las cuestiones más esperadas será ver cómo se desarrolla la disposición adicional decimoctava de protección a la violencia, atendiendo a las especificidades de la relación laboral, pues, a priori, no genera seguridad jurídica y cabe preguntarnos cómo serán esos mandatos concretos que se llevarán a cabo.

B. Propuestas de prevención de riesgos laborales

A continuación, haremos una clasificación del contenido preventivo actual de la LPRL, en función del grado de aplicación posible al conjunto de personas empleadas de hogar, y a raíz de ello elaboraremos algunas propuestas. Recordemos que la sentencia del TJUE hacía incidencia en que únicamente es posible hacer una diferenciación de trato si este está justificado, de ahí que algunas previsiones necesiten en nuestra opinión de adaptaciones. Lo haremos de manera no exhaustiva, ya que no se tratarán algunas medidas que no afectan al colectivo, siendo algunas de ellas: las referentes a obligaciones de fabricantes, importadores suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo; tampoco sobre establecimientos militares, ni cumplimiento de normativa de transporte, etc. Todo ello lo haremos según criterio propio, pues a enero del año 2023, únicamente contamos con directrices generales aportadas por el Real Decreto-Ley 16/2022 objeto de análisis, adelantando de antemano que para nosotros serán mayoritariamente de aplicación plena.

1. De aplicación plena

En este apartado englobaríamos todos aquellos aspectos preventivos y de intenciones que, a nuestro juicio, podrían aplicarse íntegramente sin necesidad de una adaptación de la LRPL, pues hacer lo contrario implicaría una discriminación no justificada.

48. Accesible en <https://www.todofp.es/que-estudiar/loe/servicios-socioculturales-comunidad/activ-domesticas-limpieza-edificios.html#que-aprender> (26 de noviembre de 2022 último acceso). En términos similares, podemos encontrar dicha información en ICUAL, accesible en [Cualificación - Incual \(educacion.gob.es\)](http://Cualificacion-Incual.educacion.gob.es) (8 de diciembre de 2022 último acceso).

En cuanto a principios genéricos, lo que realmente pretenden es un fin último, que es la salvaguarda de la vida de la persona trabajadora del hogar.

- a) Los principios generales relacionados con la prevención de riesgos del trabajo para la protección de la seguridad y la salud, la eliminación/disminución de riesgos, la consulta, información, participación equilibrada y formación de personas trabajadoras en materia preventiva, tal y como establece el artículo 2 LPRL. En este caso las particularidades no inciden en una diferenciación.
- b) Como objetivo de la política de PRL “la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigida a elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo” (art. 5 LPRL), también debe de mantenerse para personas empleadas en el hogar.
- c) En cuanto a los derechos de protección frente a los riesgos laborales (art. 14 LPRL), también se incluirían aquí: la protección eficaz de la seguridad y salud; deber del empresario frente a los riesgos; derecho a la información, participación y consulta, como también a la formación, paralización de la actividad si se produjesen situaciones de riesgo grave e inminente y vigilancia del estado de salud.
- d) También los principios de la acción preventiva enumerados en el artículo 15 LPRL deberán guiar las prácticas preventivas: evitar, evaluar y combatir los riesgos, adaptación del trabajo a la persona, sustituir los elementos peligrosos por los que impliquen poco o ningún peligro, hacer una planificación de la prevención, así como dar instrucciones debidas a las personas empleadas en el hogar.
- e) Formación en materia preventiva (art. 19). Se establece una formación teórica y práctica, cuyo coste nunca deberá ser a cargo de la persona trabajadora, pudiendo impartirse por medios propios o concertados. Como derecho genérico no debería de presentar problemas de aplicabilidad, pero en relación a la particularidad de que su ejecución no conllevara un aumento económico para la figura de la persona empleadora, propondríamos la mancomunidad de una cuota simbólica o “cuota cero”, cuyos gastos los soportase el Estado.
- f) Todas aquellas obligaciones genéricas para las personas trabajadoras en materia preventiva: velar por su seguridad, uso adecuado de aparatos y herramientas, utilización correcta de los EPIS, informar de todas aquellas situaciones de riesgo, contribuir al cumplimiento de obligaciones relacionadas con la seguridad y salud, cooperar para que se garantice la seguridad y salud, así como la previsión, de los incumplimientos relacionados con estas cuestiones pueden ser objeto de sanción.
- g) Protección a los menores. No se observa que se deban de aplicar otros criterios distintos a los que la LPRL hace referencia en cuanto a evaluación de puestos de trabajo y riesgos específicos que estos puedan presentar para los menores, y tampoco frente al deber de informar a las personas que ostenten su representación legal de dichas contingencias.

- h) Protección a la maternidad. Consideramos que debe de aplicarse íntegramente. Como en el resto de colectivos, en primer lugar, se debe considerar todo aquello que pueda influir de manera negativa a la salud de la mujer o del feto. En segundo lugar, la adaptación de las condiciones de trabajo si estas afectasen a la trabajadora, o el cambio de puesto de trabajo o asignación de funciones diferentes. Como esto último no va a ser objetivamente posible en la inmensa mayoría de los casos de las empleadas de hogar, por ser tareas muy concretas para las que esta fue contratada, en última instancia la norma protege a la futura madre a que su contrato sea suspendido y pase a situación de riesgo por embarazo.
- i) En cuanto a la protección de trabajadores especialmente sensible a determinados riesgos, en este caso, la persona empleada de hogar debe de garantizar su protección frente a los riesgos, y tener en cuenta sus características personales, sin que esté justificado un trato distinto en esta relación laboral.
- j) Respecto a la nueva disposición adicional decimoctava de la LPRL, sobre la prevención de la violencia contra las mujeres, proponemos una serie de medidas que, de manera general, podrían coadyuvar al cumplimiento de la misma:
 - Creación de protocolos, donde se establezcan pautas concretas a seguir en caso de que se den indicios reales de violencia en la relación laboral.
 - Buzón de quejas, recomendaciones y sugerencias en esta materia, para conocer cuál es la percepción de la situación del colectivo y poder establecer puntos de mejora.
 - Creación de un Comité Técnico u organismo especializado que contribuya tanto a la formación e información en prevención de acoso y violencia en este ámbito doméstico, y también encargado de la planificación de la activación de los protocolos anteriores, y de la gestión de los mismos cuando se tenga conocimiento de situaciones de posible violencia.

2. *Aplicabilidad con matices*

En este caso, se deben de atender a las especiales características de la relación laboral objeto de nuestro análisis, pues una aplicación total sin una adaptación para el colectivo carecería en algunos casos de sentido, y en otros, dicha remodelación ayudaría a la simplificación y aclaración de la norma para las partes implicadas. Estas diferenciaciones están justificadas por las peculiaridades que presenta esta relación laboral especial.

- a) Plan de prevención, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva (art. 16 LPRL). Consideramos que es de vital importancia, en general, cualquier ámbito donde tienen lugar cualquier tipo de relación laboral, pero en este caso, el desarrollo reglamentario debería establecer ciertos matices. Si la planificación implica “determinar medidas a implantar para eliminar,

reducir y controlar riesgos, incluyendo la designación de responsables para llevarlas a cabo, los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución y seguimiento, así como los plazos para su implantación”, en este ámbito concreto los recursos humanos están muy delimitados al binomio persona empleada-persona empleadora. También es cierto que, en el plan de prevención de riesgos, nuestra LPRL establece que se debe incluir estructura organizativa, responsabilidades, funciones, prácticas, procedimientos, procesos y recursos necesarios para llevar a cabo acciones preventivas en “los términos que reglamentariamente se establezcan”, por lo que no pueden ser los mismos que en el caso del empleo doméstico, ya que estos toman como referencia siempre a la empresa como ámbito de aplicación. Se debe tener en cuenta que el “centro de trabajo” es el propio hogar.

- b) Uso de equipos de trabajo y medios de protección. Son medios de gran valor en todo centro donde tienen lugar relaciones laborales, siendo el empresario quien “adoptará medidas necesarias (...) para que los equipos de trabajo sean adecuados (...) y que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores al utilizarlos”. También concreta la norma que, en el caso de que estos presenten un riesgo específico, sea él mismo quien limite el manejo a “los encargados de dicha utilización”. En este supuesto tan particular, esos encargados tienen un nombre más concreto, esto es, la persona empleada de hogar. De otro lado, en el supuesto de delimitar esos equipos y medios de protección, la lista sería más reducida para el ámbito doméstico y se podría facilitar para las personas empleadoras.
- c) Información, consulta y participación de las personas trabajadoras (art. 18 LPRL). En cuanto al deber de suministrar información de riesgos existentes para la seguridad y salud, y de las medidas y actividades de protección y preventivas, no presentaría ninguna particularidad. Lo que sería incongruente es que las consultas a trabajadores y propuestas al empleador se hicieran por la vía del capítulo V (Comités de Empresa, Delegados de Personal, Delegados de Prevención, etc.), pues en el caso de esta relación laboral especial, no se superarán nunca ciertos límites mínimos de trabajadores por lo que deban de quedar estas figuras implantadas en la empresa. La ausencia de estas figuras de representación para el colectivo de empleados en el hogar incide también en el vacío de negociación colectiva. Una simplificación del proceso ayudaría a ambas partes de esta relación laboral.
- d) En cuanto a los servicios de prevención, consideramos que la LPRL debería de ser mucho más concreta para la relación laboral de la que hablamos, ya que la asignación “de uno o varios trabajadores (...) para la realización de las actividades de prevención” va a estar limitado a la persona empleada de hogar en cuestión. Concretamente se va a necesitar en la inmensa mayoría de los casos, de un agente especializado, con los conocimientos técnicos suficientes llevar a cabo tareas relacionadas con el diseño, implantación y aplicación del plan de prevención, y aquellas contenidas en el artículo 31.3 LPRL.

Para una mejor aplicación integral de la LPRL, proponemos una serie de recomendaciones básicas, que a nuestro modo ver, ayudarían al respecto:

- En este sentido, consideramos que es necesaria la potenciación de una cultura de la prevención, para que los sujetos integrantes de esta relación laboral no infravaloren esos riesgos existentes. El impacto de la misma debería de permitir que ambas partes de la relación fueran conscientes y conocedoras de su importancia.
- Establecimiento de manuales de formación e información de PRL contra riesgos específicos del puesto de trabajo, en función de las distintas tareas a realizar, donde se concreten de la manera más pormenorizada posible, las potenciales contingencias. Junto con la acreditación de competencias que el propio Real Decreto-Ley introduce, pueden contribuir notablemente a la formación en PRL.
- Implicación del Estado, a través de la vía de la aportación de recursos humanos, materiales o económicos. Si fuera necesario, contribuyendo a sufragar parte de los gastos que ocasione la debida implantación de un plan preventivo para las personas empleadas de hogar, o cualesquiera otras medidas que para dar cumplimiento a la norma de LPRL, sean necesarias de llevar a cabo.

3. De difícil aplicación sin una importante reformulación y concreción de medidas

Bajo este epígrafe podríamos encuadrar todas aquellas cuestiones que, bajo nuestro punto de vista, no sería posible aplicar a las personas empleadas en el hogar si no se efectúan importantes adaptaciones, de mayor magnitud que las anteriores.

Aquí incluiríamos las facultades con las que cuenta la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que tienen que ver con ejercicio de sus funciones de vigilancia y cumplimiento de la normativa sobre la materia. Concretamente hay dos aspectos difíciles de materializar, a priori:

- a) Paralización de los trabajos. Desde una visualización interna, encontramos alusiones de la normativa en el artículo 14.1 LPRL, contemplado como un derecho de los trabajadores, y en el 21.3 de la misma norma, donde contempla la posibilidad de que los mismos representantes legales por mayoría acuerden la detención de dichos trabajos en caso de que el riesgo sea tanto grave como inminente, y que el empresario no adopte o no permita las medidas necesarias para garantizar la seguridad. En este caso, la norma debería de hacer una simplificación, ya que no vamos a encontrar en esta relación representantes legales de los trabajadores dentro de un mismo hogar. Desde una visualización externa, queda regulado en los artículos 9.1 f) y 44 LPRL. Consiste en este último supuesto en detener aquellos trabajos cuando se produzca una inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, y esto lleve consigo un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de

los trabajadores. Esta tarea es ejercida por parte de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, lo que implicaría que se pudiese verificar dicha gravedad en el mismo domicilio particular.

- b) Suspensión o cierre del centro de trabajo. La norma establece, que el Gobierno o los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, si existen “circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, podrán acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado, o cierre del centro de trabajo”. Si entendemos el centro de trabajo como el propio hogar familiar, se debería de constatar que dichas infracciones están teniendo lugar en el mismo domicilio. El cierre del centro de trabajo en sí no sería posible, pero sí la suspensión, si la gravedad de dichas circunstancias queda acreditada.

El principal problema para que la Inspección pueda llevar a cabo estas dos facultades, es que no es factible que estas comprobaciones puedan llevarse a cabo en el hogar donde se realiza dicha relación laboral, precisamente porque no es posible la entrada a un domicilio privado sin el consentimiento del titular del mismo.

Es cierto que para que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pudiera realizar de manera plena sus funciones de control del cumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales, en algunas ocasiones conlleva que se pudiera constatar “in fraganti”. Pero a pesar de todo ello, y aunque se produzca una contraposición de derechos de las personas trabajadoras *versus* inviolabilidad del domicilio e intimidad del empleador, ello no es obstáculo para que se puedan tomar medidas específicas desde las que poder abordar la situación, a través de otras estrategias consensuadas, similares a las tomadas en otros países. Algunas propuestas serían: el envío de información y formación para los propios empleadores, incentivos en la participación del cumplimiento de las normas, acuerdos voluntarios para facilitar la inspección, y todo ello con el objetivo de crear una verdadera cultura preventiva y concienciación de los riesgos y de la importancia del cumplimiento de la norma. Aunque no constituyan la panacea para solucionar el problema, sí que pueden ser parte de la solución.

- c) Otra cuestión de compleja aplicación sería la determinación de la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, pudiendo estas, en general, dar lugar a responsabilidades administrativas, penales y civiles por daños y perjuicios, y también al recargo de prestaciones compatible con las anteriores. A modo de inciso, podemos mencionar que antes de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley encontramos numerosas sentencias donde se eximía al empleador de toda responsabilidad una vez acaecido un accidente de trabajo⁴⁹. A pesar de ello hemos

49. Entre otras, una de las sentencias que excluían de responsabilidad al empleador es la del TSJ de las Islas Canarias, de 27 de noviembre de 2015 (JUR 2016\42997) donde a una empleada de hogar le cae en la cara un líquido de limpieza mientras realizaba sus tareas domésticas cotidianas, y el Tribunal razona que al no ser de aplicación la LPRL,

de decir que la responsabilidad civil para las personas empleadoras de hogar sí que era ya aplicable antes de este cambio normativo, pues lo que pretende es el resarcimiento por daños y perjuicios si se verifica que ha existido dicha culpa. Respecto a la responsabilidad penal, la encontraríamos no en la propia LPRL, sino en el propio Código Penal cuyos artículos 316 y 317 hablan de las infracciones a esas normas de prevención de riesgos. Una vez desaparecida la exclusión de no aplicación de la LPRL, un primer impulso es pensar que ya no hay motivos para su no aplicación. Sin embargo, cabría preguntarnos si para aplicar esa LPRL habría que reformar también otras normas para que se aplicase íntegramente la responsabilidad en materia administrativa (a modo de ejemplo, algunos preceptos que dan lugar a infracción son la falta de limpieza del centro de trabajo, no comunicar en tiempo y forma a la autoridad laboral la apertura y reanudación de la actividad del centro de trabajo cuando ha habido alteraciones importantes en el mismo) y también el recargo de prestaciones (por incumplimiento empresarial en materia de seguridad y salud).

Además de lo anteriormente expuesto encontramos otros argumentos para que se produzca una adaptación importante de la norma, donde se puedan “remodelar” (tal y como establecía la propia sentencia del TJUE) y se especifiquen las responsabilidades a aplicar con los cambios oportunos, teniendo en cuenta las peculiaridades de esta relación laboral, pues tanto la complejidad de la materia como las propias consecuencias que derivan de la misma, así lo requieren. El primero de ellos es la constante alusión al término “empresario”, ya no únicamente en la LPRL, pues también en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, surgiendo la duda de si en estos casos también se considera así al empleador de hogar, o únicamente a quien obtiene un beneficio económico. El segundo es que cuando el legislador lo vio oportuno, sí que mencionó de forma expresa a los empleados de hogar para excluirlos de determinadas responsabilidades, abandonando así el término genérico “empresario”, cuyo ejemplo encontramos en el artículo 251.c) 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, resaltando que “con respecto a las contingencias profesionales del Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 167 (responsabilidad en orden a las prestaciones)”. Otro ejemplo de esa exclusión de responsabilidad es la

“no existe evidencia alguna del incumplimiento de sus obligaciones de seguridad e higiene”. Otra de ellas es la STSJ de Cataluña, de 4 de diciembre de 2019 (AS\2020\962), donde la empleada de hogar pierde la vida al limpiar un tendedero de la vivienda y no hay responsabilidad de la familia por incumplimiento de la LPRL, no constando negligencia o culpa de los empleadores al “faltar el presupuesto de la culpabilidad del supuesto responsable”. En la sentencia del TSJ de Islas Baleares de 3 de noviembre de 2005, Sala de lo Social Número de resolución 1281, número de recurso 371/2005 (ECLI:ES:TSJBAL:2005:1281) la empleada de hogar cae desde una ventana de la vivienda hacia el exterior, tras recibir órdenes de limpiar los cristales. En ella es difícil concluir que dicho accidente se debió al incumplimiento del cabeza de familia, además que en esta relación especial no se pueden exigir el conjunto de obligaciones establecidas en la LPRL. No se admite, por lo tanto, indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente sufrido.

que hace el artículo 168 del mismo Real Decreto Legislativo, pues “no habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar el titular de un hogar respecto a su vivienda”.

Es por todo ello, que para que se aplique en su integridad el régimen de responsabilidades y sanciones que promulga la LPRL, y sea de aplicación lo preceptuado en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, a nuestro modo de ver, debería de haber algún tipo de adaptación importante de la norma, donde se pudieran concretar obligaciones y sanciones, teniendo en cuenta el lugar concreto donde se desarrolla esta relación laboral, quiénes son los sujetos implicados y cuáles son las tareas concretas que se llevan a cabo.

V. CONCLUSIONES

Diversos acontecimientos acaecidos durante el año 2022, y acelerados por la sentencia del TJUE sobre el Asunto C-389/20, han provocado que el Real Decreto-Ley 16/2022 viera la luz el 8 de septiembre del mismo año. Todo ello ha ocasionado que se hayan introducido algunas enmiendas en cuanto a la prevención de riesgos laborales del colectivo en cuestión, suponiendo el pistoletazo de salida para equiparar los derechos de Seguridad y Salud. En primer lugar, se ha eliminado la supresión del artículo que prohibía expresamente la aplicación de la LPRL, también se han introducido la creación de una comisión para la integración de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales, y se ha hecho especial consideración a 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 y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad”. Aunque tengamos que esperar algunos meses para ver cómo queda finalmente esa protección en cuanto a PRL, todo parece en principio indicar, que ya no hay excusas para no aplicar la LPRL. La cuestión se torna más compleja cuando la propia norma es analizada. Encontramos preceptos jurídicos, como principios básicos sobre obligaciones y derechos básicos, que no presentan complejidad en que sean aplicados “erga omnes”. Sin embargo, hallamos otros conceptos de la norma que deberían ser aplicados, con pequeñas correcciones o matices por parte del legislador, concretamente las relacionadas con el Plan de Prevención y la actividad preventiva, el uso de equipos de protección, etc., pues una aclaración simplificaría su adopción y entendimiento a los destinatarios. Existen otras obligaciones que requieren de algo más que pequeñas adaptaciones, pues las materias que tratan presentan a veces colisión con otros derechos, y en otras resultan de muy dudosa aplicación si su redacción no se modifica. En este último caso estamos hablando del papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (paralización de trabajos y suspensión o cierre de centro de trabajo) y su incompatibilidad con los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar de la empleadora. Esa justificación de

trato diferenciado, en este caso está justificada precisamente por el ámbito donde tienen lugar esas relaciones laborales, esto es, el propio domicilio. En este último grupo también hemos incluido las responsabilidades a las que normalmente se encuentran expuestos los empresarios en general (siendo más polémicas la administrativa y el recargo de prestaciones), en cuanto a incumplimiento en materia preventiva, ya que encontramos justificaciones para tener ciertas dudas. A esto también se une que precisamente tanto la LISOS como la LGSS en ocasiones hable de empresario y en otras, sin embargo, de "titular del hogar".

Una vez establecida la clasificación en cuanto a materias preventivas, se han construido algunas propuestas básicas, en función del grado de aplicación actual, tal cual se encuentra la normativa de PRL, a sabiendas de que una vez se haya producido ese esperado desarrollo normativo pudiera o no coincidir con el análisis aquí realizado.

Bibliografía

- Abad Tejerina, P.: "Los empleados del hogar en caso de separación, divorcio o ruptura familiar y supuestos de extinción de la relación laboral", en Ortega Burgos, E. y Echevarría de Rada, T. (coords.): *Derecho de Familia 2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 11-26, accesible en <https://www-tirantonline-com.uma.debiblio.com/tol/documento/show/9141389?librodoctrina=18929&general=salud%20en%20empleados%20de%20hogar>.
- Alonso Arana, M. e Inda Errea, M.: "La equiparación de condiciones de las personas trabajadoras al servicio del hogar (análisis normativo RDL 16/2022, de 6 septiembre)", *Aranzadi Digital*, núm. 1, 2022.
- Ayala del Pino, C.: "La Prevención de Riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar", *Saberes: Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, núm. 5, 2007, pp. 1-19.
- Ayala del Pino, C.: "La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre", *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 2, 2022, pp. 1-33. DOI: [10.46661/lexsocial.7364](https://doi.org/10.46661/lexsocial.7364).
- Bellido González del Campo, C.: "Un cambio de paradigma en la legislación española. Adaptación a la Convención de Nueva York 2006", en Martínez González, A. J. (coord.): *Etnicidad, identidad y ciudadanía. Las sociedades de ayer y de hoy*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 437-453.
- Espuny Tomás, M. J.: "El servicio doméstico: Historia de una exclusión jurídica continuada", en Espuny Tomás, M. J. y García González, G. (coords.): *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 27-56.
- García González, G.: "Derechos sociales y empleados del hogar: Reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España", *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 83-104.
- García Testal, E.: "La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España", *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, pp. 93-112.
- Lousada Arochena, J. F.: "Prevención de riesgos en el trabajo a distancia" en Sagardoy de Simón, I. y Núñez-Cortés Contreras, P. (dirs.): *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 63-84.
- Martín Casares, A.: "La violencia contra las mujeres en el siglo XVI: un caso de violación en la provincia de Granada", *Arenal. Revista de Historia de las Mujeres*, vol. 4, núm. 1, 1997, pp. 142-162.

- Ortiz-González-Conde, F. M.: "Salud laboral y perspectiva de género", en Selma Penalva, A. (coord.): *Retos en materia de igualdad de género en el siglo XXI. Un análisis multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 217-230.
- Otxoa Crespo, I.: *La Seguridad Social del empleo doméstico: evolución y perspectivas* [Tesis doctoral], Universidad del País Vasco, Leioa, 2012.
- Quesada Segura, R.: "El contrato de servicio doméstico en la legislación de Trabajo", en *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 29-48.
- Quintero Lima, M. G.: "Salud laboral de las empleadas de hogar: una aproximación de urgencia", en Blázquez Agudo, E. M. (dir.): *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Universidad Carlos III de Madrid-Instituto Estudios de Género, Madrid, 2017, pp. 96-104.
- Sala Franco, T.: "La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1986, pp. 284-315.
- Sanz Sáez, C.: "La exclusión de la prevención de riesgos laborales de la relación laboral especial del trabajo doméstico: análisis crítico de las posibles razones", *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, pp. 79-102. DOI: [10.1387/lan-harremanak.22126](https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22126)
- Sanz Sáez, C.: "Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores", *Lan Harremanak*, núm. 45, 2021, pp. 138-161. DOI: [10.1387/lan-harremanak.22805](https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22805)
- Sempere Navarro, A. V. et. al: *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.
- Sendín Blázquez, A.: *El régimen especial de la Seguridad Social de empleados de hogar: cuestiones sobre su integración en el régimen general de la misma*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- Zoco Zabala, C.: "¿Hacia una reformulación de la inviolabilidad del domicilio?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 121, 2021, pp. 169-195. DOI: [10.18042/cepc/redc.121.06](https://doi.org/10.18042/cepc/redc.121.06)



Cuatro conflictos derivados de la relación entre los principios de la Seguridad Social y la protección de los trabajadores informales en Lima, Perú

FOUR CONFLICTS DERIVED FROM THE RELATIONSHIP BETWEEN THE PRINCIPLES OF SOCIAL SECURITY AND THE PROTECTION OF INFORMAL WORKERS IN LIMA, PERU

Luis Reynaldo Chávez Lara

Maestrando en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

luisreynaldo.chavez@unmsm.edu.pe 0000-0002-8382-7323

Recibido: 04.02.2023 | Aceptado: 19.04.2023

RESUMEN

El objeto de estudio de la presente investigación será la relación que se establece por la aplicación de los principios de universalidad y solidaridad de la Seguridad Social y la protección de los trabajadores informales en la ciudad de Lima (Perú) con cuatro conflictos socio-jurídicos derivados de la misma. Para ello se analizaron distintos materiales, entre ellos, instrumentos normativos vigentes y derogados de esta nación, Convenios y Recomendaciones, doctrina especializada, datos estadísticos proporcionados por la Organización Internacional del Trabajo, así como fuentes proporcionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú. La discusión se desarrolla en las tres partes en las que se divide el artículo. En la primera se desarrolla lo referido a los conceptos de universalidad y solidaridad y su positivización en el derecho constitucional peruano; en la segunda la definición del trabajo informal e información estadística, y; en la tercera los resultados, que vienen a ser las conclusiones donde se sintetizan los conflictos identificados.

ABSTRACT

The object of study of this research will be the relationship established by the application of the principles of universality and solidarity of social security and the protection of informal workers in the city of Lima (Peru) with four derived socio-legal conflicts of the same. To this end, different materials were analyzed, including current and repealed regulatory instruments of this nation, Conventions and Recommendations, specialized doctrine, statistical data provided by the International Labor Organization, as well as sources provided by the Ministry of Labor and Employment Promotion of the Peru. The discussion takes place in the three parts into which the article is divided. In the first, what is referred to the concepts of universality and solidarity and its positivization in Peruvian constitutional law is developed; in the second,

PALABRAS CLAVE

Principio de universalidad
Principio de solidaridad
Trabajo informal
Seguridad Social
Protección social

KEYWORDS

Principle of universality
Principle of solidarity
Informal work
Social Security
Social protection

the definition of informal work and statistical information, and; in the third, the results, which come to be the conclusions where the identified conflicts are synthesized.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LA UNIVERSALIDAD Y LA SOLIDARIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - A. Instrumentos internacionales e informalidad laboral
 1. 1. *El Convenio 102 de la OIT*
 2. 2. *La Recomendación 202 de la OIT*
 3. 3. *Ratificación y observaciones del Perú*
 - B. Positivización constitucional de la universalidad y de la solidaridad, estado actual y consecuencias
 - C. Contribuciones doctrinarias sobre los principios
 - III. LOS TRABAJADORES INFORMALES DE LIMA Y LA SEGURIDAD SOCIAL
 - A. Definición de economía y trabajo informal de la OIT
 - B. Contribuciones doctrinarias sobre los trabajadores informales
 - C. Consecuencias socio-jurídicas para los trabajadores informales
 - D. Trabajadores informales en Lima
 - IV. CONCLUSIONES
 - A. Universalidad *versus* seguridad social progresiva
 - B. Formales que aportan *versus* informales que se benefician
 - C. Solidaridad *versus* el sistema privado de pensiones
 - D. Falta de cultura previsional *versus* condiciones de subsistencia
- Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, la tasa de empleo informal es aproximadamente del 75%, y, de acuerdo con el Tablero Interactivo del Empleo Informal extraído de la Encuesta Nacional de Hogares, para el año 2020 el 58% del empleo en Lima Metropolitana se desarrolló de manera informal. Un porcentaje por demás preocupante. Esto quiere decir que las prestaciones de la Seguridad Social que se hacen manifiestas a través de la salud y las pensiones que se les podrían otorgar en casos de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o la muerte de un individuo, no cuentan con una fuente de financiamiento que provenga de manera directa de estos beneficiarios.

Estudiar este fenómeno obliga a analizar la aplicación de los principios de universalidad y solidaridad de la Seguridad Social y los posibles conflictos que nacen producto de la relación que se establece entre estos y la protección de sus trabajadores informales, en particular de aquellos que habitan en la ciudad de Lima (Perú) dada su relevancia numérica respecto de las otras provincias.

Para desarrollar esta problemática, en un primer momento se examinarán los principios de solidaridad y universalidad desde su origen, reconociendo su dimensión doctrinaria, así como su positivización constitucional, definiéndolos, y partiendo de

dos premisas. La primera referida a que su aplicación consiste en que toda la población debe contribuir al financiamiento de la Seguridad Social, y, la segunda, que esta, aunque progresiva, debe ser para todos los ciudadanos de un Estado. Un acercamiento inicial nos lleva a preguntar, ¿sucede esto en el Perú, particularmente en Lima? La respuesta es no.

Y es que, atendiendo al principio de solidaridad, de acuerdo con información estadística vigente, los trabajadores formales contribuyen a este sistema redistributivo solo en un 25%. En cuanto a la universalidad, si bien desde hace unos años se viene ampliando la cobertura de las prestaciones sin distinción de la situación laboral, vale la pena diferenciar entre aquellos que aportan de los que no, dado que existen trabajadores informales que, en aplicación de este principio, las reciben.

En un segundo momento se revisará la definición de economía y de trabajo informal proporcionadas por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y por la doctrina, para culminar con el análisis estadístico de la situación de los trabajadores informales de Lima Metropolitana.

En síntesis, el objetivo principal de la investigación será el análisis de las consecuencias socio-jurídicas y la identificación de cuatro situaciones conflictivas respecto de la aplicación del principio de universalidad de la Seguridad Social teniendo en cuenta las prestaciones y coberturas a las que, a pesar de que en la mayoría de los casos no realizan aportes directos y en uso del principio de solidaridad, acceden los trabajadores informales de la ciudad de Lima.

La metodología utilizada para desarrollar esta investigación fue mixta, dado que se acudió a fuentes cuantitativas y cualitativas, y, en cuanto a las técnicas, se utilizó el análisis documental.

Por último, la identificación de estos conflictos supone su superación, por ello resulta de vital relevancia hacerlos visibles debido a que la informalidad laboral es una de las principales enemigas de la sostenibilidad de la Seguridad Social en el país.

II. LA UNIVERSALIDAD Y LA SOLIDARIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A. Instrumentos internacionales e informalidad laboral

1. *El Convenio 102 de la OIT*

Han transcurrido casi 70 años desde que la Conferencia General de la OIT suscribió el Convenio 102, Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima)¹, sin embargo, su influencia sigue siendo determinante para delinear los sistemas de Seguridad Social de una diversidad de países alrededor del mundo.

Este Convenio tiene por objetivo que se implementen sistemas de Seguridad Social básicos, o como su nombre lo indica, se trata de una norma mínima para garantizar

1. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102.

determinado nivel de protección para los asalariados o residentes de aquellos Estados que lo ratifiquen.

Por ende, resulta ser un documento fundamental para la regulación internacional en materia de Seguridad Social debido a que, en su carácter universal, esta no debe hacer distinción entre los habitantes de los Estados Miembros. Ejemplo de ello es que su contenido hace constante referencia a los asalariados como a los residentes. Los asalariados no merecen mayor atención para los objetivos presentes. Caso distinto son los denominados residentes. En el artículo 1° los definen: “(b) el término residencia significa la residencia habitual en el territorio del Miembro, y el término residente designa a la persona que reside habitualmente en el territorio del Miembro”.

Esto quiere decir que aquellos Estados que lo ratifiquen, en todo o en parte, deben diseñar o adecuar sus sistemas de Seguridad Social a fin de que eviten la discriminación entre nacionales y extranjeros, o entre trabajadores asalariados y trabajadores informales. Sobre estos últimos, es de conocimiento que un gran número no realizan aportes directos a la Seguridad Social, vulnerando el principio de solidaridad, del cual nos ocuparemos más adelante.

2. La recomendación 202 de la OIT

Después de 1952, año de nacimiento del Convenio 102, otro hito importante se dio en el 2012, fecha en que se firmó la Recomendación sobre los pisos de protección social, también denominada Recomendación 202 de la OIT². Lo primero que se debe resaltar de este documento es que reafirma que el derecho a la Seguridad Social es un derecho humano, y que, junto a la promoción del empleo, es también una necesidad económica y social para el desarrollo y el progreso. Por otro lado, reconoce que la Seguridad Social es una herramienta importante para apoyar la transición del empleo informal al formal, a la vez que en su artículo 3° e) establece como un principio a la inclusión social, “en particular de las personas que trabajan en la economía informal”.

El artículo 15°, reafirmando lo anterior, exhorta a que la extensión de la Seguridad Social debe aplicarse a las personas que desarrollan sus actividades no solo en la economía formal, sino que también debe aplicarse a aquellos que las realizan informalmente. En esta línea, el artículo 4° señala los pisos de protección social que los Estados Miembros deben establecer, los mismos que se pueden resumir en asegurar que, durante su vida, “todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención en salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional”.

El artículo 3° a) merece especial atención pues reconoce el principio de “universalidad de la protección, basada en la solidaridad social”.

2. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524.

- Universalidad de la protección: en el sentido de que la Seguridad Social debe alcanzar a todas las personas en materia de salud (esencial) y un ingreso que asegure la subsistencia (pensiones).
- Basada en la solidaridad social: en el sentido de que todos, sin distinción ni privilegios, deben aportar al sostenimiento de la Seguridad Social.

Sobre este último punto, el 3°.h) anota: “solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de Seguridad Social”. Aquí encontramos el *primer conflicto* entre “aquellos que financian” y “aquellos que se benefician”, puesto que la economía formal es quien asume la carga de sostener de manera directa al grueso de beneficiarios, entre ellos a los trabajadores informales, quienes, a pesar de no realizar aportes, solidariamente reciben la protección social que los Estados Miembros se comprometieron en brindar.

3. Ratificación y observaciones del Perú

Respecto del Convenio 102, en el año 1962, el Perú ratificó cuatro de sus nueve prestaciones. Veamos la Tabla 1:

Tabla 1.

Partes del Convenio 102 ratificadas por el Perú.

Partes del Convenio	Contingencia	¿Ratificado?
Parte 2	Asistencia Médica	Sí
Parte 3	Prestaciones Monetarias de Enfermedad	Sí
Parte 4	Prestaciones de Desempleo	No
Parte 5	Prestaciones de Vejez	Sí
Parte 6	Prestaciones en Caso de Accidente del Trabajo y de Enfermedad Profesional	No
Parte 7	Prestaciones Familiares	No
Parte 8	Prestaciones de Maternidad	Sí
Parte 9	Prestaciones de Invalidez	Sí
Parte 10	Prestaciones de Sobrevivientes	No

La adopción de estas cuatro prestaciones produjo dos consecuencias:

- Una consecuencia social: la cual causó que el Estado debiera asumir obligaciones respecto de aquellos que residían en el interior de su territorio, incluidos los trabajadores informales, y;
- Una consecuencia jurídica, que derivó en la positivización de los principios de la Seguridad Social en los textos constitucionales.

B. Positivización constitucional de la solidaridad y de la universalidad, estado actual y consecuencias

Al entrar en vigencia la Constitución de 1979, la Seguridad Social pasó a formar parte de los derechos fundamentales reconocidos por el Estado. Su artículo 12° señalaba que este “garantiza el derecho de todos a la Seguridad Social”. Se acudió aquí a la adopción del principio de la universalidad, incluso enumerando una lista de posibles contingencias que debían ser cubiertas. En su artículo 13° se detallan: “(...) riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad, y cualquier otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a ley”. Es decir, acorde con el régimen económico establecido en ella -la economía social de mercado-, el Estado garantizaría, por lo menos, las coberturas mínimas y necesarias para cubrirlas.

Solidariamente, la institución autónoma descrita en el artículo 14°, que tendría a su cargo la Seguridad Social, sería financiada por tres actores: los empleadores, los asegurados y el Estado. Sin duda, este último incluye a los trabajadores informales, los cuales, si bien en la mayoría de los casos no son aportantes directos, de alguna manera contribuyen al sostenimiento del sistema, dado que la economía informal hace uso de bienes y servicios, muchos de ellos generadores de renta, lo cual nos lleva a la conclusión de que en algún momento del circuito económico las líneas de la formalidad y de la informalidad que en apariencia son paralelas, llegan a unirse, para finalmente derivar en tributación, la misma que financia el acceso de los informales a las prestaciones de la Seguridad Social.

Cuando la Constitución de 1993 hizo su aparición cambiaron las reglas. A diferencia de su antecesora del 79, la nueva *norma normarum* ya no garantizaría la Seguridad Social, sino, tal y como la redactaron sus constituyentes en su artículo 10°, solo la reconocería. Pero este “reconocimiento” vino acompañado de otras modificaciones. Si bien en 1979 se detallaba la lista de contingencias, a partir de 1993 estas serían precisadas por ley. Esta modificación en la redacción no se debe pasar por alto, dado que existen posiciones que problematizan en torno al texto constitucional en el referido artículo³. Literalmente este artículo señala:

Artículo 10.- Derecho a la Seguridad Social

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social, para su protección frente a las contingencias que precise la Ley y para la elevación de su calidad de vida.

Es decir, de garantizar el derecho de todos a la Seguridad Social, se pasó a reconocer su derecho universal y progresivo. He aquí el *segundo conflicto*, la contradicción que se presenta entre el principio de universalidad con el carácter progresivo, pero aun limitado de la Seguridad Social. Por otro lado, de identificar taxativamente las

3. Abanto, C.: “La informalidad, los trabajadores independientes y los regímenes previsionales”, en *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2014, p. 786; y Toyama Miyagusuku, J. y Ángeles Ilerena, K.: “Seguridad social peruana: Sistemas y perspectivas”, *THEMIS, Revista de Derecho*, núm. 48, 2004, pp. 200-201.

contingencias a nivel constitucional, se pasó a descartar la lista y se decidió que estas sean definidas por ley.

Con relación al primer punto, nuestra posición es que, atendiendo a la complejidad social del territorio, población, a la deficiente cultura previsional en el país y a la volatilidad de la economía, esta parte del artículo no hizo otra cosa que sincerar la imposibilidad estatal de garantizar la Seguridad Social, por lo cual, ahora se debe hacer de forma progresiva, pero cuyo horizonte es la universalidad. Respecto del segundo, si bien el artículo no señala una lista de contingencias, consideramos la redacción suficiente en la medida de que, al ser el derecho progresivo, las leyes deben ir ampliando las coberturas, en atención de las oportunidades que el fisco pueda ofrecer, dado que es el llamado a recaudar el producto solidario del sector formal y del informal de manera indirecta.

Mención aparte merece el artículo 11°, el cual sí garantiza un derecho, el derecho al libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, mas no a la Seguridad Social en sí misma. Este artículo sirve de marco normativo constitucional para la entrada al Perú de las Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante AFP's), las cuales fueron introducidas en el año 1992 a través del Decreto Ley N° 25897 y que en la actualidad ofrecen la afiliación de trabajadores independientes, grupo que incluye a muchos trabajadores en condición de informalidad, lo mismo que el Seguro Integral de Salud y ES-SALUD. Por otro lado, el artículo 12° menciona la intangibilidad de los fondos y reservas de la Seguridad Social, ante lo cual, si consideramos a las AFP's dentro de este sistema, se viene vulnerando, principalmente desde la llegada del Covid-19, el cual ha producido una suerte de avalancha normativa que ha ido liberando los fondos de capitalización individual de miles de personas con el objetivo de que puedan sostenerse ante la contingencia pandémica que es noticia global, entre ellos, los trabajadores formales que perdieron su fuente de ingreso y que pasaron a la condición de informales.

Lo anterior demuestra un *tercer conflicto*. Este sistema no es solidario dado que se trata de fondos individuales, sin embargo, su existencia contribuye a que el Estado garantice el libre acceso a pensiones. En consecuencia, es parte integrante de los elementos que promueven la universalidad de la Seguridad Social en el Perú.

C. Contribuciones doctrinarias sobre los principios

En este terreno la literatura es abundante. Por ejemplo, César Gonzales Hunt⁴, Carold Amado⁵, Augusto Medina⁶, Rocío Aulestia⁷, Gino Rivas⁸ y Luis Mendoza⁹ teorizan sobre

4. Gonzales Hunt, C. y Paitán Martínez, J.: *El derecho a la Seguridad Social*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2017.

5. Amado, C.: *El sistema pensionario peruano, la Seguridad Social universal y la cobertura de protección para los trabajadores independientes* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, 2017. Disponible en: http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/1858/T033_71469373_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y

6. Medina, A.: *El Derecho de las personas mayores a gozar de pensiones no contributivas en el Perú* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2012. Disponible en: https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1267/Medina_oa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

los principios asociándolos o bien a la protección social en general o bien centrándose en los modelos contributivos o no contributivos.

Quien nos brinda definiciones más útiles para los fines que se persiguen es Verónica Almeida, la cual en su tesis¹⁰, analiza los principios y cómo se relacionan con variables diversas, de la que extraemos el siguiente enunciado:

En estricto sensu la universalidad a la que hace referencia la doctrina, radica en el hecho de que los beneficios de la Seguridad Social deben llegar a toda la población independientemente de su condición de trabajador o no. Es decir, que la Seguridad Social no solo corresponde a un individuo por poseer un determinado estatus, sino que corresponde a la población en general, por tratarse de un derecho subjetivo que es inherente a todo ser humano. En este sentido, el principio de universalidad pretende generar un resultado globalizador. Por tanto, cualquier persona, desde el momento en el que se encuentre en situación de necesidad, debe gozar de protección social sin que exista discriminación entre unos y otros individuos¹¹.

Así también, al definir el principio de solidaridad, se puede distinguir en ella una posición humanista respecto del fenómeno jurídico:

Se dice que la solidaridad constituye el soporte primario de los sistemas de Seguridad Social, pues desde un punto de vista axiológico es precisamente este principio el que le da fundamentación al sistema. En otras palabras, la solidaridad es la característica típica de la Seguridad Social en la medida en que busca la participación de los individuos en el sistema, a fin de conseguir la eficiencia y sostenibilidad del mismo¹².

7. Aulestia, R.: *Inconstitucionalidad de una norma que afecta los principios de la Seguridad Social en el Perú en el marco de la Constitución de 1993: Disposición del 95.5% y el 25% del fondo del sistema privado de pensiones* [Tesis doctoral]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017. Disponible en: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8403/AULESTIA_SEGUIL_ROCIO_INCONSTITUCIONALIDAD_DE%20UNA%20NORMA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

8. Rivas, G.: *La obligatoriedad del aporte del trabajador independiente: una propuesta necesaria para la reforma del sistema pensionario peruano* [Tesis doctoral]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016. Disponible en: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/7347/RIVAS_CASO_GINO_TRABAJADOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y

9. Mendoza, L.: *Modelo complementario en los sistemas de pensiones en Perú* [Tesis doctoral]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017. Disponible en: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8951/Mendoza_Choque_Modelo_complementario_Sistemas.pdf?sequence=1&isAllowed=y

10. Almeida, V.: *Los principios de solidaridad y universalidad como pilares del mantenimiento y subsistencia del modelo contributivo de la Seguridad Social en lo referente a la pensión de jubilación* [Tesis doctoral]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019. Disponible en: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/15471/ALMEIDA_C%3%81CERES_LOS_PRINCIPIOS_DE_SOLIDARIDAD_Y_UNIVERSALIDAD_COMO_PILARES_DEL_MANTENIMIENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

11. Almeida, V.: *Los principios de solidaridad y universalidad como pilares del mantenimiento y subsistencia del modelo contributivo de la Seguridad Social en lo referente a la pensión de jubilación*, ob. cit., p. 75.

12. *Ibid.*, p. 80.

II. LOS TRABAJADORES INFORMALES DE LIMA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

A. Definición de economía y trabajo informal de la OIT

La Recomendación 204 de la OIT (sobre la transición de la economía informal a la economía formal) define a la economía informal como aquella que “hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que -en la legislación o en la práctica- están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto”, siempre en cuando no sean actividades ilícitas. Esta comprende a los trabajadores por cuenta propia, empleadores, los miembros de cooperativas y de unidades de la economía social y solidaria, los trabajadores familiares auxiliares, independientemente si se desarrollan dentro de la economía formal o de la economía informal, los trabajadores asalariados con empleos informales que trabajan en empresas formales o en unidades productivas informales, los trabajadores que están en situación de subcontratación o que trabajan en cadenas de suministro, o en hogares como trabajadores domésticos remunerados, y los trabajadores cuyas relaciones de trabajo no están reconocidas o reguladas.

B. Contribuciones doctrinarias sobre los trabajadores informales

Los estudios sobre la informalidad son variados. Por un lado, tenemos las investigaciones auspiciadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyos autores identifican un preocupante incremento de la informalidad en la región latinoamericana¹³. Por otro lado, se tiene que este problema ha sido tratado por diversos autores y desde diversas disciplinas. Para efectos que competen a esta investigación se considerarán los enfoques económicos y jurídicos.

Desde la perspectiva económica se tiene, en primer lugar, a Jackeline Velazco, quien define a la informalidad en función del tamaño de las unidades productivas, el acceso a tecnología y a los mercados financieros, incluso considerando el elemento familiar¹⁴. Este último factor también es considerado por Fernando Cuadros y Christian Sánchez¹⁵, quienes resaltan la afectación a los sistemas contributivos de Seguridad Social en salud y pensiones que ocasiona.

13. Bertranou, F.: “Reexaminando la informalidad laboral y las políticas para su reducción en América Latina”, en Bertranou, F. y Marinakis, A. (Eds.): *Reflexiones sobre el trabajo: visiones desde el Cono Sur de América Latina en el Centenario de la OIT*. Organización Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2019, p. 131.

14. Velazco, J.: *La Protección Social para Trabajadores Informales en el Perú: Estimación de su cobertura a partir de la ENAHO-2002*. Programa de Protección Social de Women in Informal Employment: Globalizing and Organizing (WIEGO) y el Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES), 2014, p. 7. Disponible en: <https://www.cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/la-proteccion-social-para-trabajadores-informales-en-al-peru-estimacion-de-su-cobertura-a-partir-de-la-enaho-2002.pdf>

15. Cuadros Luque, F. y Sánchez Reyes, C.: “Informalidad laboral y (des)protección social”, *Revista Trabajo & Desarrollo*, núm. 9, 2010, pp. 20-23.

Del lado jurídico, Toyama y Ángeles, en el 2004, definen a la Seguridad Social “como el conjunto de normas y principios elaborados por el Estado con la finalidad de proteger las situaciones de necesidad de los sujetos independientemente de su vinculación profesional a un empresario y de su contribución o no al sistema”¹⁶. Saulo Galicia señala que la informalidad tiene una consecuencia directa: la desprotección respecto de los servicios de la Seguridad Social¹⁷. Por otro lado, Eduardo Marcos plantea los obstáculos que representa la informalidad, entre ellos que sus trabajadores no han podido ser integrados efectivamente al sistema de pensiones¹⁸. César Abanto (2010), desde una posición inclusiva para los trabajadores informales, señala:

Los regímenes solidarios o no contributivos están orientados a materializar la idea de una Seguridad Social para todos, en especial para quienes más lo necesitan, que son justamente los excluidos del mercado laboral formal, e irónicamente, los que aportan (de manera indirecta, a través de los impuestos) a sostener tanto al régimen estatal (SNP, subsidiado mensualmente por el Tesoro Público) como al propio SPP (pues los bonos complementarios de la pensión mínima y jubilación anticipada se pagan con cargo a los recursos estatales)¹⁹.

C. Consecuencias socio-jurídicas para los trabajadores informales

El problema de la informalidad es global, así como sus consecuencias. Según el *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada --en busca de un futuro mejor*²⁰ de la OIT, más de 4.000 millones de personas todavía no acceden a protección social alguna. Ya para el año 2019, de acuerdo con un estudio de Helmut Schwarzer de la OIT, existían al menos 134 millones de trabajadores informales en la región de Latinoamérica, y que este grupo era bastante heterogéneo (Tabla 2):

Tabla 2.

Distribución de los trabajadores informales en Latinoamérica.

Empleo informal en el sector informal	30.50%
Empleo informal en el sector formal	11.40%
Empleo informal en los hogares	4.90%

16. Toyama Miyagusuku, J. y Ángeles Ilerena, K.: “Seguridad social peruana: Sistemas y perspectivas”, ob. cit., p. 198.

17. Galicia, S.: *Derecho e informalidad. Explicaciones alternativas a la relación entre el derecho laboral y la informalidad a partir del caso de Gamarra* [Tesis doctoral]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 10. Disponible en: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9944/Galicia_Vidal_Derecho_informalidad_explicaciones1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

18. Marcos, E.: *La Retroactividad en materia de pensiones: aplicación del decreto Ley N° 25967* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011, p. 274. Disponible en: https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1177/Marcos_re.pdf?sequence=1&isAllowed=y

19. Abanto Revilla, C.: “El sistema de pensiones en el Perú: articulando un régimen contributivo paralelo (público-privado) con un régimen no contributivo (solidario)” *Revista Laborem*, núm. 10, 2010, p. 35.

20. Disponible en https://www.ilo.org/secsoc/information-resources/publications-and-tools/books-and-reports/WCMS_842103/lang--es/index.htm.

La situación se ha agravado debido a lo que significó la pandemia ocasionada por el virus Covid-19, el cual ha evidenciado las grandes falencias que los Estados padecen, principalmente en materia de los servicios de salud que administran para los ciudadanos.

El mismo autor detalla las consecuencias de la elevada informalidad para las personas, las empresas y para el Estado:

- Baja productividad y competitividad.
- Baja inversión en capacitación.
- Bajo acceso a representación y diálogo.
- Sin acceso a compras públicas.
- Vulnerabilidad y extorsiones.
- Sin acceso a derechos laborales.
- Sin acceso a asistencia técnica.
- Menor recaudación fiscal.
- Sin acceso al crédito formal.
- Sin acceso a la justicia laboral.
- Sin acceso a mercados / competencia desleal.
- Menos cotizantes a la Seguridad Social.

El problema, añade, no se reduce a los trabajadores informales, sino que se agudiza al punto que se extiende a su familia, la misma que no cuenta con protección social, agravando su situación de pobreza, desigualdad y vulnerabilidad social²¹.

D. Trabajadores informales en Lima

En Lima el escenario no es muy distinto. De acuerdo con el Tablero Interactivo del Empleo Informal extraído de la última Encuesta Nacional de Hogares (2020), 2.208.587 personas realizan actividades de manera informal. Es, sin duda alguna, la región de país con mayor recurrencia de trabajadores informales, seguida de Cajamarca con 770.400. De estos, el 45.5% fueron mujeres y el 54.5% restante varones.

Respecto de los parámetros etarios, el 30.4% está comprendido entre los 14 y 29 años, quiere decir que un porcentaje de estos son menores de edad, los mismos que corren un riesgo superior al de los adultos por sus evidentes condiciones de vulnerabilidad. El siguiente nivel lo comprenden los trabajadores informales entre 30 y 44 años, siendo los más numerosos con el 36.1% del total. A continuación, encontramos a los que tienen entre 45 a 64 años, que corresponden al 28.1%. Por último, otro grupo vulnerable, los mayores de 65 años, quienes representan el 5.4%. Este último dato pareciera irrelevante, sin embargo, este porcentaje responde a 118.191 personas en su etapa de senectud, quienes deberían estar percibiendo las prestaciones

21. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/meetingdocument/wcms_617705.pdf.

de la Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, sin tener la premura de procurarse un sustento a tan avanzada edad.

Interesante es el dato del nivel educativo. Los trabajadores informales de Lima Metropolitana tienen en su mayoría hasta el nivel secundario. 1.290.388 personas que representan el 58.5% de la totalidad, es decir, más de la mitad. Por otro lado, también es relevante que una quinta parte (18.7%) de los trabajadores informales solo cuenten con nivel primaria. Por último, que el 6.7% no tenga ningún tipo de formación escolar. La lectura de estos datos evidencia que el trabajo informal se concentra en estos tres grupos sin formación superior que en suma conforman el 83.9% del total, la mayoría de ellos desarrollando sus actividades en los sectores de servicios y comercio, contrario a otras zonas del país donde predomina la agricultura como principal fuente de ingresos.

Al analizar la información disponible por categoría ocupacional, el Ministerio de Trabajo realiza la siguiente clasificación:

- Asalariado privado: 41.9 %.
- Asalariado público: 1.86 %.
- Empleador: 2.1 %.
- Independiente: 43.8 %.
- Trabajador del hogar: 3.89 %.
- Trabajador familiar no remunerado: 6.45 %.

Especial atención merecen los asalariados privados y los independientes, dado que entre estos se encuentra a la mayor cantidad de trabajadores informales, sea que tengan empleador como que no. Esto coincide con lo señalado por esta fuente referida al tamaño de la empresa, en el cual se puede apreciar que el 86.6% de estos trabajadores que laboran en condiciones de informalidad lo hacen en empresas que tienen entre 1 a 10 trabajadores, prueba irrefutable de que formalización societaria no es garantía de formalización laboral y del cumplimiento de las obligaciones que los empleadores tienen con sus trabajadores.

Por último, estos trabajadores que laboran en condiciones de informalidad y que no cuentan con Seguridad Social proporcionada por su empleador perciben un ingreso laboral promedio mensual de S/1.059,10, lo cual no quiere decir que todos perciban ingresos por encima de la remuneración mínima vital acordada en S/1.025,00 (mil veinticinco nuevos soles peruanos). Más de medio millón de estas personas no superan los S/500,00 mensuales (quinientos nuevos soles peruanos), es decir, aproximadamente \$130 (ciento treinta dólares mensuales). Esta situación es particularmente crítica porque este ingreso solo les alcanza para la sobrevivencia, y se empeora si tiene carga familiar, discapacidad, etc. Aquí encontramos el *cuarto conflicto*. ¿Cómo estas personas que trabajan en la economía informal pueden tener cultura previsional, si sus ingresos mensuales representan la mitad de una remuneración mínima vital?

III. CONCLUSIONES

De lo anterior, se concluye que la relación que se establece entre la aplicación de los principios de la solidaridad y de la universalidad con la protección de los trabajadores informales de Lima es conflictiva por los siguientes motivos:

A. Universalidad *versus* seguridad social progresiva

En primer lugar, porque el Estado no puede garantizar la Seguridad Social para todos, sino únicamente su reconocimiento de manera progresiva. Por ende, la universalidad, en el mejor de los casos, deviene en un objetivo a mediano o largo plazo, produciendo una contradicción entre lo positivizado en la Constitución Política de 1993 y la realidad, en la que una gran proporción de ciudadanos limeños no cuentan con las prestaciones de la Seguridad Social debido a su condición de informalidad, o si las gozan, lo hacen de manera muy reducida.

B. Formales que aportan *versus* informales que se benefician

En segundo lugar, porque existe una situación injusta, dado que hay quienes aportan y otros que no. Paradójicamente, esta injusticia produce beneficios para aquellos que no realizan aportes directos a la Seguridad Social, bien sea porque carecen de elementos materiales para hacerlo o por falta de cultura previsional. En todo caso, existen los que financian y los que se benefician, generándose un desequilibrio amparado por la legislación y por los instrumentos internacionales, a pesar del aporte indirecto que los trabajadores informales innegablemente realizan.

C. Solidaridad *versus* el sistema privado de pensiones

En tercer lugar, porque el Sistema Privado de Pensiones no es solidario, dado que capitaliza fondos individuales, lo cual ha generado una discrepancia jurídica entre los que lo consideran parte y los que no del sistema de la Seguridad Social peruano. Sin embargo, en cualquier caso, se debe reconocer que su existencia contribuye a que el Estado pueda garantizar el libre acceso a las pensiones, por ello aseguramos que los trabajadores informales son libres de afiliarse de forma independiente a cualquier AFP, contribuyendo de esta manera en el camino de la universalidad e insertándose en la solidaridad que el Estado debe promover en materia de Seguridad Social.

D. Falta de cultura previsional *versus* condiciones de subsistencia

En cuarto lugar, porque se critica que los trabajadores informales carezcan de una cultura previsional, sin embargo, no se toma en cuenta que estos, por miles en el caso

de Lima, perciben media remuneración mínima vital mensual, cifra que con toda seguridad solo les alcanza para su subsistencia a duras penas. Esta es quizá la situación más conflictiva y paradójica de nuestro sistema, el hecho de que exista una población vulnerable que debe recibir protección social, a pesar de que, en el corto plazo, no va a poder contribuir solidariamente con el sistema que lo sostiene.

Bibliografía

- Abanto Revilla, C.: "El sistema de pensiones en el Perú: articulando un régimen contributivo paralelo (público-privado) con un régimen no contributivo (solidario)" *Revista Laborem*, núm. 10, 2010, pp. 19-36.
- Abanto, C.: "La informalidad, los trabajadores independientes y los regímenes previsionales", en *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Lima, 2014, pp. 781-803.
- Almeida, V.: *Los principios de solidaridad y universalidad como pilares del mantenimiento y subsistencia del modelo contributivo de la Seguridad Social en lo referente a la pensión de jubilación* [Tesis doctoral]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019. Disponible en: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/15471/ALMEIDA_C%c3%81CERES_LOS_PRINCIPIOS_DE_SOLIDARIDAD_Y_UNIVERSALIDAD_COMO_PILARES_DEL_MANTENIMIENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Amado, C.: *El sistema pensionario peruano, la Seguridad Social universal y la cobertura de protección para los trabajadores independientes* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, 2017. Disponible en: http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/1858/T033_71469373_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Aulestia, R.: *Inconstitucionalidad de una norma que afecta los principios de la Seguridad Social en el Perú en el marco de la Constitución de 1993: Disposición del 95.5% y el 25% del fondo del sistema privado de pensiones* [Tesis doctoral]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017. Disponible en: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8403/AULESTIA_SEGUIL_ROCIO_INCONSTITUCIONALIDAD_DE%20UNA%20NORMA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Bertranou, F.: "Reexaminando la informalidad laboral y las políticas para su reducción en América Latina", en Bertranou, F. y Marinakis, A. (Eds.): *Reflexiones sobre el trabajo: visiones desde el Cono Sur de América Latina en el Centenario de la OIT*. Organización Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2019, pp. 131-137.
- Cuadros Luque, F. y Sánchez Reyes, C.: "Informalidad laboral y (des)protección social", *Revista Trabajo & Desarrollo*, núm. 9, 2010, pp. 20-23.
- Galicia, S.: *Derecho e informalidad. Explicaciones alternativas a la relación entre el derecho laboral y la informalidad a partir del caso de Gamarra* [Tesis doctoral]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017. Disponible en: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9944/Galicia_Vidal_Derecho_informalidad_explicaciones1.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Gonzales Hunt, C. y Paitán Martínez, J.: *El derecho a la Seguridad Social*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2017.
- Marcos, E.: *La Retroactividad en materia de pensiones: aplicación del decreto Ley N° 25967* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011. Disponible en: https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1177/Marcos_re.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Medina, A.: *El Derecho de las personas mayores a gozar de pensiones no contributivas en el Perú* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2012. Disponible en: https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1267/Medina_oa.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Mendoza, L.: *Modelo complementario en los sistemas de pensiones en Perú* [Tesis doctoral]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017. Disponible en: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/>

bitstream/handle/20.500.12404/8951/Mendoza_Choque_Modelo_complementario_Sistemas.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rivas, G.: *La obligatoriedad del aporte del trabajador independiente: una propuesta necesaria para la reforma del sistema pensionario peruano* [Tesis doctoral]. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016. Disponible en: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/7347/RIVAS_CASO_GINO_TRABAJADOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Toyama Miyagusuku, J. y Ángeles Ilerena, K.: "Seguridad social peruana: Sistemas y perspectivas", *THEMIS, Revista de Derecho*, núm. 48, 2004, pp. 197-228.

Velazco, J.: *La Protección Social para Trabajadores Informales en el Perú: Estimación de su cobertura a partir de la ENAHO-2002*. Programa de Protección Social de Women in Informal Employment: Globalizing and Organizing (WIEGO) y el Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES), 2014. Disponible en: <https://www.cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/la-proteccion-social-para-trabajadores-informales-en-al-peru-estimacion-de-su-cobertura-a-partir-de-la-enaho-2002.pdf>



Atención sanitaria a personas extranjeras con ocasión de la pandemia del COVID 19: análisis comparativo con especial referencia a la situación fronteriza de Ceuta

HEALTH CARE FOR FOREIGNERS ON THE OCCASION OF THE COVID 19:
COMPARATIVE ANALYSIS WITH SPECIAL REFERENCE TO THE BORDER SITUATION OF
CEUTA

Samra Mohamed Alami

Graduada en Trabajo Social

Universidad Nacional de Educación a Distancia - Ceuta

Técnica en Cuidados Auxiliares de Enfermería

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria - Ceuta

samra1371981@hotmail.com  0000-0002-2930-6156

Fatima Hamed Buzzian

Graduada en Trabajo Social

Universidad Nacional de Educación a Distancia - Ceuta

Graduada en Ciencias Jurídicas

Ilustre Colegio de Abogados de Ceuta

fatbuzzian@ceuta.uned.es  0000-0003-2211-2866

Recibido: 09.03.2023 | Aceptado: 06.06.2023

RESUMEN

La gestión de la pandemia a nivel global ha precisado de políticas de intervención en todos los ámbitos para dar una respuesta coherente en la que se incluye la coordinación transfronteriza.

En este trabajo se pretende analizar cuál ha sido el impacto que han tenido las medidas Covid-19 en los espacios fronterizos de España, especialmente los de Ceuta con Marruecos, Extremadura con Portugal y Fuenterrabía, los Pirineos y Andorra con Francia. Por su parte, también se pretende comparar cómo se ha prestado la asistencia sanitaria a los trabajadores transfronterizos, así como observar cómo ha variado esa asistencia en los diferentes servicios sanitarios de Ceuta en los que se atendían.

Las políticas sociales deben garantizar los derechos de *facto* de las personas migrantes en situaciones de especial vulnerabilidad, así como responder a los principios de igualdad y universalidad a su acceso, por lo que se han de reformular las bases que lo regulan y afianzar su estabilidad.

PALABRAS CLAVE

Asistencia sanitaria

Covid-19

Personas transfronterizas

Cooperación internacional

Protección social

ABSTRACT

The management of the pandemic at a global level has required intervention policies in all areas to provide a coherent response that includes the cross-border coordination.

This work aims to analyze what has been the impact that Covid-19 measures have had on the border areas of Spain, especially those of Ceuta with Morocco, Extremadura with Portugal and Fuenterrabía, the Pyrenees and Andorra with France. For its part, it is also intended to compare how healthcare has been provided to cross-border workers, as well as observing how this assistance has varied in the different health services of Ceuta in which they were treated.

Social policies must guarantee the in fact rights of migrants in situations of special vulnerability, as well as responding to the principles of equality and universality to its access, so that the bases that regulate it must be reformulated and strengthen its stability.

KEYWORDS

Healthcare

Covid-19

Cross-border people

International cooperation

Social protection

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - I. LA PANDEMIA DERIVADA DEL COVID 19 Y LA ATENCIÓN SANITARIA
 - II. LA SITUACIÓN FRONTERIZA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA
 - III. LA ATENCIÓN SANITARIA FACILITADA POR EL INGESA EN CEUTA: ANÁLISIS COMPARATIVO 2019/2020
 - IV. LA ATENCIÓN SANITARIA HISPANO-PORTUGUESA DURANTE LA PANDEMIA
 - V. LA ATENCIÓN SANITARIA HISPANO-FRANCESA DURANTE LA PANDEMIA
 - VI. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Ceuta presenta unas características idiosincráticas en geografía, demografía y nivel socioeconómico que la diferencian del resto de ciudades del territorio español. Su delimitación fronteriza con Marruecos hace que miles de marroquíes accedan a territorio español y hagan uso de su sistema sanitario. Por las circunstancias acaecidas en la pandemia del coronavirus, esta circunstancia se ha visto drásticamente transformada. Por su parte, en los países fronterizos con España, Portugal y Francia, la gestión de la sanidad a los transfronterizos se ha visto influenciada por los acuerdos bilaterales.

El objetivo de este trabajo es analizar y describir el impacto del Covid-19 en los diferentes servicios de asistencia sanitaria de Ceuta en los cuales se atendían con mayor asiduidad a los marroquíes que transitaban en nuestra ciudad de manera fluctuante. Asimismo, también se pretende comparar el impacto en otros sistemas sanitarios de países colindantes con España como son Portugal y Francia, en los cuales dicha asistencia se encuentra amparada por los acuerdos de cooperación sanitaria transfronteriza.

Para ello se optó por el Método Analítico realizándose un estudio descriptivo a través de la búsqueda de información bibliográfica de estudios a partir de fuentes primarias y secundarias (análisis documental, bibliografías, bases de datos, etc.). Se analizaron los

acuerdos de colaboración sanitaria transfronteriza entre los distintos países estudiados, se describieron las características sociodemográficas y económicas de las personas transfronterizas, así como el *statu quo* durante la declaración del Estado de Alarma en España y su repercusión en dichas fronteras. También se revisó el impacto en el sistema sanitario en la ciudad de Ceuta antes y durante la crisis sanitaria.

II. LA PANDEMIA DERIVADA DEL COVID 19 Y LA ATENCIÓN SANITARIA

La respuesta por parte del Gobierno de España para hacer frente a la pandemia y a la propagación del Covid-19 fue la aprobación de un conjunto de medidas especialmente en los ámbitos de la sanidad, en lo económico, en lo social y en el control de fronteras.

Estas medidas han sido concretadas por diferentes comités de expertos del ámbito sanitario a nivel nacional y en coordinación y colaboración con organismos e instituciones internacionales, como es el Fondo Monetario Internacional y la Comisión Europea, tal y como se ha desarrollado en los demás Estados Miembros.

La declaración del estado de alarma el 14 de marzo ha supuesto el punto de inflexión para hacer frente a la crisis social y sanitaria existente, con el fin último de mitigar los contagios interpersonales adoptando medidas restrictivas en la movilidad de la población y en servicios que no prestaban una actividad esencial. Ante los hechos acontecidos y la saturación de los servicios sanitarios, el 31 de marzo y el 9 de abril se prolongaron estas actuaciones.

Por lo que se refiere a Marruecos, y previamente a la declaración del Estado de alarma por parte de España, decretó el 12 de marzo la cancelación de las conexiones aéreas y marítimas desde España hacia Marruecos y viceversa. Asimismo, momentos después informó del inmediato cierre de los pasos fronterizos terrestres de Ceuta y Melilla sin conocer cuándo sería su posterior apertura.

La respuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores español fue la de anunciar en su web oficial un comunicado dirigido a los viajeros en cuanto a la toma de conciencia que debían de tener en sus respectivos desplazamientos. También informó de las restricciones impuestas por 61 países a aquellos desplazados desde España, uno de los cuales era Marruecos¹.

Simultáneamente a lo anterior, y con una visión prospectiva de datos con una evolución favorable de la pandemia, el Gobierno creó un grupo de trabajo de expertos en los ámbitos sanitario, social, económico e internacional para abordar una desescalada de todas las medidas adoptadas. El 28 de abril se aprobó el Plan de Desescalada.

Las medidas del Gobierno han pretendido, en primer lugar y, ante todo, contener la crisis sanitaria, preservar vidas y evitar el colapso de los servicios de salud para garantizar

1. Rodríguez Ruiz, P.: *La política de gestión de fronteras y de control de flujos migratorios con Marruecos. Un Informe sobre los instrumentos de colaboración en el contexto de la crisis por la Covid-19 (2020)* [trabajo fin de Máster]. Universitat Autònoma de Barcelona, 2020, p. 28.

la atención médica y evitar la propagación del virus. La evolución de los contagios y el aluvión de ingresos en las urgencias hospitalarias, concentradas en muy pocas semanas, han supuesto un gran reto a todo el sistema, que ha precisado de refuerzo con más medios humanos y técnicos. También se ha actuado con prontitud en el frente de la investigación, facilitando y potenciando las inversiones en la búsqueda de procedimientos y vacunas, considerando éstas como la manera más eficaz y contundente para resolver esta situación.

Toda esta inestabilidad de gran relevancia para España hizo que se tambalease el sistema sanitario español, llegando incluso a su colapso. Ante esto, se hacía necesaria la creación de rigurosas actuaciones de confinamiento con repercusiones en la vida de los ciudadanos y en la actividad económica de manera general.

III. LA SITUACIÓN FRONTERIZA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA

Introduciéndonos en la Ciudad Autónoma de Ceuta, ésta se encuentra situada al Noroeste del Continente africano, limita al Este y Sur con el Mar Mediterráneo; al Norte con el Estrecho y al Oeste con Marruecos, comprendiendo una superficie de 18,5 km² y 28 km de perímetro, de los cuales 20 son costeros. Estas características la sitúan entre dos continentes (Europa y África).

En lo que respecta a las comunicaciones con la Península, en los últimos años se han producido grandes avances en cuanto a mejoras de los medios de comunicación e infraestructuras, pudiendo conectarse desde la estación marítima, así como por vía aérea por medio de helicópteros con enlaces a Málaga o Algeciras.

Desde el contexto demográfico, la estructura poblacional de la ciudad reparte sus casi 85.000 habitantes entre una diversidad de grupos, caracterizados por sus diferentes perfiles culturales y, tal como expone en su tesis doctoral Fernando Jimeno, "la población ceutí puede calificarse como muy rejuvenecida. El porcentaje de personas con 65 y más años se sitúa en el 10,85% (2012), frente al 17,36% de media nacional. La diferencia se incrementa en la comparación del porcentaje de personas con 80 y más, donde el indicador local es menos de la mitad (2,51%) que el estatal (5,32%)". Esta idiosincrasia de la Ciudad de Ceuta no es semejante a otros países europeos, donde éstos presentan unas elevadísimas tasas de envejecimiento².

Su carácter socioeconómico se basa en una estructura productiva y del empleo marcadas por la actividad terciaria. Relacionado con esto, destaca su régimen económico-fiscal con ventajas significativas para empresarios y ciudadanos que la diferencian del sistema fiscal nacional, así como sus bonificaciones en los impuestos³.

Además, el "comercio atípico" generado por los trabajadores transfronterizos ha evidenciado una gran fuente de ingresos para miles de familias marroquíes que se

2. Jimeno Jiménez, F.: *La influencia de las condiciones de vida en el desarrollo de los ciudadanos profesionales destinados a personas mayores en España* [tesis doctoral]. Universidad de Granada, 2016, p. 177.

3. Aznar, M. J.: "Ceuta: rasgos socioeconómicos", *Almenara. Blog de la profesora María José Aznar*, 8 de diciembre de 2019, disponible en: <https://blogs.ugr.es/almenara/18-ceuta-rasgos-socioeconomicos/>.

sustentaban de ello sin estar sujetos a ninguna protección social, por lo que esta crisis ha vuelto a recalcar la imperante necesidad de regular el comercio transfronterizo garantizando los derechos de las personas que están inmersas en esta situación. Las empleadas de hogar, otro colectivo que se ha visto afectado por el cierre perimetral, han llegado a perder sus trabajos reflejando un gran número de bajas en la Seguridad Social entre los meses de marzo y julio, tanto en las ciudades de Ceuta como en la de Melilla. A esto hay que sumarle que su situación laboral les excluye de poder percibir las prestaciones derivadas de los ERTE⁴.

Por supuesto, no hay que olvidarse del fenómeno migratorio a las puertas de Europa. La pandemia ha reflejado la otra cara de la migración en la Frontera Sur. Tras el cierre unilateral de la frontera por parte de Marruecos, fueron miles las personas que quedaron atrapadas en Ceuta y Melilla. Al no haber acuerdo por parte de su país de origen para su repatriación, esas personas se vieron en la necesidad de acudir a las vías ilegales de la migración para poder retornar a su país, bien cruzando a nado jugándose sus vidas, bien a través de mafias o a través de redes de tráfico de personas.

En cuanto a las personas que quedaron “atrapadas” en territorio español desde el cierre de la frontera terrestre hasta la actualidad, personas que tenían sus contratos laborales en Ceuta y Melilla, han exigido a las Delegaciones del Gobierno, a los ayuntamientos y a los Servicios Públicos de Empleo estatal soluciones a su situación para poder retornar a su país, con garantías que no hagan peligrar sus vidas y de mantener vigentes sus contratos laborales. La más notoria exigencia trata de que se permita la apertura de la frontera y puedan retornar a través de ella, siendo la respuesta a ésta que debe de haber unos acuerdos diplomáticos por ambos países.

Como suceso histórico para recordar la migración de personas de forma irregular en la frontera ceutí en plena pandemia del Covid-19, hay que destacar los días 17 y 18 de mayo de 2021 cuando, según la *BBC News*, “tuvo lugar la entrada de más de 8.000 inmigrantes, entre ellos 1.500 menores, llegando entre el lunes y martes al enclave español de Ceuta desde el país vecino, Marruecos, una cifra récord”⁵. El pico de llegadas fue “favorecido por una evidente relajación del control de los agentes alauíes”, apuntó *eldiario.es*⁶.

En Melilla, la mayor cifra de saltos a la valla tuvo lugar el 6 de abril de 2020 donde unas 260 personas migrantes trataron de saltarla y tan sólo medio centenar consiguió entrar.

4. Varo, L. J.: “La frontera bloqueada a las empleadas del hogar”, *ElPaís.com*, 2 de agosto de 2020, disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-08-01/la-frontera-bloquea-a-las-empleadas-del-hogar.html>.

5. “Ceuta: 4 claves que explican la llegada récord de miles de migrantes desde Marruecos a España en dos días”, *BBC News Mundo*, 18 de mayo 2021, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-57160361>.

6. Sánchez, G. y Testa, G.: “8.000 personas, al menos un cuarto de ellas menores, entran a nado en Ceuta en plena crisis con Marruecos”, *eldiario.es*, 17 de mayo de 2021, disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/personas-entran-ceuta-nado-marruecos_1_7941768.html.

III. LA ATENCIÓN SANITARIA FACILITADA POR EL INGESA EN CEUTA: ANÁLISIS COMPARATIVO 2019/2020

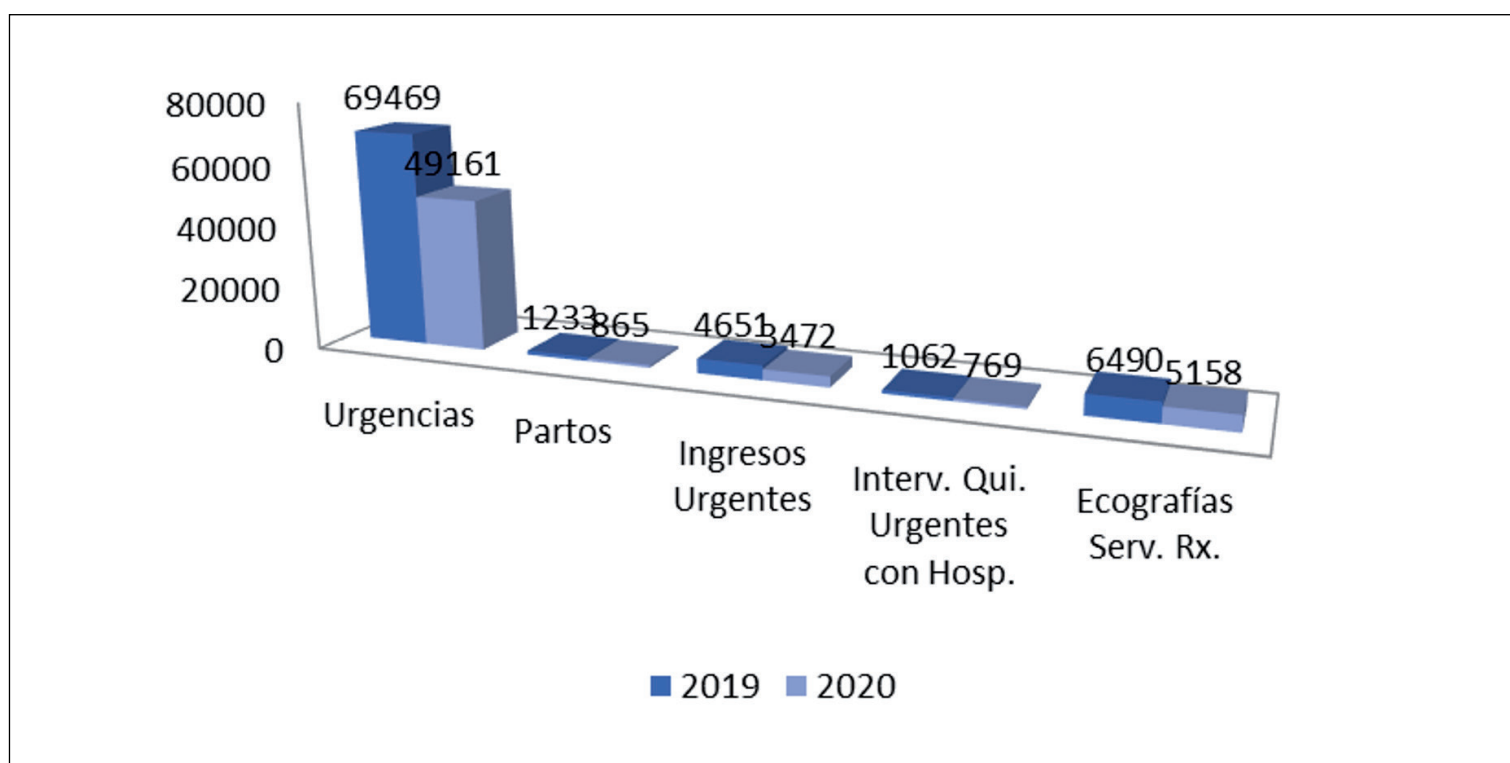
Tal y como se puede apreciar, Ceuta presenta unas características idiosincráticas en geografía, demografía y nivel socioeconómico que la diferencian del resto de ciudades del territorio español.

En cuanto a la atención sanitaria de Ceuta, a su población y a los miles de ciudadanos procedentes de Marruecos que transitaban a diario por la ciudad, ha sufrido una gran modificación debida al cierre de la frontera por la crisis originada por la pandemia del Covid-19. De los primeros, se ha visto reducida la asistencia sanitaria en la Atención Primaria y en la Atención Especializada. En cuanto a la población transfronteriza, ha habido una notable disminución de la actividad en los diferentes servicios en los que se les prestaba mayor asistencia sanitaria.

A continuación, se detallarán los diferentes servicios que prestaban mayor asistencia a personas extranjeras procedentes en su gran mayoría de Marruecos, antes y durante la pandemia (periodo 2019-2020)⁷:

Figura 1.

Gráfico de los diferentes Servicios Asistenciales de INGESA-Ceuta 2019-2020 en términos absolutos



Elaboración propia con datos de la Memoria de INGESA 2020.

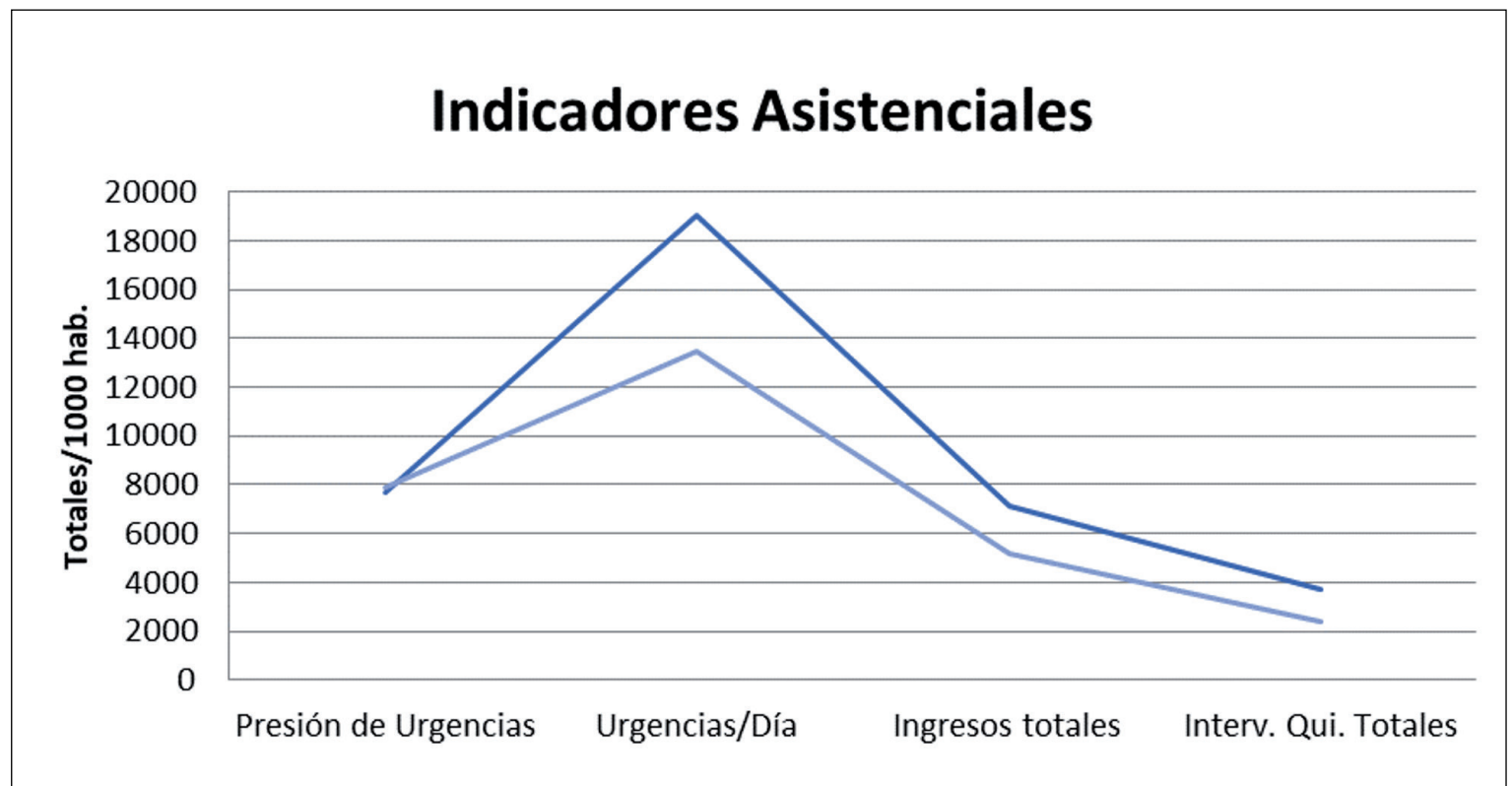
Tal y como se observa en el gráfico 1, se han reflejado todos aquellos servicios en los que existía mayor demanda asistencial por parte de las personas extranjeras y transfronterizas: urgencias, partos, ingresos hospitalarios, intervenciones quirúrgicas urgentes con posterior hospitalización y las exploraciones ecográficas en el servicio

7. Ministerio de Sanidad: *Memoria INGESA 2020*, Ministerio de Sanidad, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, 2021. Disponible en: https://ingesa.sanidad.gob.es/actividad/memorias/docs/Memoria_2020_INGESA.pdf.

de Radiodiagnóstico. En todas estas se ha visto reducida la actividad asistencial siendo más notorias las cifras en urgencias, hospitalización y partos, hasta un 30% menos.

Figura 2

Indicadores Asistenciales de la frecuentación a los diferentes Servicios de INGESA-Ceuta en el periodo 2019-2020



Elaboración propia con datos de la Memoria de INGESA 2020.

Adicionalmente, los Indicadores Asistenciales expuestos en el gráfico 2 reflejan una diferencia considerable a la baja muy acentuada en la hospitalización.

V. LA ATENCIÓN SANITARIA HISPANO-PORTUGUESA DURANTE LA PANDEMIA

En la gestión de la crisis en fronteras durante la pandemia, y comparando con otras zonas que limitan con España, podemos hacer mención a las fronteras intraeuropeas de Portugal y Francia y de cómo se ha gestionado la asistencia sanitaria entre países en la pandemia.

En España, la protección de la salud se encuentra reflejado en el artículo 43 de la Constitución y encomienda a los poderes públicos su tutela y organización. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad es la normativa básica de desarrollo.

En cuanto a Portugal, el artículo 64 de la Constitución recoge el derecho a la protección de la salud y delega a un servicio nacional de salud universal y general el deber de defenderla y promoverla. La Ley nº 56/79 de 5 de septiembre crea el Serviço Nacional de Saúde, siendo éste el punto de partida para su desarrollo normativo.

Los sistemas sanitarios de España y Portugal son de carácter eminentemente público y universal. A esto se suma la iniciativa privada y copago sanitario como formas

de gestión de la sanidad. En lo que difieren ambos sistemas es en su estructura y organización de su competencia.

Las administraciones sanitarias extremeñas y portuguesas han establecido convenios, acuerdos y protocolos para una cooperación sanitaria transfronteriza entre Extremadura, que comprende toda la Comunidad Autónoma, y Portugal, abarcando el Área de Salud del Norte Alentejano. Las actuaciones van enfocadas a reforzar las bases de cooperación transfronteriza, garantizar y mejorar el acceso a los servicios sanitarios y su continuidad en la población transfronteriza e intercambiar conocimientos y experiencias para reforzar los sistemas de salud.

Geográficamente la frontera extremeña comprende unos trescientos kilómetros colindantes con Portugal donde las relaciones transfronterizas entre ambos países son de una completa armonía desde hace más de cuarenta años de historia, fruto de una política basada en el compromiso firme de ambos gobiernos ibéricos. Desde la existencia de la frontera intraeuropea, son muchas las funcionalidades que se han desarrollado en ella: comerciales, defensivas, militares, flujos de bienes, de servicios, personas y un largo etcétera.

Por su parte, el tránsito continuo de personas en dicha frontera se debe entre otras cuestiones a la adquisición de bienes o servicios, como es el caso de comprar gasolina en España por resultar mucho más económica que en la parte lusa. También resulta interesante resaltar que unos 1.500 portugueses reflejan estar de alta en la Seguridad Social española en la Comunidad Autónoma de Extremadura, así mismo, los extremeños, cerca de 700 trabajan de forma itinerante en el Alentejo portugués⁸.

En cuanto a la gestión sanitaria transfronteriza durante la pandemia, se ha de informar que, después de declararse el Estado de Alarma español⁹, cuatro días después, el 18 de marzo, el presidente de Portugal proclamó el Estado de Emergencia y, posteriormente, el 30 de abril decretó el Estado de Calamidad a través de Resolución de su Consejo de Ministros (33-A/2020). Esta situación perpetuó que se limitara drásticamente la circulación en la frontera hispano-lusa

En el acuerdo de cooperación transfronterizo acordado se determinaron diferentes excepciones donde, para el acceso a las unidades de salud, se establecieron protocolos para la prestación de la asistencia sanitaria y de los cuidados de salud. Estas actuaciones tienen su origen en el Acuerdo Marco y la normativa reglamentaria europea entre España y Portugal, que posibilitan el acceso a los servicios sanitarios en caso de circunstancias excepcionales que requieran ser acreditadas a través de autorizaciones para aquellas personas que se les permita cruzar la frontera por motivos laborales o de salud. Un ejemplo de ello durante la declaración de Alarma y Calamidad de ambos países era el flujo de fronterizos de profesionales de la salud, ya que

8. Calderón Vázquez, F. J.: "Repasando la frontera hispano-portuguesa: Conflicto, interacción y cooperación transfronteriza", *Estudios fronterizos*, vol. 16, núm. 31, 2015, pp. 65-89.

9. 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 (BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020).

respondía a situaciones específicas por ser su trabajo una labor crucial y trascendente para el bien público¹⁰.

En el primer trimestre del año 2021 las cifras de contagios y de fallecidos por la Covid-19 en la parte lusa fueron alarmantes, lo que llevo al primer Ministro portugués, António Costa, a admitir en una entrevista en televisión que la situación está “muy mal” por el crecimiento “exponencial” de los contagios en la tercera ola.

Esta situación hizo que el Gobierno español ofreciera ayuda a Portugal “dentro de sus posibilidades” para luchar contra la falta de recursos hospitalarios. “Unas veces nos ayuda Portugal a nosotros, otras veces apoyamos nosotros a Portugal, Así lo hemos estado haciendo y así lo vamos a seguir haciendo”, se limitó a decir la ministra de Exteriores española González Laya¹¹.

Posteriormente, tras casi un año de pandemia, el 31 de enero de 2021 los gobiernos de España y Portugal acordaron de manera unilateral introducir de manera temporal controles en la frontera terrestre con el fin de hacer frente a la crisis sanitaria por el Covid-19. La medida se ha adoptado de acuerdo con el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo.

La instauración de este acuerdo permite la entrada al territorio español sólo a:

- Ciudadanos españoles y su cónyuge o pareja con la que mantengan una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público, y aquellos ascendientes y descendientes que vivan a su cargo, siempre que viajen con o para reunirse con éste.
- Residentes en España, que deberán acreditar su residencia habitual, así como los estudiantes que cursen sus estudios en España.
- Residentes en otros Estados miembros o Estados asociados Schengen que se dirijan a su lugar de residencia habitual, debidamente acreditado.
- Quienes vayan a transitar o permanecer en el territorio español por cualquier motivo exclusivamente laboral, siempre que se acredite documentalmente. Esta categoría incluirá, entre otros, a los trabajadores transfronterizos, trabajadores sanitarios y del transporte.
- Aquellas que acrediten documentalmente causas de fuerza mayor o situación de necesidad, o por motivos humanitarios.
- El personal extranjero acreditado como miembro de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y organismos internacionales sitos en España, siempre que se trate de desplazamientos vinculados al desempeño de sus funciones oficiales, así como los participantes en viajes de Estado y los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Fuerzas Armadas para ejercer sus funciones.

10. Medina-García, E.: “La cooperación transfronteriza entre España y Portugal en perspectiva. Ciudad y Territorio”, *Ciudad Y Territorio Estudios Territoriales*, vol. 53, núm. 209, 2021, pp. 633-646.

11. “España ofrece ayuda frente al coronavirus a Portugal dentro de sus posibilidades”, *El Mundo*, 1 de febrero de 2021, disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2021/02/01/60181768fc6c83772b8b4580.html>.

Para el 1 de diciembre de 2021, el Gobierno de España dispuso los supuestos para poder acceder al país vecino por vía terrestre debiendo aportar certificado digital Covid de la UE ya sea por diagnóstico, recuperación o vacunación. Aunque en esta fecha no existían controles fronterizos, sí se podía reclamar la “situación Covid” a través de controles espontáneos. Para los transfronterizos con permiso de trabajo hasta 30 km de la frontera y los que ejerzan servicios esenciales, sólo deberán presentar el debido certificado digital Covid a través de la vacunación.

Actualmente, la frontera hispano-lusa se encuentra abierta desde el 1 de mayo de 2021, no existiendo ningún tipo de limitación salvo la que establece Portugal para los viajeros procedentes de España por vía aérea, debiendo presentar éstos una PCR negativa de 72 horas anterior al embarque.

En la pasada Cumbre hispano-portuguesa del 28 de octubre de 2021, que tuvo como anfitriones a Pedro Sánchez y António Costa, presidentes de los gobiernos de ambos países, se llevaron a cabo diferentes acuerdos en los que destaca el Protocolo para instaurar un estatuto de los empleados transfronterizos que transitan a diario por la frontera para trabajar, con el objetivo de reforzar la cooperación bilateral en materia de empleo, seguridad y salud en el trabajo, inspección de trabajo y economía social. A esto hay que sumarle la actualización del Tratado de Amistad y Cooperación con Portugal acordado en 1977¹².

VI. LA ATENCIÓN SANITARIA HISPANO-FRANCESA DURANTE LA PANDEMIA

242

En lo que concierne a Francia, la ley de sanidad es la Ley 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario. Está basada en un Sistema de Salud Universal garantizado a toda su población, unos 67 millones de habitantes, donde casi su totalidad está financiado por el Estado. Para acceder, la persona debe poseer la tarjeta *Carte Vitale* donde figura su número de seguridad social y con ésta se accede a los servicios médicos, dentistas, hospitales, pruebas diagnósticas y medicamentos. Los seguros privados se contratan con el fin de complementar la cartera de servicios de la sanidad pública como *Mutuelle*, aunque no son obligatorios.

La diferencia entre los sistemas sanitarios español y francés radica en su forma de financiación. Mientras que en España se realiza vía impuestos, en Francia es a través de contribuciones al seguro social. A esto hay que añadir que en el país francófono el acceso a los servicios del sistema se realiza mediante copago, que posteriormente será reembolsado a la persona en su cuenta corriente.

La distribución fronteriza franco-española actual se delineó a partir del Tratado de los Pirineos de 1659 y, posteriormente, en 1856, 1862 y 1866, por los Tratados de Bayona. Comprende 656,3 kilómetros desde el suroeste de Francia y el noroeste

12. Cabaleiro Larrán, J.: “La 32 cumbre hispano-portuguesa renueva el Tratado de Amistad y Cooperación”, *Aquí Madrid*, 30 de octubre de 2021, disponible en: <https://aqui.madrid/la-32-cumbre-hispano-portuguesa-renueva-el-tratado-de-amistad-y-cooperacion/>.

de España partiendo de la ciudad francesa de Hendaya y la española de Fuenterrabía, continúa por el este recorriendo los Pirineos hasta Andorra, donde discurre para abarcar el mar Mediterráneo desde Cerbère y Portbou, respectivamente.

Desde que ambos países formaron parte del acuerdo Schengen en 1995, se acordó crear un espacio fronterizo para la libre circulación de personas, aunque fue reforzado por diferentes controles por cuestiones políticas relacionadas con ETA y los Comités de Defensa de la República (CDR), así como por la reciente pandemia del Covid-19 y sus implicaciones socioeconómicas.

Las relaciones comerciales entre ellos arrojan en 2016 los siguientes datos: Francia destaca como primer país de las exportaciones españolas (15,6%), mientras que España fue el segundo receptor de exportaciones francesas (7,6%). Tras las diferentes crisis surgidas desde el año 2000, el tránsito de personas transfronterizas ha sido parcialmente limitadas si se compara con la frontera franco-suiza. En este sentido, la cooperación transnacional tiene como ejes principales el turismo, la economía rural, la cultura y la protección del medio ambiente.

Para la cooperación institucional transfronteriza se acordó el Convenio entre el Reino de España, la República Francesa y el Principado de Andorra, relativo a la entrada, circulación, residencia y establecimiento de sus nacionales, hecho "Ad Referéndum" en Bruselas el 4 de diciembre de 2002, atendiendo a la voluntad de todas las partes para mantener las relaciones existentes.

Para ello se han acordado diferentes líneas de trabajo: favorecer las condiciones de vida de las poblaciones con objetivos comunes de estructuración territorial y desarrollo sostenible, en el marco de la actividad comercial se pretende complementar y consolidar la integración transfronteriza, salvaguardar y gestionar el medio ambiente, impulsar los territorios, el patrimonio natural y la cultura desde una óptica sostenible, etc.

Con el primer caso de Covid-19 en Francia el 24 de enero de 2020 y posteriormente el anuncio de la declaración de la Covid como pandemia por parte de la ONU, Emmanuel Macron, presidente de Francia, anunció el 12 de marzo el cierre de todas las escuelas y universidades hasta el 16 del mismo. Seguidamente, el primer ministro decretó el cierre de todos los espacios públicos, las reuniones de más de 100 personas, las cafeterías, restaurantes, etc. El cierre y confinamiento del país galo lo comunicaba el presidente el 16 de marzo por un periodo de quince días.

Tras constantes medidas de contención para frenar la propagación del virus y con el cierre de fronteras, los Ministerios de Sanidad de España y Francia se reunieron para establecer un marco de cooperación para asegurar las situaciones de riesgo de sus profesionales sanitarios y promover su movilidad en base a la normativa vigente y el código de prácticas de la OMS para su contratación. Esta movilidad se fomentará "en casos de dificultad de cobertura de plazas en alguno de los países particularmente en áreas fronterizas".

En cuanto a la asistencia sanitaria a los trasfronterizos franceses en territorio español, concretamente desde el Hospital Transfronterizo de Cerdanya u Hôpital de Cerdagne con dos sistemas públicos de salud distintos (el catalán, descentralizado; y el francés, centralizado), que atiende a población tanto española como francesa en la

zona del Pirineo, resultó ser estratégico en la pandemia para evitar que dichos ciudadanos se tengan que desplazar por largos periodos de tiempos a otros hospitales, teniendo en cuenta las limitaciones en los accesos interterritoriales marcadas por ambos gobiernos. Tal y como comenta su Director, Vincent Rouvet, tiene “la particularidad de servir a la población de los dos lados de la frontera sin diferencia de nacionalidad”¹³.

La gestión de este hospital pasaba por compartir espacio entre los servicios de urgencias como son el SAMU francés y el SEM español, incorporar tecnología avanzada, aplicar test de PCR de forma rápida, el desplazamiento de pacientes hacia otros hospitales –como son el de Manresa en España o el de Perpiñán en Francia– por no disponer de recursos suficientes, coordinar bajas laborales y facilitar recetas médicas. Todas estas actuaciones han optimizado sobremanera la asistencia sanitaria a la población transfronteriza.

Rouvet concluye enfatizando en la cuestión de que “el reto actual del hospital es avanzar en la coordinación de los dos sistemas sanitarios y mejorar la relación con toda la red de atención, como ambulatorios, residencias de ancianos o centros de recuperación, aunque no sea estrictamente transfronteriza”.

Desde el 15 de junio de 2021, y con estadísticas positivas en la evolución de la pandemia a nivel europeo, Francia levanta todas las restricciones de tráfico en sus fronteras internas europeas, por mar, tierra y aire, donde se pone fin a todas las medidas de contención del Covid-19.

VII. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha pretendido averiguar cuál ha sido el impacto de las medidas para frenar el Covid-19 en diferentes servicios y sistemas sanitarios tanto en la ciudad Ceuta, por ser frontera con Marruecos (país no perteneciente a la Unión Europea), como en la frontera hispano-portuguesa e hispano-francesa. Gracias a la investigación teórica realizada a través del análisis de diferentes estudios sobre la materia estudiada se arrojan los siguientes datos.

En la frontera hispano-marroquí confluyen dos sistemas sanitarios: por una parte, el universal, de España; y el marroquí que, aunque incluye un gasto público del 2,25 % del PIB (2017), hay que resaltar que presenta un avance hacia la privatización del sistema sostenido por su población.

Las personas transfronterizas que accedían a territorio español asiduamente hacían uso de manera muy frecuente de diferentes servicios sanitarios del SNS en Ceuta. Concretamente, los datos son más representativos en los servicios de Urgencias, Partos, Ingresos Urgentes, Intervenciones Quirúrgicas de urgencia con posterior Hospitalización y el servicio de Radiodiagnóstico. Esta asistencia se ha visto drásticamente reducida hasta un 30% por el cierre de la frontera.

13. Álvarez, D.: “Salud sin fronteras: el hospital hispano-francés de Puigcerdá”, *La Vanguardia*, 22 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/politica/20201222/6141393/salud-fronteras-hospital-hispano-frances-puigcerda.html>.

Además de las transfronterizas, hay que añadir el volumen de personas migrantes que acceden por vías ilegales a territorio nacional. Estas, en su mayoría, se encuentran en circunstancias de empeoramiento de salud y deterioro físico y mental presentando heridas infectadas, lesiones traumatológicas y un largo etcétera que hacen que también accedan al sistema sanitario español en Ceuta.

Con el cierre de la frontera por circunstancias del Covid-19 el 12 de marzo (de manera unilateral por parte de Marruecos) hasta la actualidad y las medidas de confinamiento impuestas por el Gobierno de España, las personas que quedaron atrapadas en Ceuta –un considerable volumen fueron las “empleadas de hogar” y otras personas que tenían vigentes sus contratos de trabajo con diferentes empresas locales que quedaron al otro lado del país–, han visto como perdían sus puestos de trabajo repercutiendo en un gran número de bajas en la Seguridad Social. A esta circunstancia hay que sumarle que se les excluyó de poder percibir las prestaciones derivadas de los ERTE, y de poder acceder a los servicios y prestaciones que habían generado dichos contratos laborales.

En cuanto a la atención sanitaria hispano-portuguesa destacamos que ambos sistemas sanitarios son de carácter público y universal y que se pueden complementar con la iniciativa privada. La diferencia radica en su estructura y organización competencial.

Se evidencia que entre ambos países existen acuerdos, convenios o protocolos que regulan la cooperación sanitaria transfronteriza, específicamente, entre la Comunidad Autónoma de Extremadura y Portugal. El enfoque de dichos acuerdos se basa en la mejora en el acceso al sistema sanitario tanto de la población autóctona como de las personas transfronterizas que transitan por dicha frontera, con el fin de adquirir bienes o servicios que les sean más beneficiosos o provechoso para ellas. Además, ambas administraciones pusieron todo su esfuerzo en garantizar todos estos servicios y prestaciones.

Por su parte, hay que destacar que existía una cifra considerable de personas transfronterizas que se encuentran dadas de alta en la Seguridad Social en el lado contrario de la frontera; en el Alentejo portugués (700 extremeños) y en Extremadura (1.500 portugueses).

Durante la pandemia del Covid-19 y, tras una rigurosa limitación de la circulación en la frontera, se adoptaron diversas medidas entre España y Portugal sobre cuestiones sanitarias y laborales que permitieron ciertas excepciones que posibilitaron acceder a los centros de salud y facilitar el tránsito. Éstas precisaban de autorizaciones para cruzar el perímetro fronterizo.

Por todo lo anterior, los profesionales de la salud tanto españoles como portugueses durante el Estado de Alarma podían circular de un país a otro por considerarlos “profesionales esenciales de interés público”.

Así mismo, queremos resaltar que la cooperación transfronteriza entre España y Portugal se encuadra en el Acuerdo Marco y dentro de la normativa reglamentaria europea.

Por último, respecto a la frontera hispano-francesa, cabe resaltar que el sistema sanitario francés es igual que el español, universal, aunque casi su totalidad está financiado

por el Estado (contribuciones al seguro social). Esta característica es la que lo diferencia del Estado español, el cual está sufragado vía impuestos.

El Convenio entre el reino de España, la República francesa y el Principado de Andorra (2002) plasma la cooperación institucional transfronteriza.

En cuanto a su espacio fronterizo, entre España y Francia se permite la libre circulación de personas donde existen puestos de control que se activaron por cuestiones de seguridad nacional relacionadas con ETA y los CDR. A estas circunstancias hay que añadir las generadas por la pandemia del Covid-19 y su impacto socioeconómico en el mismo.

Para mitigar la expansión del virus durante el Estado de Alarma de ambos países, sus Ministerios de Sanidad acordaron un marco de cooperación para asegurar las situaciones de riesgo de sus profesionales sanitarios y favorecer su movilidad atendiendo a “los casos de dificultad de cobertura de plazas” en alguno de los dos países, especialmente, en áreas fronterizas.

La pandemia del Covid-19 no solamente ha generado una crisis sanitaria sino también económica y social. Las medidas de los gobiernos de los diferentes países han pretendido, en primer lugar y, ante todo, contener la crisis sanitaria, preservar vidas y evitar el colapso de los servicios de salud, para garantizar la atención médica y evitar la propagación del virus en las relaciones interpersonales y limitar sus desplazamientos en su justa medida tanto intra (entre ciudades) como interterritorialmente (entre países fronterizos). La evolución de los contagios y el aluvión de ingresos en las urgencias hospitalarias, concentradas en muy pocas semanas, han supuesto un gran reto a todo el sistema sanitario, que ha precisado de refuerzo con más medios humanos y técnicos.

En este trabajo se ha evidenciado que, para una mejor coordinación transfronteriza en situaciones de crisis como en la pandemia del Covid-19, es necesario que los países establezcan acuerdos bilaterales con el fin de optimizar la gestión transfronteriza. Las Políticas de Estado de colaboración con los países de nuestro entorno destacan como piedra angular de suma importancia para el interés nacional y el bien público.

Francia y Portugal como países limítrofes con España dentro del marco de actuación de la Unión Europea ya mantenían acuerdos de colaboración previos a la pandemia. Después de los cierres fronterizos, dichos países han aunado sus esfuerzos para establecer nuevos convenios de colaboración para la cooperación transfronteriza y en el caso que nos ocupa, la coordinación sanitaria transfronteriza. Las acciones se centraron en posibilitar el acceso a los centros de salud de las personas transfronterizas, proteger las situaciones de riesgo de los profesionales sanitarios y establecer excepciones en materia laboral a los transfronterizos que trabajaban a ambos lados del país.

Por su parte en la frontera entre España y Marruecos en la Ciudad de Ceuta se ha verificado que las relaciones bilaterales durante la pandemia han sido nulas.

En cuanto a la cuestión sanitaria en Ceuta, todas las personas transfronterizas que se quedaron en territorio español pudieron acceder al sistema sanitario sin ningún tipo de consideración especial, pues el SNS de España es universal y gratuito. Asimismo, la asistencia sanitaria en los servicios que atendían a un volumen considerable de los transfronterizos antes del cierre fronterizo ha experimentado una gran variación por el cierre de la

frontera por la Covid-19. En todas estas se ha visto reducida la actividad asistencial siendo más notorias las cifras en urgencias, hospitalización y partos, hasta un 30 % menos.

Por otro lado, las medidas de confinamiento dictadas por el Gobierno de la Nación tuvieron serias consecuencias negativas para este colectivo en cuanto al ámbito laboral. Las trabajadoras transfronterizas que se dedican al servicio doméstico, además de los trabajadores que estaban contratados por otras empresas, denunciaron la falta de controles administrativos y judiciales ante los incumplimientos de la legalidad vigente de los empleadores. La gran mayoría no están sometidas a ningún tipo de control al no estar dadas de altas ni afiliadas a la Seguridad Social y las prestaciones sociales por jubilación, incapacidad y por accidente de trabajo, todos estos derechos se han visto mermados.

Estas situaciones las han situado en riesgo de vulnerabilidad y exclusión social, agravada por el cierre fronterizo y la incapacidad de poder regularizar su situación, renovar su permiso de trabajo, etc.

Es preciso destacar que los responsables políticos y los agentes sociales deberían trabajar en la consolidación de unas Políticas Sociales "garantistas" en cuanto a los derechos de las personas migrantes y que se lleve a cabo el cumplimiento de los acuerdos bilaterales en materia de trabajadores transfronterizos.

Ciertamente, este trabajo abre también la vía de investigación en otros campos como es el caso de investigar si se puede establecer acuerdos bilaterales entre países que no contemplan las mismas políticas de bienestar y que no actúan desde el mismo marco de cooperación, en este caso la seguridad sanitaria y la laboral desde el ámbito europeo y/o internacional.

Bibliografía

- Araluce, G.: "Cientos de personas piden volver a Marruecos tras dos años atrapadas en Ceuta y Melilla", *Vozpópuli*, 5 de enero 2022, disponible en: <https://www.vozpopuli.com/espana/ceuta-melilla-marruecos-atrapados.html>.
- Aznar, M.J.: "Ceuta: rasgos socioeconómicos", *Almenara. Blog de la profesora María José Aznar*, 8 de diciembre de 2019, disponible en: <https://blogs.ugr.es/almenara/18-ceuta-rasgos-socioeconomicos/>.
- Cabaleiro Larrán, J.: "La 32 cumbre hispano-portuguesa renueva el Tratado de Amistad y Cooperación", *Aquí Madrid*, 30 de octubre de 2021, disponible en: <https://aqui.madrid/la-32-cumbre-hispano-portuguesa-renueva-el-tratado-de-amistad-y-cooperacion/>.
- Calderón Vázquez, F. J.: "Repasando la frontera hispano-portuguesa: Conflicto, interacción y cooperación transfronteriza", *Estudios fronterizos*, Vol. 16, núm. 31, 2015, pp. 65-89. DOI: [10.21670/ref.2015.31.a03](https://doi.org/10.21670/ref.2015.31.a03).
- "Ceuta: 4 claves que explican la llegada récord de miles de migrantes desde Marruecos a España en dos días", *BBC News Mundo*, 18 de mayo 2021, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-57160361>
- "España ofrece ayuda frente al coronavirus a Portugal dentro de sus posibilidades", *El Mundo*, 1 de febrero de 2021, disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2021/02/01/60181768fc-6c83772b8b4580.html>.

- Jimeno Jiménez, F.: *La influencia de las condiciones de vida en el desarrollo de los ciudadanos profesionales destinados a personas mayores en España* [tesis doctoral]. Universidad de Granada, 2016. Disponible en: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/45886>.
- Medina-García, E.: "La cooperación transfronteriza entre España y Portugal en perspectiva. Ciudad y Territorio", *Ciudad Y Territorio Estudios Territoriales*, vol. 53, núm. 209, 2021, pp. 633-646. DOI: [10.37230/CyTET.2021.209.02](https://doi.org/10.37230/CyTET.2021.209.02).
- Ministerio de Sanidad: *Memoria INGESA 2020*, Ministerio de Sanidad, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, 2021. Disponible en: https://ingesa.sanidad.gob.es/actividad/memorias/docs/Memoria_2020_INGESA.pdf.
- Rodríguez Ruiz, P.: *La política de gestión de fronteras y de control de flujos migratorios con Marruecos. Un Informe sobre los instrumentos de colaboración en el contexto de la crisis por la Covid-19 (2020)* [trabajo fin de Máster]. Universitat Autònoma de Barcelona, 2020, disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/trerecpro/2020/233132/TFM_prodriguezruiz.pdf.
- Varo, L. J.: "La frontera bloqueada a las empleadas del hogar", *ElPaís.com*, 2 de agosto de 2020, disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-08-01/la-frontera-bloquea-a-las-empleadas-del-hogar.html>.



Estudios jurisprudenciales



Sobre la teoría de la “ocasionalidad relevante” en la calificación del accidente como de trabajo. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de febrero de 2023, REC. 2617/2019

ON THE THEORY OF “RELEVANT OCCASIONALITY” IN THE CLASSIFICATION OF THE ACCIDENT AS AN ACCIDENT AT WORK. COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT, SOCIAL CHAMBER, OF 9 FEBRUARY 2023, REC. 2617/2019

Francisco Carmona Pozas

Magistrado emérito (j.)

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social

f.carmonapozas@yahoo.es 0009-0000-2206-6762

Recibido: 09.05.2023 | Aceptado: 14.05.2023

RESUMEN

El accidente, con independencia de su calificación, siempre suscita una especial atracción y estudio desde todos los ángulos (humano, social, civil, laboral, penal...), tendente a compensar y restituir sus negativas consecuencias. La sentencia comentada plantea la consideración de un accidente como laboral, debido a las circunstancias de su acaecimiento y la aplicación de la teoría de la “ocasionalidad relevante”.

ABSTRACT

The accident, regardless of its classification, always arouses a special attraction and study from all angles (human, social, civil, labour, criminal...), aimed at compensating and restoring its negative consequences. The judgement in question raises the consideration of an accident as an accident at work, due to the circumstances of its occurrence and the application of the theory of “relevant occasionality”.

PALABRAS CLAVE

Accidente de trabajo
Ocasionalidad relevante
Hecho lesivo
Prevención de riesgos
Laborales

KEYWORDS

Accident at work
Relevant occasionality
Injury
Occupational risk
prevention
Liability

SUMARIO

- I. TEMA PLANTEADO
- II. COMENTARIO
 - A. Sinopsis
 - B. Regulación
 - C. Introducción
 - D. La influencia de la arquitectura jurisprudencial
 - E. Sobre la ley de prevención de riesgos laborales
 - F. La regla de infracciones
- Bibliografía

I. TEMA PLANTEADO

Recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la Mutua contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de 22 de mayo de 2018. que desestimó el formulado por dicha parte, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de aquella ciudad, de 27 de julio de 2018, desestimatoria de la demanda en la que se interesaba que la situación de incapacidad temporal de la trabajadora se declarase derivada de accidente no laboral. La citada trabajadora sufrió una caída cuando se dirigía, desde su centro de trabajo, a un bar para merendar; media una distancia de unos 60 metros.

II. COMENTARIO

A. Sinopsis

Partiendo de la calificación de accidente de trabajo operada por la sentencia que se comenta, se analiza si tal calificación subsiste *sic* frente a otros campos jurídicos conexos del orden social, pese a sus graves y, acaso, ignoradas consecuencias, especialmente en materia de daños, recargo de prestaciones y, con carácter general, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. El tema, por su acaecimiento y múltiples efectos, ha suscitado siempre una extensa y permanente bibliografía, con una actualidad vital. Su consulta conforma todo análisis sobre esta materia¹.

1. Entre otros numerosos, AA. VV.: *Hacia una legislación integral sobre el accidente de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, IX-2006; Cardenal Carro, M. y Hierro Hierro, F. J.: *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable*, Bomarzo, Albacete, 2005; Fernández Marcos, L.: *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público*, Ministerio de Trabajo, col. Tesis Doctorales, Madrid, 1975; AA.VV.: *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Manuales de Formación Continua, Madrid, 43-2007; Baylos, A. y Terradillos, J.: *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1990.

B. Regulación

Se han consultado las siguientes normas:

- Artículos 156, 158 y 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS).
- Artículos 2.b), 96 y 142 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LJS).

Artículo 1902 y concordantes del Código Civil.

- Varios artículos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL).
- Y concretas referencias del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprobaría el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, LISOS).

C. Introducción

No es un factor novedoso el tema de la “ocasionalidad relevante” en la calificación del accidente laboral, bajo la cobertura que le presta el artículo 156.3 LGSS que, salvo prueba en contrario, es “toda lesión que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo, será constitutiva de accidente de trabajo”.

Conforme al precepto citado, numerosos supuestos conforman hoy el concepto de “accidente de trabajo”, con una extensa jurisprudencia en el análisis de sus diferentes apartados, que ocasionan situaciones asimiladas, acaso matizando el espíritu que preside el propio texto legal. Su extensión podría inducir a considerar que su detallada regulación integra y agota las posibles modalidades del accidente laboral; sin embargo, su redacción, gramaticalmente incompleta a veces, parece dejar un margen de interpretación importante a la doctrina y jurisprudencia.

El ejemplo comentado de la citada sentencia, revela la flexibilidad de su noción, ligada en este caso, al acaecimiento del hecho controvertido en el “tiempo y lugar de trabajo”, por asimilación, de conformidad con la teoría de la “ocasionalidad relevante”, teoría que, conforme reiterada doctrina, caracteriza esta ocasionalidad “relevante” por una circunstancia negativa y otra positiva: la negativa, es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo, y la positiva, que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajador hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquel evento.

Reciente STS de 18 de abril de 2023 (rec. 3110/2020), disiente de la aplicación general de esta teoría, basada en los acontecimientos fácticos, aunque existe un paralelismo aceptable.

La evolución del tema es constante en la historia de este instituto². La abundante jurisprudencia sobre este aspecto, por reiterada, hace innecesaria su expresa cita histórica, sosteniendo que la conformación del supuesto legal inicial (art. 84 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social) transcribía, en parte, criterios técnicamente jurisprudenciales.

En nuestro objetivo, interesa subrayar, además de los efectos ínsitos a su ordenación, su proyección inmediata en la esfera de la responsabilidad por daños, materia del mismo modo extensa legal y jurisprudencialmente. En la actualidad, competencia del orden social, según dispone el artículo 2.b) LJS bajo la reclamación “por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales”³.

D. La influencia de la arquitectura jurisprudencial

Esta cuestión –daños– está particularmente ligada al propio concepto del accidente de trabajo en sus diversas manifestaciones legales y jurisprudenciales, por lo que su concepción extensiva en el orden y efectos estrictamente laborales y de seguridad social, puede ocasionar un repercusión múltiple con graves consecuencias en otros campos, en particular en sede empresarial y demás sujetos potencialmente implicados, dada la articulación plural de la prestación laboral, efecto colateral importante y, acaso, inicialmente imprevisto o descartado, máxime si se repara en su conexión con la normativa de prevención de riesgos laborales.

Cabría reflexionar y entender que las diferentes formas legalmente comprendidas bajo el concepto de accidente de trabajo en el artículo 156 LGSS, en sus propios y taxativos términos, ante los graves y diversos efectos que podría generar una formulación analógica extensiva, vía jurisprudencial, en el ordenamiento específico de seguridad social y gestión empresarial, agotan los objetivos de su cobertura social, lo que aconsejaría una modulación prudente y más restringida de su concepción extensiva, a fin de atemperar aquellos riesgos.

Tal evolución plantea la duda de si los argumentos y principios que animan y dispensan aquella asimilación (no descartable y lógica puntualmente) persiguen una cobertura mejorada de la Seguridad Social (de accidente no laboral a la figura de accidente de trabajo) o, quizás, deba sostenerse simplemente su propia y específica protección, ausente la relación directa causa-efecto (trabajo-lesión), ajustada al término legal de “tiempo y lugar de trabajo”, considerando, en todo caso, que el hecho

2. Paradigmático resulta la obra del profesor Del Peso y Calvo, C., primero con su publicación *Accidentes de Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1957, y en 1971 con *La protección legal del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional. 1900-1967*, Ministerio de Trabajo, Instituto Nacional de Previsión, serie Estudios núm. 182, Madrid, 1971.

3. En este campo, la STS de 27 de enero de 2014, rec. 3179/2012, resulta particularmente ilustrativa sobre los diferentes temas interesados en nuestro análisis, resultando doctrina reiterada con posterioridad en sentencias de 23 de junio de 2015, rec.944/2014; de 13 diciembre 2018, rec. 398/17; de 13 de octubre de 2020, rec. 2648/2018; y de 20 de abril de 2021, rec.5042/2018, entre otras varias.

lesivo se ha producido fuera del entorno directa o estrictamente productivo, ámbito de especial relevancia para la aplicación de la LPRL.

Ciertamente, la interpretación de sus términos flexibles y algo indefinidos, han permitido, a través de figuras afines o próximas, pergeñar concretos supuestos de accidentes de trabajo, siempre concebidos con un valor *uti singuli*, evitando su generalización y descartando una aplicación por aparente analogía, a fin de eludir una extrapolación aplicativa que, asimilada con el tiempo y corroborada por reiteración, causaría una seria distorsión de la concepción originaria y coherente del accidente de trabajo en las diferentes formas legalmente previstas. En otro caso, por esa vía, se podrían estar construyendo nuevos tipos calificables de accidentes de trabajo, al amparo de una doctrina basada en la analogía de sucesivos o supuestos similares que, en su evolución, progresivamente se alejarían, como indicamos, de su concepción, objetivos y regulación genuina.

En esta dinámica y proyección conceptual del accidente de trabajo, marginando los supuestos clásicos del accidente *in itinere* o “en misión”, se han generado en el marco de la prestación laboral otras figuras afines, de limitada duración y objetivos diversos, referidas a desplazamientos, rutas cursadas, itinerarios habituales, salidas coyunturales con determinada justificación realizadas durante la jornada laboral, y otras análogas, en su mayoría conceptualmente integradas en la noción general de accidente de trabajo al amparo del artículo 156.3 LGSS referido, con la conformidad jurisprudencial de la teoría de la “ocasionalidad relevante”, teoría, según reiterada jurisprudencia, por la concurrencia de las circunstancias ya examinadas⁴.

Un nuevo campo de análisis, en relación de cuanto se ha expuesto y la *vis* extensiva de su interpretación, plantea la materia de daños derivados del accidente. La STS de 30 de junio de 2010 (rec. 4123/2008), partiendo de la calificación laboral del evento como premisa incuestionable, señalaba que la responsabilidad por daños recaerá sobre el empleador o sujeto afectado por su participación profesional, entendiéndose, como advertía aquella sentencia, entre otras varias, que “(...) el fracaso de la acción preventiva a la que el empresario está obligado -porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable”, aplicando la normativa civil deriva en una responsabilidad contractual conforme al artículo 1902 del Código Civil.

En el proceso laboral, la jurisdicción social competente en la materia determina su encausamiento [arts. 2.b) y 96.2 LJS] con el bagaje probatorio previsto en el artículo 142.2 de la misma norma procesal. La deriva del supuesto, con las dudas puntuales que, con carácter general, podría ocasionar el percance laboral ocurrido, en su caso y considerando el tipo y circunstancias del accidente, previo análisis y pormenores de su acaecimiento, la cuestión en principio, podría implicar asumir las consecuencias económicas derivadas de la aplicación del artículo 164 de la citada LGSS, en materia

4. Monereo Pérez J. L. hace un minucioso estudio sobre la teoría de la ocasionalidad relevante en su trabajo “La determinación de contingencia: una eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la ocasionalidad relevante”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5/2021.

de posible recargo de prestaciones, cuando “la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centro o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tenga inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad o salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”, aspecto novedoso no descartable y parte sustancial de la LPRL.

E. Sobre la ley de prevención de riesgos laborales

La precedente interrogante suscita otro tema de análisis no menos importante y consecuente, en parte detectado. Nos referimos a LPRL. Imposible (y no pretendido) en este breve comentario ofrecer un estudio completo de la citada Ley en el marco de las relaciones laborales. Sólo, al hilo del tema suscitado en la sentencia comentada y supuestos similares y una posible accidentada evolución, procede realizar algunas observaciones, partiendo del objetivo sustancial de implantación consistente en: “promover la seguridad y salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de los riesgos derivados del trabajo”, entre los que el accidente requiere especial consideración, especialmente aquellos que acaecen, como se apuntó, fuera del ámbito estrictamente productivo, como refiere el caso comentado.

La citada Ley, ejemplo de ordenación, prevención y asistencia técnica en innumerables aspectos del trabajo que, como norma mínima, deja espacio a su reglamentario desarrollo y la pormenorización y casuística de la negociación colectiva, normas todas de obligada observancia, encaja, con cierta dificultad, o en previsión especulativa, en el tema enjuiciado en la sentencia comentada y otras de semejante contenido; inclusive podría equipararse su complejidad aplicativa a los casos de accidentes en itinere, en misión o en supuestos de actividad desarrollada en centros de trabajo móviles o itinerantes y equiparables, dada la movilidad de los trabajadores respecto de una posible y debida protección eficaz plena de seguridad y salud por parte de los empleadores.

Los accidentes ocurridos en tareas laborales complementarias como desplazamientos accidentales partiendo del centro o lugar de trabajo, las rutas o itinerarios a seguir, las causas y supuestos potencialmente encuadrables en el artículo 156.3 LGSS que venimos comentando, y otros como el tipo de trabajo a desempeñar en aquellas condiciones, plantean algunos problemas similares al fijar las obligaciones que puede contraer el empleador o persona obligada para promover y garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en aquellos supuestos, ya que la Ley (art. 4.2º) define el riesgo laboral “como la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo”.

Esta calificación obliga a deslindar el contenido y los límites del trabajo, partiendo o no de la valoración efectuada por la jurisprudencia, pudiendo deducirse que las

reglas del meritado artículo 156.3 LGSS resultan válidas, conforme a su ubicación, para la calificación del accidente como “de trabajo” conforme a la teoría de la “ocasionalidad relevante”. Esta presunción, en la esfera de la LPRL, inexistente la conexión fluida, práctica e íntegra de su adecuada aplicación, rompe el principio general de la responsabilidad, alentando justificadamente una solución acorde con su filosofía y límites de su concepción.

No obstante, la ordenación de tal Ley contempla aspectos normados que requieren una especial atención. El artículo 14.2 LPRL dispone que “En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio *en todos los aspectos relacionados con el trabajo* (mercado nuestro), con las connotaciones previstas en la norma.

Como principios de la acción preventiva, en artículo 15, en sus numerales 2, 3 y 4 disponía que “el empresario tomara en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles las tareas”, “Adoptará las medidas necesarias que solo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada, podrán acceder a las zonas de riesgo grave y específico” y que “La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencia no temeraria que pudieren cometer el trabajador”.

En todo caso, el plan de prevención de riesgos laborales, según el artículo 16, “(...) deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales...” “que incluya la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

El artículo 28 regula, del mismo modo, la protección integral de los trabajadores en las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal. En suma, solo una interrogante: cómo el empleador vigila e impide actos de riesgo (circulación, medios, itinerarios, conductas, manipulaciones y otros análogos) realizados fuera del lugar de trabajo, calificados todos, desde el punto de vista laboral, como accidentes de trabajo, conforme a la teoría de la “ocasionalidad relevante”.

F. La regla de infracciones

En relación con los objetivos de aquella Ley, es obligado referir como deductivamente aplicable, aún de forma sucinta, la LISOS. La tipificación y referencia de las infracciones (leves, graves y muy graves) en materia de prevención de riesgos laborales, constituyen un proceso de vigilancia pormenorizado, extenso y constante, hasta el punto de agotar las posibles incidencias, anomalías o deficiencias acaecidas en el mundo de las relaciones laborales.

La responsabilidad empresarial en materia laboral y de prevención de riesgos laborales, queda regulada en el artículo 42 de aquella norma con un sentido integrador. En todo caso, la infracción comporta importantes sanciones económicas y otras de diferentes signos en caso de reincidencia, con cese temporal de sus actividades, inclusive.

La sentencia comentada y los antecedentes que la avalan permite detectar conexiones y efectos derivados en torno al concepto “final” del accidente de trabajo, cuestiones que parecía interesante despejar, tratar y, cuando menos, apuntar.

Bibliografía

- AA. VV.: *Hacia una legislación integral sobre el accidente de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, IX-2006.
- AA.VV.: *Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Manuales de Formación Continua, Madrid, 43-2007.
- Baylos, A. y Terradillos, J.: *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1990.
- Cardenal Carro, M. y Hierro Hierro, F. J.: *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- Del Peso y Calvo, C.: *Accidentes de Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1957.
- Del Peso y Calvo, C.: *La protección legal del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional. 1900-1967*, Ministerio de Trabajo, Instituto Nacional de Previsión, serie Estudios. núm. 182, Madrid, 1971.
- Fernández Marcos, L.: *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público*, Ministerio de Trabajo, col. Tesis Doctorales, Madrid, 1975.
- Monereo Pérez, J. L. “La determinación de contingencia: una eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la ocasionalidad relevante”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5/2021.



Recensiones



Recensión de la obra de Jorge Baquero Aguilar: *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Laborum, Murcia, 2022

Carlos José Martínez Mateo

Profesor Ayudante Doctor (acreditado como Profesor Contratado Doctor)

de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

carlomatt@uma.es  0000-0002-0263-650X

Recibido: 13.01.2023 | Aceptado: 17.01.2023

Para el autor de la obra recensionada, la progresiva desnaturalización que han venido sufriendo los preceptos de nuestra Carta Magna de los conocidos principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público de nuestro país a lo largo de los últimos años, es un hecho constatable que han tenido un reflejo en el entorno legal de nuestro ordenamiento jurídico. El objeto principal que persigue esta monografía es el de analizar este fenómeno que, de manera singular, han venido sufriendo los preceptos constitucionales en materia de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público de nuestro país a lo largo de los más de cuarenta años de Democracia. A pesar de la extensa normativa tanto legal como reglamentaria existente en el seno de nuestro ordenamiento jurídico, y a pesar de ser un derecho fundamental protegido con las máximas garantías constitucionales, a lo largo de más de cuatro décadas se han venido produciendo toda una serie de circunstancias que han procurado que el acceso a nuestro sistema de empleo público se realice de una forma que se podría considerar como de impropia, vulnerando el derecho fundamental de acceso al mismo en condiciones de estricta igualdad.

En este sentido, entre la normativa crucial y más reciente de los últimos años que regula o incide en forma alguna sobre esta amplia materia, se analiza por parte del profesor Baquero la siguiente: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; el Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio,

de medidas urgentes para la temporalidad en el empleo público y la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Junto al derecho positivo, también en esta obra se contrastan las resoluciones judiciales de los diferentes tribunales de justicia que han ido modulando y perfeccionando lo previsto en la normativa. La doctrina constitucional ha sido analizada en su conjunto con relación a las distintas cuestiones planteadas en materia de acceso al empleo público, siendo la consulta de la doctrina científica más autorizada la fuente fundamental para el mejor entendimiento de la cuestión y de las diversas controversias suscitadas, así como para las posibles soluciones que se han aportado. El ordenamiento jurídico español (a pesar de contar con el contenido de un derecho material de gran calado tanto a nivel legal como reglamentario y que es una muestra del cumplimiento de la garantía del artículo 53.2 que ofrece nuestra Carta Magna de la protección de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos), vive en un contraste de circunstancias que olvidan la proclamación de estos derechos vulnerando el derecho fundamental de acceso al empleo en condiciones de estricta igualdad.

El análisis realizado sobre esta materia se vertebra en tres pilares básicos que componen la problemática que presenta esta desnaturalización del derecho positivo. El primer pilar que viene dado por el acceso al empleo público así como su régimen jurídico y de los principios constitucionales de igualdad mérito capacidad y publicidad en el acceso al empleo público, planteando el problema que suscita la falta de concreción y ambigüedad normativa con especial mención al Real Decreto-Ley 36/2020, de 20 de octubre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Un segundo pilar, identificado con la innecesaria heterogeneidad normativa de nuestro sistema de empleo público, es analizado a lo largo de la misma en particular a la hora de tratar el acceso al empleo público y su régimen jurídico. La gran variedad y complejidad de la regulación jurídica que posee nuestro actual sistema de empleo público se acompaña de la ignorancia, la desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, la descentralización administrativa, la huida del Derecho Administrativo y la desatención de los principios constitucionales; así como el insuficiente respeto a los principios constitucionales en la subcontratación de los servicios públicos. Estos síntomas de una enfermedad crónica que lleva padeciendo nuestro ordenamiento jurídico positivo durante años, continúan de manera exponencial provocando numerosas situaciones conflictivas estructurales de complejidad originadas por la convivencia de regímenes jurídicos tanto estatutario como laboral caracterizados por la indefinición de sus límites. Es por ello por lo que, por parte del profesor Baquero, se hace necesaria una reforma de la normativa a nivel general que atienda a todas estas circunstancias que vienen debilitando nuestro sistema. Un tercer pilar que considera la desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad con la tensión entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo que, como bien señala el profesor Monereo Pérez en el prólogo de la obra, conlleva la huida del Derecho Administrativo y la huida –también– del

Derecho del Trabajo. El profesor Baquero entiende que existen aporías respecto al cumplimiento de los principios constitucionales en muchos aspectos de la regulación en cuestiones como la subcontratación empresarial y la sucesión de empresas, pero también en la tensión existente en la funcionarización y la laboralización del empleo público.

Dentro de la estructura seguida en la obra, para abordar el estudio de la controversia que desarrollan estos tres pilares, para hacer frente a la cuestión de la “desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad mérito capacidad y publicidad en el acceso al empleo público”, el autor inicia esta investigación con un capítulo introductorio seguido de otros tres y uno final. Para ello, realiza un análisis en el primer capítulo del acceso al empleo público así como su régimen jurídico, realizando un estudio pormenorizado de la evolución de la regulación del empleo público, así como de las propuestas normativas en materia de empleo público, cerrando el capítulo haciendo alusión –precisamente– a uno de los aspectos más relevantes de nuestra actualidad jurídica, como es, “la falta de concreción y la ambigüedad normativa como tónica general realizando una especial atención al Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia”. Sobre este tema, el profesor Baquero Aguilar estudia cómo nuestra Constitución de 1978 adaptó nuestro modelo burocrático y administrativo a un régimen democrático, estableciendo una serie de fundamentos jurídicos para configurar el actual sistema de función pública en nuestro país.

Este modelo o sistema de función pública, se ha visto provisto de un desarrollo legislativo que ha tomado como referente las normas de un texto constitucional que, al ser concebido bajo una serie de circunstancias histórico-políticas comprometidas, es perceptible que algunos de sus preceptos quedaron dotados de una ambigüedad o falta de concreción. Este código genético de tónica ambigua general que marcó el nacimiento del texto constitucional se transmitió a las normas que desarrollaban sus preceptos en materia de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público, bajo el paraguas de las garantías constitucionales y respaldada por los principios como los de legalidad, imparcialidad, objetividad. De todo lo anterior pueden derivarse algunas de las explicaciones por las que se generen problemas sobre la legalidad o no de la coexistencia en nuestro sistema de ciertos modelos que responden a una relación funcional y de otros que responden a las relaciones laborales. En este sentido, merece la pena recordar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puso en orden este desajuste dando prioridad al régimen estatutario funcional sobre la excepcionalidad del laboral, pero (como bien señala el profesor José Luis Monereo en su prólogo), sin terminar de resolver directamente la cuestión. Cuestión que se encuentra entre lo funcional y laboral, y que tradicionalmente ha generado discusiones doctrinales tras la promulgación de la Constitución de 1978, un aspecto que con el tiempo ha ido sucumbiendo ante la lógica de una protección normativa que ha culminado con el conocido modelo dual. En éste, la convivencia del régimen del personal funcionario y el laboral dentro del modelo del empleo público,

pasa por la identificación y delimitación de los puestos a ocupar por el personal laboral que en todo caso deben ser protegidos por la aplicación de los principios constitucionales que tradicionalmente afectaban al régimen jurídico del funcionario a todos los empleados de la Administración sea cual fuere su vínculo.

El desarrollo y la plasmación de este citado “modelo legal dual acorde con la norma constitucional” no ha sido un sendero fácil debido a los debates doctrinales, y ha tenido que ser precisa de manera tajante la intervención del propio Tribunal Constitucional en sus sentencias 170/1988 y 33/1991, de 14 de febrero, que zanjaba la cuestión reconociendo la licitud y la legitimidad constitucional de la convivencia de los dos regímenes jurídicos funcionarial y laboral. Esta doctrina reconoce que la Constitución de 1978 expresamente sólo prevé que la relación de empleo público se configure en el ámbito de la relación funcionarial estableciendo reserva de Ley para el Estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE) y atribuyendo al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de los funcionarios (art. 149.1.18º CE). Además, conviene señalar que en el texto constitucional no existe previsión alguna en el sentido de “prohibir la posibilidad de aceptar y regular la contratación laboral en las administraciones” y, en todo caso, ya se dispone con la reserva legal para la determinación de las funciones que deben ser cubiertas por funcionarios y las abiertas para el régimen laboral. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional refuerza este argumento mostrando su aceptación del doble vínculo funcionarial y laboral de prestaciones de servicios profesionales en el ámbito de las Administraciones Públicas pero, haciendo hincapié en la idea de que el sistema que debería prevalecer era precisamente el sistema funcionarial, y que el legislativo (y no el ejecutivo) era quien debía regular de forma concisa aquellos supuestos en los que se podría acudir a la contratación del personal laboral como un vínculo excepcional y en base a la naturaleza de las funciones a desempeñar que, en todo caso, serían actividades o puestos meramente instrumentales.

En íntima conexión con este capítulo primero, y como bien señala el profesor Monereo Pérez en el citado prólogo de esta obra objeto de realización de esta reseña, el principal problema en esta materia radicaba en la determinación de qué puestos de trabajo eran los que debían ser desempeñados por el personal laboral y cuales quedarían únicamente reservados a los funcionarios (un aspecto, que como es lógico sigue sin concluir ni solucionar en 2022). La elaboración de un Estatuto del Empleado Público, a pesar de derivar del mandato constitucional del artículo 103.3 de nuestra Carta Magna, ha permanecido en el olvido 29 años hasta la aparición de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Este texto normativo, en su vigente redacción dada por el Real Decreto Legislativo 5/2015, es la principal norma reguladora del régimen jurídico del personal de las administraciones, aunque hay que señalar que se mantienen vigentes algunos de los preceptos anteriores por un lado y, por otro, que el EBEP ha sido objeto de numerosas reformas en muchas de sus disposiciones de las que precisamente el Profesor Baquero Aguilar ha reflejado en su obra. La exposición de motivos de este texto normativo señala como uno de sus principales objetivos de la norma aportar una regulación que (conforme a los principios

generales aplicables al conjunto de las relaciones del empleo público, teniendo como fin la eficacia y mejora de la calidad servicios públicos) regule “aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio”. En definitiva, de lo que se trata es de dotar al personal funcionario de una regulación básica determinando a su vez un marco normativo básico y en especial para el personal laboral a su servicio, de ahí que su denominación haga referencia a un Estatuto para los “empleados públicos”.

En términos generales, es evidente que la línea que persigue esta regulación es, sin lugar a dudas, la actualización de la gestión del personal al servicio de la Administración Pública con el objetivo de conseguir que la eficacia y la calidad de un servicio paternalista prestado al ciudadano, se haga vertebrándose en los clásicos valores e instrumentos de la gestión de personal de las empresas privadas sin menoscabo de la pérdida de la esencia y valores de los principios clásicos del empleo público (como por ejemplo el acceso sometido a los principios de capacidad y mérito de los funcionarios de carrera). Es muy importante señalar que la propuesta que hacían los expertos en la materia en relación al EBEP en su informe era la de su configuración como instrumento normativo que funcionase como norma para asegurar un “mínimo de coordinación entre las administraciones”. Claro que la letra pequeña vendría dada en que dicha coordinación dejaría a las distintas administraciones adaptar su planificación a sus necesidades particulares y características concretas de forma que el Estatuto “debería señalar a título indicativo los tipos de previsiones y medidas que de acuerdo con la Ley aplicable en cada caso pueden contener los planes” de gestión de personal en los términos del apartado IV del Informe de la Comisión de Expertos.

Esta estrategia, que promete cierto grado de éxito (la cual se hace desde el Informe de los Expertos), se desarrolla en el texto legal regulador del EBEP, y así se recoge de forma expresa en la exposición de motivos citando textualmente: “(...) la apertura de mayores espacios a la autonomía orgánica en materia de personal es necesaria para posibilitar la regulación diferenciada de los sectores públicos que lo requieran, la gradual multiplicación de la forma de gestión de las actividades públicas dentro de cada nivel territorial de gobierno persigue responder adecuadamente a las exigencias que plantea en cada caso el servicio eficaz a los ciudadanos”. Es por ello por lo que, de manera muy acertada, pero sin llegar a la genialidad, el EBEP se consolida como norma básica en el sentido más amplio de la palabra, puesto que únicamente establece la estructura del empleo público, partiendo de las líneas maestras del régimen de personal desde una perspectiva general y de principios, dejando regulado muchos de ellos simples habilitaciones abiertos a la posibilidad de desarrollo en sintonía precisamente con nuestra realidad territorial descentralizada. En definitiva, el EBEP realiza su trabajo normativo como una ordenación básica con un escaso margen de flexibilidad de forma que, llegado el momento de la aprobación de futuras leyes de función pública estatales y autonómicas de desarrollo, quedará integrado su contenido en dichas normas territoriales.

No conviene olvidar, pese a lo descrito, que el EBEP tan sólo es una estructura básica que nuestro ordenamiento dispone en materia de empleo público necesitado de un desarrollo normativo tanto a nivel de Administración General del Estado como autonómica y local en los términos de dicho texto normativo, si bien el único hándicap de todo lo expuesto es que el Estatuto no estableció una fecha límite para proceder a la aprobación de estas leyes de desarrollo, una circunstancia que ha llevado a un régimen transitorio muy dilatado y complicado en el tiempo que por lógica ha dejado en el aire y sin efecto muchas de las pretensiones de su contenido. Uno de los grandes puntos fuertes positivos que ha traído el EBEP ha venido dado por el otorgar una enorme fuerza reguladora específica a las comunidades autónomas y demás entidades territoriales sobre la gestión y organización del personal a su servicio. De hecho, el citado texto normativo, se configura una norma marco del que las propias administraciones autonómicas podrán (respetando sus límites) desarrollar, actualizar y optimizar su normativa reguladora de empleo público, teniendo como horizonte concretar sus principios de actuación con respecto a las leyes de la función pública, partiendo del respeto al EBEP como norma de referencia y al resto de las normas que se encuentran en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico.

De manera desafortunada, desde 2007 no ha habido hasta el momento ninguna clase de desarrollo normativo ni esfuerzo para poder concretarlo. Por tanto, no existe ninguna norma equivalente al EBEP ni a nivel de la Administración central ni en la mayoría de las comunidades autónomas, siendo entre las pocas, Galicia, Extremadura Valencia y Castilla-La Mancha las que han aprobado leyes de la Función Pública tras la citada fecha, limitándose únicamente a transcribir sus normas mínimas. La causa de esta larga espera y de este lapso de desarrollo normativo ha venido dado por la propia naturaleza que el legislador ha otorgado a la EBEP como de Ley marco, un remedio que agrava la enfermedad. Si ello le sumamos estos profundos años de oscuridad y crisis económica que no han llevado sino a pequeñas reformas puntuales de este texto normativo (dirigidas siempre arreglar el control del gran déficit presupuestario pandémico), se han convertido en preceptos normativos que lo que consiguen es mermar aún más la eficacia. Los derechos y flexibilización en las vías de extinción de las relaciones laborales en las Administraciones.

El mensaje desolador que transmite la historia de esta norma en lo que lleva de vigencia viene dado por la escasa sustancialidad de sus modificaciones en cuanto al sistema de función pública, en tanto que no ha existido una voluntad por parte del legislador de modificar el modelo ni de desarrollarlo. Con la pandemia lo que si hemos tenido es algo bien distinto, es decir, un derecho de emergencia con todos los atributos de la excepcionalidad y que si ha incidido transversalmente en todos los sectores ramas del ordenamiento jurídico general. La conclusión a la que se puede llegar tras un análisis del marco normativo del empleo público es un conjunto de normas muy inconcluso e incompleto. Si bien es cierto que la adopción de la vía seguida para desarrollar las leyes de función pública de la Administración terminará siendo la que determine si esos objetivos de flexibilidad en las estructuras eficacia y actualización “son logrados” sin dejarse llevar por la patente y actual insolidaridad interregional, y

la equiparación del sector privado en detrimento de los principios constitucionales informadores del empleo público.

Lo que sí llama la atención, además, es que estamos viviendo en un proceso progresivo de laboralización de las Administraciones Públicas tanto de manera directa como indirecta por la vía de la externalización de los servicios que, de forma evidente, constituye una vía inmediata para, en plena crisis, minimizar los costes de prestaciones de servicio que en muchos casos ha tenido que ver con las limitaciones del personal impuestas precisamente por las políticas de austeridad impulsadas por estos años atrás desde la Unión Europea en época pre-pandémica. No obstante, desde comienzos de la década de 2010, vivimos un escenario de proceso inverso de recuperación e internalización de los servicios públicos que trataban de ser exteriorizados en su gestión por la vía privada, trayendo actualmente muchos problemas de readaptación tanto de gestión técnica como de gestión de personal en la esfera del empleo público tanto en el funcional como en el laboral.

Llegados a esta conclusión, el profesor Baquero Aguilar inicia un segundo capítulo dedicado a la heterogeneidad y complejidad de nuestro actual sistema de empleo público, el cual sufre de ya no solo de una indefinición, sino también de una enorme heterogeneidad y complejidad una combinación desafortunada que genera numerosas situaciones de litigiosidad en los tribunales de Justicia tal y como describe en el inicio de este capítulo. En este sentido, el artículo 8.1 TREBEP realiza una definición del concepto de empleado público para su proceder a clasificar a los empleados públicos que ha evidenciando –en la práctica– una serie de controversias legales en torno a esta figura del citado empleado. En conexión con lo expuesto, todo viene a ser fruto de la complejidad acusada por la dualidad de ambos regímenes jurídicos –tanto el estatutario como en el laboral– realizando un inciso en la problemática que conlleva el caso particular de los funcionarios interinos en contraste con la citada heterogeneidad indefinición legal a causa de la interrelación de la norma y sus consecuencias.

Ante la imperiosa necesidad de una reforma de la legislación tanto administrativa como laboral que pusiese fin de una forma definitiva a este tipo de aporías normativas, y gracias a las cuestiones tratadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y su posterior incidencia en nuestro Tribunal Supremo), y a un largo proceso de negociación y de anuncios por parte de los responsables del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, apareció una nueva perspectiva que prometía solucionar estos problemas normativos que, en apariencia, no existen en otras legislaciones del resto de países de la Unión, consiguiéndose dar vida, a través de acuerdos entre Gobierno y sindicatos a la solución a uno de la mayores conflictos sociales de estos últimos años como es la de la temporalidad de nuestro sistema de empleo público. Dicha solución se materializaba a través del esperanzador Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad que, a pesar de su utilidad, se ha revelado como un fracaso normativo pues sigue padeciendo de la ya tratada indefinición crónica que el ordenamiento jurídico otorga a esta materia y con la que el legislador (sin cambiar de comportamiento) continúa sin dar salida a una de las cuestiones más controvertidas planteadas en esta obra, como es la temporalidad

dad en el seno de nuestras instituciones, abriendo toda una serie de interrogantes de suma importancia. Como bien señala el profesor Baquero Aguilar, la cuestión seguirá dando juego tanto al debate iuslaboralista como a las resoluciones judiciales futuras (como se ha venido haciendo hasta el momento), sin terminar de legislar en *pro* de una mayor garantía y preservación de los preceptos constitucionales en materia de igualdad mérito y capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. Una de las grandes reformas pendientes por parte del legislador desde nuestro punto de vista.

Otro de los intentos, en su compromiso por luchar contra esta indefinición por parte del Ejecutivo, consistió en la aprobación de un bloque normativo de reformas con disposiciones como la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, la Ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad del empleo público y el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Estas medidas nos vuelven a llevar a plantearnos (y después de todo el análisis que el autor ha realizado y vertido a lo largo de todo el presente capítulo), una serie de preguntas al respecto, pues al parecer se sospecha que no existe una clara intencionalidad por parte del legislador de seguir solucionando la cuestión pues de la lectura de los preceptos normativos parece deducirse una deliberada “laboralización encubierta” que lleva a un cambio de régimen jurídico del empleo público orientado a una mayor flexibilidad. Todo ello con el riesgo de conseguir una menor objetividad en nuestras instituciones, de manera que sea más proclive y cercana a la línea política de los ejecutivos de cada ciclo político. Cuestión, en definitiva, que pone en tela de juicio los preceptos constitucionales considerados como fundamentales en nuestra Carta Magna.

Tras el estudio realizado, el autor aborda el capítulo tercero partiendo de un estudio constitucional de nuestra Carta Magna, donde trata la ignorancia y desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, resaltando la notable importancia de los preceptos constitucionales en estas materias en relación con el acceso al empleo público de nuestro país. En el mencionado capítulo, se realiza este estudio del conocido perfil de modelo de Administración Pública descentralizada en sus tres niveles administrativos: estatal, autonómica y local. Actualmente, y como es sabido, nuestras Administraciones, por dos cuestiones en este ordenamiento jurídico tan heterogéneo como problemático, están dotadas de una gran autonomía y flexibilidad para el desarrollo de sus competencias, pero también este hecho conlleva una enorme complejidad que deriva (en demasiadas ocasiones) a una enorme litigiosidad en materia de empleo público. Dentro de esta estructura administrativa constitucional y para complicar un poco más las cosas, también nos encontramos con entidades con personalidad jurídica dependientes o vinculadas a las diferentes Administraciones Públicas que, como señala el profesor Baquero Aguilar, forman parte de ese inmenso Sector Público institucional que incrementa aún más la citada serie de discusiones en relación con el hilo conductor de este trabajo.

En relación con ellas, de manera paradigmática, se encuentra uno de los problemas más relevantes como es el tratamiento legal del acceso a la función pública en España. En este sentido, partiendo de la referencia que el profesor Baquero realiza a Sánchez Morón, citando textualmente que “cualquiera que sea el vínculo jurídico formal que un empleado con la Administración es necesario garantizar el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas en los términos del art. 23.2 CE (...), lo que conduce a establecer sistemas de selección que no pueden fundarse sino en el mérito y la capacidad de los candidatos”. Esta es una muestra que evidencia que los sistemas utilizados por el acceso a la función pública están en entredicho incluyendo a sus órganos de decisión; es decir, los tribunales de selección un aspecto que viene analizándose en el capítulo. La razón de todo este inconveniente reside en la fórmula mantenida del ya tratado ambiguo desarrollo reglamentario, que pone en entredicho los preceptos constitucionales en materia de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público resaltando de manera particular la problemática de la selección del personal interino y laboral así como la cuestión no resuelta de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección, cerrando la obra con un estudio de la profesionalización de la función pública como una garantía constitucional.

Para solucionar la controversia suscitada las propuestas de mejora ofrecidas por el profesor Baquero Aguilar en la regulación de las técnicas de protección de los derechos de todos los empleados públicos es atrevida, en aras de desarrollar preceptos normativos que respeten los derechos adquiridos por parte de los empleados públicos que, en ciertas ocasiones, se encuentran inmersos en un limbo legal. La falta de responsabilidad del Estado a todos los niveles no exime para que las consecuencias hayan de soportarlas los propios empleados públicos. Así mismo entiende que la regulación debería contemplar en todo este tipo de situaciones particulares y excepcionales que escapan a toda consideración legal o jurisprudencial. Sería necesario para estos supuestos el nacimiento de una nueva figura de “empleado público indefinido no fijo a extinguir”. Para finalizar, se hace necesaria una protección de los empleados públicos que prestan su servicio en la Administración. En esa línea, desde el legislador debería realizar una revisión normativa efectiva y adecuada sobre el acceso a un empleo público de calidad, así como la defensa de los intereses de los colectivos afectados, y lograr el buen funcionamiento objetivo e imparcial de nuestras instituciones puesto que, las medidas adoptadas hasta el momento se han manifestado como ciertamente insuficientes.



Recensión de la obra de Jorge Baquero Aguilar: *La subcontratación de servicios públicos y su posterior reversión: el acceso indirecto al empleo público*, Laborum, Murcia, 2022

Manuel Díaz Fernández

Graduado Social Colegiado 1480

Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla

manueldiaz.esseconsultores@outlook.es  0000-0001-8876-6139

Recibido: 13.01.2023 | Aceptado: 17.01.2023

Refleja en su segundo libro Jorge Baquero Aguilar su amplia experiencia en la Administración Pública y un preciso conocimiento del tema que aborda desde tres ramas del Derecho: el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral. Sirve esta obra como continuación de la primera publicada también en Laborum Ediciones de título *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*. No cabe duda que, tras una primera valoración de esta obra el autor continuó con su línea de investigación relativa a lo que él denomina –muy acertadamente en mi opinión– como “desnaturalización de los preceptos constitucionales”. Palabra esta, “desnaturalización”, que es idónea para aplicarlo a muchas actuaciones de la Administración Pública y otros entes públicos con respecto a la deficiente aplicación del derecho, ya que estas actuaciones “privan” o “alteran” el bien jurídico a proteger. En la obra se expone una visión de esta desnaturalización desde una perspectiva muy interesante como es el acceso indirecto al sistema de empleo público a través de actuaciones ilícitas de las Administraciones y entes públicos instrumentales por un lado y; por otro, el supuesto ya jurídicamente normalizado de reversión de servicios previamente externalizados a través de la subcontratación por parte de las Administraciones Públicas.

Fiel a la línea de investigación, el autor realiza una estructura de la obra, acertadamente en nuestra opinión, que a modo introductorio se expone a continuación: primero analiza la Carta Magna en todo lo relativo a los preceptos básicos del acceso al empleo público: igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Seguidamente realiza un análisis de la contratación pública y su interrelación entre la normativa administrativa y laboral, llevando al autor a exponer la gran problemática por la colisión de ambas normativas. Para dar ejemplo

de la desatención de los preceptos constitucionales, el profesor Baquero realiza, de una manera más concreta y detallada, una importante exposición sobre la subcontratación de los servicios públicos, no siendo novedoso por esta materia, sino por el excesivo uso de este mecanismo que ha llevado a la precarización de las relaciones laborales y de trabajo de una manera muy preocupante. La obra se sigue adentrando en el análisis de toda la problemática para detenerse en los procesos de consolidación de empleo temporal como medidas que podrían solucionar los problemas, tanto de la Administración en general, como de los empleados públicos que se encuentren bajo el yugo de la temporalidad en particular. Finaliza esta obra el profesor Baquero sobre una serie de reflexiones proponiendo una serie de mejoras para preservar tanto los preceptos constitucionales como el acceso al sistema de empleo.

Realizada esta breve descripción de la estructura de la obra es el momento de ir exponiendo con mayor detalle la investigación realizada por el autor. Empieza su obra, en su capítulo I, contextualizándola dentro del marco constitucional, dando a conocer que en la Constitución española de 1978 (CE) se expone un claro y preceptivo mandato para acceder al empleo público, concretamente, “en estrictas condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad” que, en mi opinión también coincido que es necesaria una profunda reflexión, ya que muchos actos de las Administraciones Públicas y entes públicos han llevado, en no poca ocasiones, a incumplimientos de los mandatos constitucionales, y ha tenido que ser la jurisprudencia –creando cierto desconcierto jurídico– la que ha venido a decir que debe prevalecer la protección de las personas trabajadoras respecto a sus derechos laborales, concretamente los del personal temporal al servicio de las instituciones públicas. En ese sentido, la proliferación del indefinido no fijo ha sido una constante a lo largo de las últimas décadas. El profesor Jorge Baquero realiza su investigación principal en esta figura la del indefinido no fijo, pero desde la óptica de la subcontratación cuando esta se hace –en ocasiones, aunque no en todas– en fraude de ley, y se convierte en un problema para las Administraciones Públicas, pasando las personas trabajadoras afectadas a una situación jurídica de incorporación a la administración que el propio autor denomina “acceso inapropiado” al acceder estas personas a la figura del indefinido no fijo.

El autor parte de la idea de que, si la Administración en general selecciona a los mejores preparados, no sólo se cumplirán en sentido estricto los preceptos constitucionales en materia de acceso, sino que la Administración será más objetiva y, por ende, su funcionamiento será más eficaz y eficiente en cuanto a la prestación de sus servicios hacia la ciudadanía en general. Esa idea antes expuesta la argumenta muy bien el autor cuando hace referencia al texto constitucional, concretamente en los siguientes artículos: *Ex* artículo 103.1 CE, el autor indica que “nuestro modelo de Administración y de función pública está basado en el servicio al ciudadano y en la necesaria objetividad e imparcialidad que han de cumplir tanto la Administración como sus empleados”. Por lo que respecta al artículo 9.2 CE, seguidamente expone en su argumentación que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación

de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. En relación al artículo 14 CE, posteriormente viene a establecer y recordar, que no se debe olvidar este artículo: “son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por último, en lo que concierne al artículo 23.2 CE, sin duda, el autor expone muy acertadamente que el mandato constitucional del acceso al empleo está muy definida, exponiendo en su obra, en el caso concreto del acceso al empleo público, como centro neurálgico de la regulación constitucional en la materia, texto constitucional que nos dice que los ciudadanos aspirantes a formar parte de nuestro sistema público de empleo tienen “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

El artículo anterior ya se ha desarrollado de forma compendiada para cumplir con el mandato constitucional concretamente a través del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP). Pero también hay que indicar que no es sólo esta norma la única con rango Ley que recoge y desarrolla el acceso a la función pública en condiciones de estricta igualdad. Incluso con carácter previo a la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 ya se contaba con cierta normativa que recogía estos aspectos considerados como parte fundamental de esta obra que se reseña. Dicha normativa se ha mantenido en vigor en todo aquello que no contradiga ni al TREBEP ni al propio ordenamiento constitucional. Esta Ley (TREBEP) es la norma fundamental que marca las directrices en materia de acceso al empleo público en el ordenamiento jurídico español, por lo que el autor expone varios artículos en los que es necesario detenerse. Así, en su artículo 1.1, el objeto de la norma es “establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación”. En el artículo 1.3 se recogen toda una serie de fundamentos de actuación que han de cumplir los empleados públicos. El artículo 55 y la disposición adicional 1ª establecen los principios rectores para el acceso al empleo público. En el apartado 2 del artículo 55 se establece que las Administraciones Públicas, las entidades y organismos a que se refiere el artículo del Estatuto instaura una serie de procedimientos que lleve con garantías la selección del personal funcionario y laboral. Por su parte, el artículo 56, establece los requisitos generales de acceso al empleo público; el artículo 57, el acceso al empleo público de nacionales de otros Estados; el artículo 58, el acceso al empleo público de funcionarios españoles de Organismos Internacionales; el artículo 59, el acceso a las personas con discapacidad; el artículo 60, lo relativo a los órganos de selección; el artículo 61, los sistemas selectivos y el artículo 70, como parte importante de la planificación de los recursos humanos, establece las normas de la Oferta de Empleo Público (OEP). Cuestión esta última que ha sido reforzada tanto por parte del Real Decreto-Ley 14/2021, en primer término, como por parte de la definitiva Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (Ley 20/2021).

El autor ha estado relacionando el desarrollo legal que es necesario por mandato constitucional en materia de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso

al empleo público. No obstante, y dentro de su extenso análisis del ordenamiento jurídico aplicable, el profesor Baquero, también se adentra en el desarrollo legal, el reglamentario, para ciertas cuestiones concretas que han de matizar lo preceptuado en la normativa legal. En este sentido, el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado es aplicable. Siguiendo con el desarrollo reglamentario, para el empleado público funcionario en régimen de interinidad, la Orden APU/1461/2002, de 6 de junio, por la que se establecen las normas para la selección y nombramiento de personal funcionario interino, viene a desarrollar el artículo 27 del Reglamento General de Ingreso anteriormente referenciado.

Expuestas estas normas, es interesante la exposición que realiza el autor con respecto a otras normas preconstitucionales y que son de aplicación actualmente, estableciendo también un punto de unión entre estas normas y su línea de investigación, se trata del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado. Haciendo referencia al artículo 1 de dicha norma, el autor conecta esta normativa con lo establecido en el párrafo anterior en cuanto todo aquello que no contradiga ni al TREBEP ni a la Constitución española. Viene a decir este artículo, los funcionarios, "de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo". Por lo que respecta al artículo 29, hace referencia al acceso al empleo público, estableciendo que: "al ingreso en los Cuerpos de la Administración civil del Estado se realizará mediante convocatoria pública y la práctica de las pruebas selectivas correspondientes que, cuando se trate de ingreso en los Cuerpos generales, habrán de efectuarse a través del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios ante un Tribunal cuya composición se determinará reglamentariamente". En el artículo 30 se viene a establecer requisitos para poder participar en las pruebas selectivas previas al ingreso en la función pública. Por último, el artículo 58.2, que además de por ser una norma preconstitucional, se establece puntos de unión con respecto a su trabajo de investigación. El artículo hace referencia a la provisión de puestos de trabajo, concretamente dice: "entre los funcionarios de los Cuerpos generales, los Ministerios interesados podrán proponer a la Presidencia del Gobierno la inclusión en las bases de la convocatoria de aquellas condiciones de capacidad, méritos o requisitos que estimen convenientes para quienes aspiren a las plazas del respectivo Departamento y, en su caso, la exigencia de que los funcionarios procedentes de distintos Departamentos hayan de seguir un curso de especialización en el Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios".

Una vez realizado este inciso en la norma preconstitucional, muy importante para la línea de investigación, vuelve a reconducir su análisis con otra norma, pero ya constitucional como es la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) que, en su artículo 19.1 aborda todo lo relativo a la selección de personal y, en su artículo 20, se preceptúa el sistema de acceso en lo que se refiere

a la “provisión de puestos de trabajo”. Se establecían dos sistemas: el sistema de concurso [art. 20.1.a)], y también se establece el sistema de libre designación de puestos [art. 20.1.b)], que serían aquellos que previamente se hayan determinado como tales en la relación de puestos de trabajo. En cuanto a las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo la publicidad de estas habrá de ser de obligado cumplimiento en los respectivos Boletines Oficiales [ex art.20.c)].

El autor no se limita simplemente a exponer el vasto ordenamiento jurídico aplicable a un acceso al empleo público acorde constitucionalmente, sino que además establece en su obra una serie de reflexiones con respecto a distinto pronunciamiento de los tribunales que abre la puerta a que se establezcan diferentes regímenes jurídicos; en este sentido expone en su obra estas interesantes sentencias del Tribunal Supremo como las siguientes: STS 270/2022 (Pleno), de fecha 28 de enero de 2022 que se alinea con la doctrina Correira Moreira del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia que pretende un cambio sustancial de doctrina en relación con la reversión de servicios públicos. En la misma línea se pronuncia los siguientes pronunciamientos judiciales: STS 445/2022, de 28 de enero de 2022; STS 446/2022, de 31 de enero de 2022, y STS 428/2022, de 1 de febrero de 2022.

Hay que recordar que la línea de investigación del profesor Baquero está relacionada con la persona trabajadora subrogada, indicando el autor, con respecto a los pronunciamientos anteriores que no se declara al trabajador subrogado en la categoría de indefinido no fijo, sino que lo declara como fijo dentro de la Administración. Pero con la particularidad de que lo adscribe como fijo dentro de la unidad productiva que se transmitió y respecto de las funciones desempeñadas en la misma. Finaliza el autor, con respecto a estos pronunciamientos, con una interesante reflexión, y es que podría existir una preocupante involución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de los años 90, que podría desembocar, de consolidarse, no sólo en un problema en relación con el acceso indirecto al empleo público, sino que lo que se plantea es un acceso al empleo público sin contemplación alguna del ordenamiento constitucional vía jurisprudencial.

Como se ha podido observar, el autor, en su primer capítulo, realiza una extensa investigación del régimen jurídico del acceso al empleo partiendo del orden constitucional y analizando tanto el desarrollo legal como el reglamentario. A pesar de esta importante investigación, Jorge Baquero, finaliza este capítulo recordando su línea de investigación, en referencia a la problemática cuando se trata de una reversión de servicios, teniendo que asumir la propia administración al personal revertido en la categoría de indefinido no fijo (dependiendo de la situación laboral), ya que los preceptos constitucionales en materia de acceso al empleo público no es de obligado cumplimiento en el caso de las empresas que han obtenido la gestión de los servicios públicos vía Ley de Contratos del Sector Público (LCSP). Ha quedado claro que existe un enfrentamiento jurídico entre lo que se establece en la constitución en cuanto al acceso al empleo público y sus normas de desarrollo, y el acceso de forma inapropiada e indirecta del personal revertido, adquiriendo un régimen jurídico de indefinido no fijo

que le mantendrá en el puesto de trabajo hasta que se convoque la plaza y supere el proceso selectivo, o hasta que se amortice la misma.

El doctor Baquero, en su segundo capítulo, se centra sobre la desatención de los principios constitucionales en relación con el acceso al empleo público. Este paradigma es lo que también denomina el autor como la “huida del Derecho administrativo” en favor de la expansión del Derecho del Trabajo en los procesos de contratación y subcontratación administrativa y su posterior reversión de servicios por parte de las Administraciones. Como se indicó en el capítulo anterior la contratación pública para el desarrollo de los servicios que les son propios a las Administraciones Públicas y su posterior reversión de servicios conlleva un posible acceso a la función pública de una forma que se podría denominar –como poco– de impropio e indirecto, aunque legal y jurisprudencialmente aceptado. El análisis que se realiza en este capítulo es de gran calado ya que estudia la compleja interrelación de la normativa administrativa y laboral. Así el autor lleva a cabo un profundo y complejo desenmarañamiento de tal complejas relaciones jurídicas que se ha generado como consecuencia de la interrelación del Derecho Administrativo y del Derecho Laboral común, procurando detectar y explicar cuáles son los principales problemas jurídico-laborales que comportan, así como cuáles han sido los pronunciamientos judiciales al respecto de cada una de las cuestiones que va a ir analizando.

El objetivo principal de este capítulo es, por tanto, el de analizar la problemática actual existente en relación con el acceso al empleo público indirecto derivado de los vacíos legales, de la insuficiencia normativa y de las aporías y contradicciones legales que comporta el actual ordenamiento jurídico en relación directa con la subcontratación de los servicios públicos. El autor pone en contexto la normativa que regula la contratación pública para iniciar su análisis, por lo que expone que esta contratación parte de los preceptos normativos introducidos en la Ley de Contratos del Sector Público. Esta norma debe aplicarse a todo el Sector Público institucional de conforme a lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, su ámbito subjetivo de aplicación es considerablemente amplio.

Además de la amalgama de Administraciones Públicas que pueden hacer este uso, no cabe duda de que se complica también todo este entramado normativo en cuanto a la variedad de servicios que se pueden subcontratar; y ello puede poner en tensión los preceptos normativos de contratación pública, de función pública y de preservación de los derechos laborales de las personas trabajadoras; y sus vicisitudes puede conllevar una posible reversión de los servicios que deriven en la catalogación de dichos trabajadores como personal laboral subrogado. El doctor Baquero, realiza una extensa cita del ámbito subjetivo de la LCSP, pero es importante contextualizarlo dentro del análisis que él quiere realizar posteriormente, para referirse a la variada y enorme litigiosidad que se puede deducir en materia de personal y de acceso al empleo público de una forma “indirecta”, en relación con el número de empleados públicos con los que cuenta nuestro el país. En la obra el autor pone énfasis en el artículo 130 LCSP relativo a la “información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo” por la interrelación que puede tener con el Derecho Laboral. Y

es que, aunque las Administraciones licitantes luego detraigan las cantidades abonadas como gastos de personal en caso de subrogación empresarial vía pliego de condiciones administrativas, y tal y como estipula la LCSP, de entrada, se ha de hacer frente a los gastos laborales provocados por estas hipotéticas situaciones. Lo que no deja de plantear ciertos problemas a la Administración. Sin contar con la casuística que se puede dar que es amplia y que, podría derivar, en tener que asumir la Administración en cuestión –si se diese el caso– a la plantilla de la subcontrata vía artículo 44 ET (sucesión de empresa). Igualmente, el profesor Baquero analiza también la problemática que se puede plantear en esta situación con relación al artículo 42 ET (subcontratación de obras y servicios).

Esta posible conexión que realiza el autor si resultara de aplicación el artículo 44 ET se estaría ante la figura del personal laboral subrogado en virtud del principio de sucesión o subrogación legal del empleador público, pero no sería aplicable a la figura de indefinido no fijo que está previsto para otras circunstancias anómalas en la contratación del sector empresarial público o fundacional. En estos casos el estatuto jurídico aplicable a las personas trabajadoras transferidas en el marco del proceso de reversión o recuperación del servicio es el propio del Derecho del Trabajo: artículo 44 ET y normas concordantes, con las peculiaridades que se impone deducir de una relación laboral en el marco de las Administraciones Públicas en el sentido del artículo 7 (“Normativa aplicable al personal laboral”) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado, a cuyo tenor: “El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan” (en relación con el artículo 11 relativo al “Personal laboral”). La “sucesión de empresas” no es un fenómeno patológico, sino un fenómeno típico de normalización jurídica tanto en el sector público como en el sector privado.

El autor realiza una reflexión interesante al establecer que entra en contradicción la normativa de contratación pública, que regula que no se podrá producir la incorporación de las personas trabajadoras de las contratas y subcontratas. Sin embargo, la Administración o ente público subcontratantes tendrá que hacerse cargo de estas personas trabajadoras. En ese sentido, por parte del autor se realiza un amplio análisis de las leyes generales de presupuesto para el año 2021 y el año 2022, exponiendo aquellos preceptos relacionados con la investigación llevada a cabo en esta obra, dando una mayor visión sobre la necesidad de una reforma normativa para atajar este acceso indirecto al sistema de empleo público. El profesor Baquero una vez que realiza un análisis del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia como todo lo que exponen las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2021 y 2022, a su juicio, no introduce preceptos normativos en aras de solucionar la cuestión del acceso indirecto al empleo público. Como se puede observar, un complejo entramado jurídico que, en atención al acceso al empleo público, no

deja de manifestar una y otra vez una limitación expresa –aunque relativa– a nuevas contrataciones con muchas excepciones que, además, están abiertas a mucha ambigüedad. Esta ambigüedad ha dado lugar a innumerables litigios y en resoluciones jurisprudenciales posteriores que han permitido ese “bordeamiento” y esa desnaturalización de los preceptos constitucionales en materia de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Esta problemática con respecto la interrelación del Derecho administrativo y laboral del ordenamiento jurídico actual, la cual deja abiertas ciertas “brechas legales”, es analizado por el autor en su segundo apartado del capítulo II, brechas que conlleva incumplimiento y desnaturalización de los principios constitucionales lo que le lleva a una revisión de la normativa de acceso al empleo público que impida el acceso indirecto al mismo derivado de todo este tipo de circunstancias que venimos poniendo de relieve.

El autor, posteriormente en el apartado tercero de este mismo capítulo, se centra en lo que por parte de la jurisprudencia se denomina “huida del Derecho administrativo” y cómo este concepto conlleva la falta de atención a los principios constitucionales en materia de acceso al empleo público. Este fenómeno, en su manifestación a través de la subcontratación administrativa, ha servido como mecanismo de desatención, de “bordeamiento” y de desnaturalización de los preceptos constitucionales en materia de acceso al empleo público. Todo ello en su conjunto ha podido favorecer ciertas tendencias políticas y clientelares en el acceso indirecto al sistema de empleo público. Lo que pone en riesgo la necesaria objetividad e imparcialidad que ha de ser la clave del funcionamiento de nuestras instituciones.

Ya en su capítulo III, el autor profundiza, de una manera más precisa y concreta, en la falta de respeto a los principios constitucionales en relación con el acceso al empleo público en la subcontratación de servicios públicos y en el acceso indirecto al sistema como consecuencia de la interrelación de las normas. Expone que lo que inicialmente se planteaba, de entrada, como una cuestión positiva, en referencia a la subcontratación, ha resultado ser un mecanismo que se ha manifestado ciertamente contrario a lo pretendido. Por los litigios se ha podido comprobar que lo que ha llevado esta subcontratación es a la precarización de las relaciones laborales. Pero lo más importante y preocupante es el hecho de que, en ocasiones, las Administraciones han de tener que asumir las plantillas de las empresas subcontratantes aumentando así el número de efectivos, con la consiguiente quiebra de los preceptos constitucionales en materia de acceso al empleo público. Aunque el personal asumido no se considere empleado público en puridad, la catalogación como indefinido no fijo les hace formar parte del sistema a todos los efectos hasta que no se convoque su plaza y la aprueben, o hasta que no se amorticen las mismas, no siendo tan habitual esta situación de convocatoria de plazas. Del análisis de todas estas situaciones litigiosas también tiene como colofón un mayor número de empleados a cargo de las Administraciones Públicas.

Hay que recordar que la figura del personal como indefinido no fijo conservan sus condiciones laborales de origen, siendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha tenido que intervenir clarificando ciertas situaciones. De lo que se deduce

cierta inactividad por parte del legislador en aras de solucionar este tipo de situaciones que, suponen un acceso indirecto al sistema de empleo público sin tener que pasar por el filtro constitucional en la mayoría de los casos. Se aborda en esta obra lo que plantea el Estatuto de los Trabajadores con respecto a la opción positiva de readmisión de la plantilla en el seno de las Administraciones. Así el artículo 42, en relación con el artículo 44, ya plantea ciertos compromisos como la asunción de responsabilidades salariales y de seguridad social y, como colofón, el tener que asumir, por parte de la administración la plantilla. Donde sí que se genera de forma automática esa asunción de plantillas es en el caso de las encomiendas de gestión toda vez que se revierten los servicios. Aun así, para el caso de que haya una combinación de los artículos 42 y 43 ET (el supuesto de interposición fraudulenta en contrataciones o concesiones públicas), sí que se podría incurrir en responsabilidades de tener que asumir a la plantilla cuando se considere que ha habido una cesión ilegal de trabajadores. No es poco frecuente las demandas en la jurisdicción social contra una administración pública por cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET), sobre todo cuando esta subcontrate una actividad propia con una empresa externa, es importante delimitar bien la realización de la misma, ya que de lo contrario se corre el riesgo de tener que readmitir (o pagar sumas importante por despidos improcedentes, según se indique en el convenio colectivo) a dicha plantilla con ocasión de una subcontratación fraudulenta. En este sentido con respecto a lo establecido en los convenios colectivo hay Ayuntamientos, que han renegociado sus convenios colectivos que hasta el momento contemplaban dentro de su articulado esta cuestión para evitar así el tener que asumir a trabajadores dentro de sus plantillas.

Importante inciso el realizado por el autor con respecto al apartado 2 del artículo 43 ET, es aquí donde entra en juego la interrelación de este precepto con lo establecido en el artículo. 42 ET. Y es que en el caso de que una Administración Pública subcontrate un servicio de su propia actividad productiva, llevándolo a cabo a través de otra empresa y no respetando lo preceptuado en el artículo 43 ET, se podrían estar incurriendo entonces en un fraude en la contratación que, en este caso, sí que devendrían en responsabilidades laborales reprochables a las Administraciones Públicas que incurran en este tipo de irregularidades legales, si además se le añade el análisis que realiza de los apartados 3 y 4 del mismo artículo, dichas personas trabajadoras pasarían a ser consideradas y encuadradas como indefinidos no fijos dentro de las plantillas de la Administración Pública subcontratante, volviéndose a poner de manifiesto otra aporía normativa más en relación al acceso indirecto al empleo público, sin respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

En cuanto a la sucesión de empresa del artículo 44 ET y la hipotética asunción de plantillas derivada, el autor expresa en su obra una importante definición realizada por Gorelli Hernández, el cual establece que para que haya una verdadera sucesión de empresas "la empresa saliente ha de transmitir a la entrante (en este caso la Administración reversora) un conjunto de bienes materiales orientados y organizados para la consecución de un fin productivo", llegándose a producir realmente la subrogación de trabajadores por parte de las Administraciones vía artículo 44 ET "si se produce

una reversión en la que la Administración recibe un conjunto de bienes que permiten el desarrollo de la actividad productiva”. Estoy de acuerdo, como indica el autor, que el factor clave y determinante para que esta cuestión de la transmisión tenga un efecto positivo es la transmisión de bienes patrimoniales o, en su caso, de la mano de obra cuando esta sea esencial para el cumplimiento del servicio que se venía prestando, tal y como ocurre, por ejemplo, en los casos de servicios de limpieza, de ciertos servicios de seguridad o de algunos servicios de atención directa al público.

En el apartado segundo del capítulo III se lleva a cabo un análisis del limbo legal en el que se encuentran estas personas trabajadoras con ocasión de la irregularidad en el acceso y de la litigiosidad que se puede manifestar, de tal forma que se torna ciertamente difícil el respeto a los principios constitucionales en materia de acceso al empleo público en estrictas condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. La proliferación de la subcontratación pública parece que va a seguir en auge derivado de la crisis provocada por la COVID-19 y la guerra de Ucrania y de los mecanismos legales introducidos para la recuperación, transformación y resiliencia del país. El autor percibe, tras su estudio, que seguirá los supuestos de ilicitud administrativa en cuanto a la contratación laboral, por lo que aumentará la litigiosidad, puesto que, del análisis realizado en las distintas normativas, ya expuestas anteriormente, se observa que no se toman medidas legales efectivas para atajar todo este tipo de situaciones, por lo que se seguirá vulnerando los preceptos constitucionales en cuanto a lo referente al acceso al empleo público. Y no sólo eso, sino que también la desprofesionalización del Sector Público y la falta de atención de la necesaria objetividad e imparcialidad que ha de ser el eje de actuación de las Administraciones puede que se pongan en entredicho.

Así en el apartado tercero del capítulo III, referente a la insuficiente legislación y posible soluciones, el autor establece un manifiesto descontento con la legislación ya que las “anomalías”, deficiencias, insuficiencias y aporías que se producen dentro del sistema de acceso al empleo público como consecuencia de la cuestión de las subcontratación administrativa, no sólo ha ido en aumento a lo largo de todos estos años, sino que tampoco ha habido una preocupación real por poner fin a este tipo de prácticas que se podrían catalogar por lo menos como “irregulares”. Ni las ha habido ni se han establecido con la aprobación de las LPGE para los años 2021 y 2022, ni en la modificación normativa que se ha hecho mediante el Real Decreto-Ley 14/2021, la definitiva Ley 20/2021 o el Real Decreto-Ley 32/2021, sino que, todo lo contrario. Del análisis en conjunto del bloque normativo de reformas aprobado con ocasión de la finalización del año 2021 lo que se puede deducir no es sólo que no haya habido modificación normativa en aras de limitar este tipo de disfunciones que permiten un acceso indirecto al sistema, sino que lo que trasluce es un ensanchamiento de este tipo de circunstancias.

El autor se decanta por proponer una serie de soluciones que entiende que podría ser razonables y que mejoraría toda la problemática estudiada en referencia a la subcontratación. Estas medidas son: 1) una reforma estructural de la normativa, tanto administrativa como laboral que defina claramente el acceso al empleo público y

limite el acceso indirecto. Se debe garantizar los principios constitucionales para dicho acceso. 2) La creación de un régimen jurídico especial para todo el personal que acceda al Sector Público institucional, cuáles son las hipotéticas situaciones en las que se puede acceder al empleo público como empleado público en puridad, y cuáles son las situaciones en las que se pueden acceder al empleo público como personal laboral en el más estricto sentido de la terminología jurídica dentro de este tipo de entes instrumentales. 3) Contemplar preceptos normativos que respeten los derechos adquiridos por parte de las personas trabajadoras que ya se encuentran dentro de este tipo de situaciones. El autor no duda lo complejo que resulta la investigación sobre estas situaciones, debiendo tenerse en cuenta muchísimos matices, situaciones concretas y demasiadas aristas legales.

El profesor Baquero, en su apartado cuarto del mismo capítulo, lleva a cabo un análisis de la actualidad de los procesos de consolidación de empleo temporal como medidas que podrían solucionar los problemas tanto de la Administración en general como de los empleados públicos que se encuentren bajo el yugo de la temporalidad en particular. Expone que, “[d]esde un punto de vista práctico, se podrían ver los procesos de consolidación de empleo y los de funcionarización y laboralización de estos colectivos de empleados públicos como posibles soluciones al problema de las grandes bolsas de interinos (en procesos de funcionarización) o de personal laboral indefinido no fijo y otras categorías de las analizadas (en procesos de consolidación de empleo ya sea como funcionarios de carrera –funcionarización– o como personal laboral fijo –laboralización–)”. Establece el autor, en los supuestos de “ilicitud” en la actuación administrativa por ser contraria a los preceptos constitucionales en materia de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; la única opción legal con la que cuenta el legislador a corto plazo es el mecanismo de los procesos de consolidación de empleo. Se puede observar cómo esta opción no es nueva dentro de la evolución del sistema de empleo público. Ha sido utilizada en numerosas ocasiones a lo largo de las últimas décadas como medio de atender a las altas tasas de temporalidad. De lo que se deduce que, por parte del legislador de todas las épocas, no ha habido una intervención normativa contundente que elimine de una forma definitiva toda esa serie de aporías normativas que procuran un acceso indirecto al sistema de empleo público. De la investigación realizada, se desprende que es necesario, más que nunca, una reforma del sistema de acceso al empleo público que pase por ser más ajustado a los principios constitucionales. El autor es consciente de que debe imperar el derecho constitucional, sin dejar de lado el carácter tuitivo y protector que debe tener tanto el derecho administrativo como el derecho laboral. No sólo para la preservación de los preceptos constitucionales en el acceso al empleo público de calidad y para la defensa de los intereses de los colectivos afectados, sino también, para el buen funcionamiento objetivo e imparcial de las instituciones, puesto que las medidas adoptadas hasta el momento se han mostrado como ciertamente insuficientes.

Como colofón a la investigación realizada por el doctor Baquero, llega a su último capítulo realizando una serie de reflexiones y propuestas para mejorar toda esta problemática. El autor observa que es necesario mejorar la preservación tanto de los

preceptos constitucionales en materia de acceso al sistema de empleo público, como también de los derechos de los empleados públicos. Plantea el autor la necesidad de reformar los postulados y las claves principales que regulan el acceso al sistema de empleo público. Por un lado, la modificación de los preceptos relativos a los sistemas de acceso, los órganos de selección y el desarrollo de los procesos selectivos del sistema de empleo público para el caso del vasto, amplio y complejo Sector Público institucional. Por otro lado, la modificación de la normativa para evitar el acceso indirecto al sistema toda vez que se produce la reversión de servicios por parte de las Administraciones, que es otro de los retos de futuro de legislador. Las catorce ideas que propone Baquero Aguilar en su último capítulo son verdaderamente importantes para llevar a una profunda reflexión, aunque desde mi punto de vista no debe ser un número *clausus*, por ello dejo a la persona interesada que indague, reflexione y saque sus propias conclusiones y tras una lectura pausada de toda la obra llegue igualmente a exponer sus ideas, y ver si coinciden o no con las propuestas por el autor. En conclusión, creo que la obra aborda de forma muy amplia, y sobre todo práctica, los problemas a los que se enfrenta el ordenamiento jurídico a la hora de atajar las irregularidades de las Administraciones Públicas. Esta obra invita a muchas reflexiones, pero desde mi punto de vista, pone de relieve la gravedad de las actuaciones de las Administraciones Públicas, que se supone que deben ser objetivas e igualitarias en sus actuaciones para todas las personas.

Sin duda una obra para profundizar es esta materia, para la persona que opera jurídicamente, tanto la abogacía como el colectivo de graduados sociales, que son los que constantemente están demandando, desafortunadamente, a las Administraciones Públicas por estos ilícitos, además también podría ser de interés a cualquier persona que quiera acceder al Derecho Administrativo y el Laboral.



Recensión de la obra de Arántzazu Vicente Palacio (coord.): *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia social*, Atelier, Barcelona, 2023

José Manuel Sánchez Torrado

Doctorando en Derecho

Universidad de Sevilla

jossantor1@alum.us.es  0000-0002-4974-8103

Recibido: 08.06.2023 | Aceptado: 09.06.2023

El libro que a continuación se reseña es resultado del trabajo realizado durante tres años por parte del proyecto de investigación “Aplicación de los Tribunales españoles de la jurisprudencia comunitaria en materia social”, puesto en marcha por el grupo de investigación 060 de la Universidad Jaume I de Castellón “Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Prevención de Riesgos Laborales”, con el objetivo de analizar la recepción de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) por el legislador y los tribunales españoles del orden social; en definitiva, analizar el grado de penetración de la doctrina jurisprudencial europea en el ordenamiento jurídico español.

Sin duda, nos encontramos ante una obra de relevante interés para el avance de la ciencia jurídico-laboral, teniendo en cuenta el papel trascendental que juega el TJUE en la conformación del derecho español de trabajo y seguridad social, tanto de forma directa en las resoluciones del juez nacional en las que presenta una cuestión prejudicial como de forma indirecta sobre el conjunto de la doctrina judicial y jurisprudencia nacional, incluida la del Tribunal Constitucional, quienes deben ejercer su función jurisdiccional adecuando la interpretación de la norma nacional a la interpretación judicial comunitaria. Asimismo, la influencia indirecta de las resoluciones del TJUE también se observa en las reformas legales para ajustar nuestro ordenamiento jurídico a la interpretación judicial comunitaria. A mayor abundamiento, la presente obra colectiva ha contado con la participación de investigadores de notable trayectoria contrastada y magistrados/as que han tenido un papel activo en la presentación de cuestiones prejudiciales, lo que nos permite atisbar la calidad del contenido de la obra que aquí se reseña.

Esta obra colectiva está compuesta por trece capítulos, todos ellos relacionados, aunque desde diferentes perspectivas, con el papel de las sentencias del TJUE para la conformación del derecho social español. A continuación, haremos referencia al contenido de los distintos capítulos que componen la obra, destacando algunas de las consideraciones más relevantes de cada uno, con la finalidad de dejar constancia del interés, oportunidad y calidad de los mismos.

En el capítulo I, "Luces y sombras de las peticiones españolas de decisión prejudicial en materia de política social", Javier Gárate Castro analiza las ventajas e inconvenientes que han causado las peticiones españolas de decisiones prejudiciales. Por lo que respecta a las luces, el autor destaca: 1. Los cambios normativos en numerosas materias de derecho social, reflejando la relación causal entre el sentido de las sentencias del TJUE y las modificaciones normativas; 2. La aplicación de preceptos del derecho de la UE (DUE, en adelante) dotados de efecto directo en caso de falta de transposición o inadecuación de la misma; 3. La inaplicación de preceptos de la normativa española cuando se aprecia oposición entre el precepto cuestionado y los derechos fundamentales que garantiza el TJUE; 4. Los cambios de la jurisprudencia nacional y de la doctrina judicial debido a interpretaciones conforme al derecho comunitario. Así pues, el estudio muestra el impacto de todas las sentencias del TJUE, ya sea directa o indirectamente, en el ordenamiento jurídico español. En lo que atañe a las sombras, el autor observa insuficiencias en algunas peticiones de decisiones prejudiciales, que no provocan ningún efecto en el derecho nacional, como: incompetencia, inadmisión, falta de competencia objetiva del juez nacional para conocer de la respuesta del TJUE, falta de relación entre la pregunta formulada y la petición por los demandantes, peticiones en las que no cabe duda de la respuesta del TJUE, entre otras.

En el capítulo II, "La recepción de la jurisprudencia comunitaria. Una visión desde el TSJ de la Comunidad Valenciana", Raquel Vicente Andrés examina la recepción de la jurisprudencia del TJUE en materia de igualdad, despidos y tiempo de trabajo, y señala algunas dudas interpretativas recientes del TSJ de la Comunidad Valenciana al respecto. Con carácter inicial, la autora destaca el efecto directo y la primacía del DUE frente al nacional, tornándose el juez nacional y el europeo como imprescindible para la labor encomendada por la Constitución a los jueces y tribunales, para lo que resulta esencial la figura de la cuestión prejudicial. En este sentido, en algunas ocasiones, se constata una desconexión entre la jurisprudencia europea y la traslación de la misma en el plano nacional, poniendo de relieve la necesidad de contar con mecanismos de coordinación como las redes creadas por el Consejo General del Poder Judicial. Seguidamente, la autora se centra en el análisis de la recepción de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito nacional, cuyos efectos han provocado el cambio de doctrina o criterio jurisprudencial por parte de la Sala IV del TS e, incluso, el germen de cambios normativos como la reforma laboral. Finalmente, el trabajo se refiere a dos cuestiones prejudiciales planteadas recientemente por el TSJ de la Comunidad Valenciana; en primer lugar, relacionada con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, ante una posible discriminación de los trabajadores fijos discontinuos en materia de reconocimiento de la prestación de jubilación anti-

cipada; y, en segundo lugar, relativa a la existencia de prescripción del derecho a la compensación económica por vacaciones anuales no disfrutadas.

En el capítulo III, “La cuestión prejudicial ante el TJUE en el ámbito social: perspectiva histórica y algunas reflexiones personales desde la experiencia práctica”, Joan Agustí Maragall estudia diferentes aspectos de la cuestión prejudicial. En primer lugar, el autor destaca que la cuestión prejudicial ha ido más allá de ser un mecanismo de colaboración judicial, mediante el cual se persigue la uniformidad interpretativa y aplicación del ordenamiento jurídico europeo, llegando a elaborar jurisprudencialmente unos principios aplicativos básicos no previstos en los tratados. En segundo lugar, el trabajo señala el aumento de la relevancia de las cuestiones prejudiciales en la evolución normativa y en la jurisprudencia nacional, siendo el DUE la *ratio decidendi* tanto en el plano legislativo como en el judicial. En tercer lugar, el estudio se refiere a las causas que han provocado un aumento de cuestiones judiciales en los órganos judiciales españoles, entre las que se encuentran: el déficit del legislador en la transposición y la falta de aplicación prevalente del DUE, sin esperar a que deba efectuarse de forma reactiva a la luz de la jurisprudencia del TJUE. Para finalizar, el trabajo se centra en los límites de las cuestiones prejudiciales: primero, el TJUE debe pronunciarse únicamente sobre la interpretación o la validez del DUE; segundo, la aplicación del derecho comunitario al litigio principal le compete al juez nacional aplicando los criterios interpretativos del TJUE; tercero, la falta de conexión entre la interpretación del DUE y el objeto del litigio principal; y, cuarto, la compatibilidad de la norma interna con el DUE, correspondiendo esta labor al juez nacional.

En el capítulo IV, “La discriminación por asociación en el ámbito laboral a la luz de las más recientes resoluciones judiciales”, Yolanda Maneiro Vázquez aborda diferentes cuestiones relevantes sobre discriminación por asociación. En primer lugar, el trabajo constata que la discriminación por asociación tiene origen en la doctrina del TJUE, con carácter previo a su reconocimiento legal, no siendo esta tutela patrimonio exclusivo de una única directiva. En segundo lugar, la autora analiza el ámbito subjetivo y objetivo del derecho de prohibición por asociación a través de la doctrina judicial nacional. En este sentido, sobre el primero, se advierte de la complejidad de relacionar el sujeto afectado con la conducta discriminatoria y, en relación con el segundo, se observa la ampliación de las causas de la discriminación por asociación. En ese marco, la autora pone de manifiesto la necesidad de realizar una interpretación expansiva de este derecho para garantizar la tutela real del derecho a la igualdad y no discriminación. En tercer lugar, a través del análisis de la doctrina judicial, el trabajo pone de relieve la importancia de alegar la existencia de discriminación por asociación en instancia para conseguir la protección jurisdiccional y la contradictoria doctrina respecto a la discriminación por asociación en los supuestos de despidos por futura paternidad. Como conclusión, la autora sostiene que la creación del TJUE de la discriminación por asociación ha ido ensanchándose a través de la aplicación en la jurisdicción nacional, suponiendo la reciente Ley 15/2022 un refuerzo para reconocer y definir esta como forma novedosa de discriminación. Si bien, la complejidad para garantizar una protec-

ción eficaz y real se sitúa en la interpretación de los indicios por parte de los tribunales, resultando esta una cuestión con muchas incógnitas por resolver.

En el capítulo V, “La recepción por los tribunales españoles de la jurisprudencia comunitaria sobre discapacidad y no discriminación. En particular, el despido y el concepto de enfermedad”, Sara Alcázar Ortiz inicia su estudio destacando la importancia de la Convención de las Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de la UE. Seguidamente, la autora se detiene en el marco jurídico antidiscriminatorio de la UE, centrándose en la definición y las formas de discriminación, y en los principios esenciales de la discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito del empleo. Finalmente, este trabajo analiza la jurisprudencia fundamental del TJUE en materia de discapacidad y empleo, y, posteriormente, la jurisprudencia del TS en materia de discapacidad. En base al estudio referido, la autora concluye que existen instrumentos jurídicos para evitar la discriminación en el empleo de las personas con discapacidad y considera necesario una mayor implicación de la sociedad en su conjunto y del sector empresarial. De la misma manera, la autora señala que el TS ha asumido la doctrina del TJUE en materia de discriminación por discapacidad y empleo.

En el capítulo VI, “Contratación temporal y jurisprudencia comunitaria: sobre los límites al encadenamiento de contratos temporales”, Ángel Luis de Val Tena analiza los límites al encadenamiento de contratos temporales en la legislación nacional. Para ello, parte de un contexto en el que refleja la condescendencia de las normas legales con el abuso de la temporalidad en aras de favorecer el empleo. Posteriormente, en el trabajo se destacan las obligaciones de los Estados miembros derivadas de la Directiva 1999/70 para, seguidamente, centrarse en la figura del encadenamiento de contratos temporales prevista en la norma nacional a fin de cumplir con la directiva referida. En este sentido, se pone de manifiesto el continuo reforzamiento del límite de encadenamiento de contratos, la reducción progresiva del papel de la negociación colectiva en esta materia y la aplicación del límite referido a las Administraciones públicas. Finalmente, el trabajo analiza dos sentencias recientes del TJUE relativas al abuso de la temporalidad en España y los términos en los que se regula actualmente el artículo 15.5 ET tras la reforma laboral 2021, siguiendo la doctrina del TJUE.

En el capítulo VII, “Novedades jurisprudenciales sobre empleo público. Hay vida más allá de la Directiva 1999/70/CE”, José María Miranda Boto estudia la relevancia del DUE, en materia de empleo público, en los Estados miembros a través de la doctrina reciente del TJUE. En materia de acceso al empleo, el trabajo analiza el caso *Krah* (STJUE de 10 de octubre de 2019) y el caso *Delia* (STJUE de 28 de abril de 2022), que esclarecen supuestos de posible discriminación por nacionalidad. En este sentido, el TJUE sostiene que podía existir un fundamento para el no reconocimiento del requisito de acceso, si bien, el problema es que esta denegación era automática, sin que hubiera examen o comparación de requisitos, por lo que el TJUE declara la vulneración del DUE. Por otra parte, en materia de reversión de servicios públicos, el autor se plantea si el TJUE consagra por la puerta de atrás la función pública de los componentes de los numerosos «chiringuitos» que rodean a las Administraciones públicas.

No obstante, la duda anterior ha sido despejada por la STJUE de 13 de junio de 2019, resultando contrario al DUE la minoración de derechos derivada de la condición pública del empleador cesionario. En definitiva, en este trabajo se pone de manifiesto, en base a la doctrina judicial del TJUE, la capacidad del ordenamiento de la UE para modelar la normativa relativa al acceso al empleo público en los Estados miembros, como se aprecia en la reciente modificación legal operada en España de los requisitos para acceder a la carrera militar.

En el capítulo VIII, "Ordenación del tiempo de trabajo en la doctrina judicial europea y nacional. Algunas claves para su comprensión", Lourdes López Cumbre analiza la regulación europea sobre la ordenación del tiempo de trabajo, la evolución de la doctrina judicial europea reciente y, finalmente, la aplicación normativa en el actual y futuro contexto digital. Respecto a la regulación del tiempo de trabajo, la autora destaca que la empresa moderna basada en las nuevas tecnologías demanda una mayor capacidad de organización productiva y, consecuentemente, parece imponerse la idea de que la mejora de la productividad pasa por una distribución más flexible y una ordenación menos rígida de la jornada de trabajo. En relación a la evolución de la doctrina judicial europea, el trabajo destaca tanto las conclusiones clásicas más relevantes como las más recientes y su aplicación en los tribunales nacionales. Finalmente, en este trabajo se pone de manifiesto la falta de adaptación de la normativa de tiempo de trabajo ante las formas de trabajo digitales como el teletrabajo y se pronostica la incidencia del trabajo en el metaverso en la regulación de jornada de trabajo, observándose algunos problemas regulatorios que se podrían plantear al respecto.

En el capítulo IX, "Reversión de los servicios públicos y la sucesión de empresa. La doctrina del TJUE: en particular, la STJUE de 26 de noviembre de 2015, Asunto C-509/14, caso Aira Pascual. Su aplicación por los Tribunales Españoles", Garbine Biurrun Mancisidor aborda el fenómeno de la descentralización productiva y la sucesión de empresas y, concretamente, la conflictividad relativa al modo de integración del personal subrogado en las Administraciones públicas del personal indefinido en la empresa privada saliente. En este sentido, en base a la STJUE de 26 de noviembre de 2015, la autora pone de manifiesto que la Directiva 2001/23 resulta aplicable a la empresa pública que confía mediante un contrato de gestión de servicio público la explotación de esa actividad a otra empresa y, posteriormente, decida poner fin a dicho contrato y explotar ella misma esa actividad con su propio personal. Por otra parte, en este trabajo se constata la aplicación de la doctrina del TJUE por el TS, siendo la prueba más reciente la STS de 28 de enero de 2022, de la que se destacan dos conclusiones. Primero, que las previsiones del art.103.3 CE no pueden ser impedimento para aplicar las condiciones establecidas en la directiva referida. Y, segundo, que no es de aplicación la figura del indefinido no fijo porque la misma fue ideada para otra cuestión, aunque la autora advierte que la sentencia no está cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada.

En el capítulo X, "Seguridad Social pública y discriminación sexista en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España", José

Fernando Lousada Arochena, tras exponer el contexto de la Directiva 79/7, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, se detiene en el análisis de la jurisprudencia del TJUE sobre la misma, estableciendo dos etapas diferenciadas en atención al protagonismo de España. En la primera etapa (1979-2011), caracterizada por la ausencia de protagonismo de España, el autor aborda sentencias relativas a: diferentes edades de jubilación según el sexo para el acceso a las prestaciones; otras discriminaciones directas en la seguridad social; trabajo a tiempo parcial y discriminaciones indirectas en la seguridad social. Por su parte, en la segunda etapa, con España como protagonista (2012 en adelante), el trabajo trata pronunciamientos relativos a: trabajo a tiempo parcial y discriminación sexista indirecta; otras discriminaciones sexistas indirectas como la relativa a la exclusión de la prestación de desempleo para las empleadas del hogar; la discriminación sexista directa relativa al complemento español de aportación demográfica; y discriminaciones directas por maternidad. En base al completo análisis anterior, el autor concluye que la Directiva 79/7 ha resultado muy efectiva en la determinación de la discriminación directa, pero más errática en la apreciación de la discriminación sexista indirecta en las que ha pesado mucho los intereses estatales en el mantenimiento del equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social. Asimismo, el autor destaca el compromiso de los órganos judiciales españoles en orden a la depuración de las discriminaciones sexistas en nuestro sistema de seguridad social desde el 2012, siendo lo ideal que los poderes normativos se adelantasen a corregir las discriminaciones.

En el capítulo XI, “La jurisprudencia del TJUE sobre el complemento por maternidad y su aplicación por la jurisprudencia española”, Juan Antonio Maldonado Molina analiza cuestiones relativas a la STJUE de 12 de diciembre de 2019, entre otras, la retroactividad del complemento por maternidad reconocido a los hombres y el carácter unitario o no del complemento. Respecto a la primera cuestión, tras la STS de 30 de mayo de 2022, el trabajo constata que los efectos deben ser *ex tunc* y, consecuentemente, deben de retrotraerse al nacimiento de la norma y, en definitiva, al hecho causante. En relación a la segunda, el trabajo refleja la división de la doctrina judicial sobre el carácter unitario del complemento, que no ha sido resulta por la STS de 26 de julio de 2022. Asimismo, este trabajo trata la STJUE de 12 de mayo de 2021 en la que se plantea la posible discriminación del artículo 60.4 LGSS, que excluye del complemento de maternidad a las mujeres que se jubilen voluntariamente de forma anticipada. No obstante, la sentencia anterior determina que la Directiva 79/7 no es de aplicación al supuesto referido. Finalmente, entre las conclusiones de este trabajo, destacamos que las STSS de 17 de febrero y 30 de mayo de 2022 han dado por resultado el reconocimiento del complemento de maternidad a los trabajadores hombres, fruto de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, habiéndose optado por la retroactividad total al momento del hecho causante. Asimismo, el autor resuelve cuestiones de un importante interés como el plazo para la solicitud del complemento referido atendiendo a distintos supuestos.

El capítulo XII, “La doctrina *Rönfeldt* y su recepción por los tribunales españoles”, Cristina Sánchez-Rodas Navarro examina la controversia que genera en materia de seguridad social la concurrencia entre los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social y convenios internacionales de seguridad social y, más específicamente, la doctrina *Rönfeldt*. En este sentido, partiendo del contexto normativo de ausencia de competencia de la UE en materia de seguridad social, hasta 1991 el TJUE ha venido defendiendo la prioridad de los reglamentos comunitarios de seguridad social frente a los convenios de seguridad social entre Estados miembros, sin perjuicio de las excepciones que preveía el reglamento referido. No obstante, en el caso *Rönfeldt* se aplica el Convenio germano-danés preexistente frente al Reglamento 1408/71 por ser el primero más favorable para el migrante, aunque el mismo no estuviese previsto en el régimen de excepciones del reglamento referido. Asimismo, el presente trabajo pone de manifiesto que esta doctrina ampara la técnica del espiguelo a fin de aplicar la condición más favorable al trabajador desechando la valoración en su conjunto de las normas. Seguidamente, en atención al caso *Thévenon*, la autora destaca que la doctrina referida no puede aplicarse a los trabajadores que no han ejercitado su derecho a la libre circulación hasta después de la entrada en vigor del Reglamento de coordinación. También, el trabajo constata la aplicación de la doctrina *Rönfeldt* en caso de sucesión de convenios de seguridad social y posterior aprobación del Reglamento 1408/71. Respecto a la doctrina mencionada, el trabajo sostiene que la aprobación del Reglamento 883/2004 podría poner fin a la misma, dado que la norma podría haber incorporado a su articulado la doctrina, pero no lo ha hecho lo que denota, según la autora, una clara opción por hacer prevalecer los reglamentos de coordinación frente a los convenios internacionales que no hayan sido notificados en el Anexo II. Finalmente, el trabajo recoge numerosos convenios de seguridad social suscritos por España con países de la UE y del Espacio Económico Europeo, atendiendo al supuesto de concurrencia con el reglamento de coordinación de la UE a través de la doctrina judicial.

En el capítulo XIII, “Dos ejemplos clave de la incidencia de la doctrina del TJUE sobre el ordenamiento español: el obligado renacimiento del marco normativo de la estiba portuaria y la revisión del escenario de la compatibilidad de pensiones en el sistema de seguridad social”, Inmaculada Ballester Pastor aborda una serie de aspectos relativos a las materias mencionadas anteriormente. En primer lugar, en relación con el marco normativo de la estiba portuaria, el trabajo analiza la STJUE de 11 de diciembre de 2014 la cual determina que el régimen aplicable español al respecto constituye una restricción a la libertad de establecimiento y, por ende, se aprueba el Real Decreto-ley 4/2017, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio de manipulación de mercancías. En segundo lugar, este trabajo trata la cuestión prejudicial que plantea si el artículo 163.1 TRLGSS, que impide compatibilizar dos prestaciones de incapacidad permanente total reconocidas en el mismo régimen mientras que sí reconoce la compatibilidad en distintos regímenes, pudiera ser contrario al principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en materia de seguridad social. En este sentido, el TJUE no da una respuesta absoluta debido a la falta de datos

e indica que debe ser el Juez remitente el que tenga en cuenta, una vez obtenidos los datos, si existe una distinción que constituya discriminación indirecta. Tras el análisis de la cuestión, la autora pone de relieve la inacción del legislador para resolver este tipo de controversias con carácter previo al planteamiento de la cuestión prejudicial y destaca que la ausencia de reglas claras en materia de compatibilidad de prestaciones provoca situaciones sin razón, poniendo en entredicho el mal funcionamiento del artículo 163.1 TRLGSS.

Finalmente, de conformidad con el contenido expuesto, podemos afirmar que nos encontramos ante una obra referente que, entre otras utilidades, aporta soluciones a problemas de interpretación, lagunas y contradicciones del ordenamiento jurídico español a través del análisis de la doctrina del TJUE. Asimismo, la presente obra pone en valor el papel de la jurisprudencia comunitaria en el reforzamiento de los derechos de los trabajadores, superando el principio de territorialidad y el de primacía del derecho nacional, llevando a cabo una labor de uniformización en la aplicación de los pilares del modelo social europeo, contribuyendo a su consolidación y al reforzamiento europeísta.

Por todo ello, corresponde felicitar a todos los autores por sus magníficos trabajos y a la coordinadora Arántzazu Vicente Palacio por los excelentes resultados obtenidos, materializados en la publicación de esta obra colectiva a cuya lectura animamos encarecidamente.



Varia



Empleadas de hogar: especial referencia a un colectivo olvidado

DOMESTIC WORKERS: SPECIAL REFERENCE TO A FORGOTTEN GROUP

Bianca Evelyn Pico González

Graduada en Relaciones Laborales y Recursos Humanos.

Universidad de Málaga

biancagraduadasocial@hotmail.com  0009-0000-5377-717X

Recibido: 10.04.2023 | Aceptado: 30.05.2023

RESUMEN

El trabajo doméstico existe desde la antigüedad, siendo realizado en su mayoría por mujeres en sus propios hogares. Sin embargo, con el paso de los años se ha reconocido como una profesión, en donde se recibe una remuneración por la realización de estas labores, si se llevan a cabo en hogares ajenos al propio.

A pesar de contar con la ventaja de ser reconocido como una profesión, nos encontramos con numerosas carencias y falta de protección en este ámbito, que afectan principalmente a mujeres, que son las que conforman en su mayoría este colectivo.

En esta investigación abordaremos brevemente la historia del trabajo doméstico en España, para ver cómo era en los inicios, donde la sociedad estaba marcada por el pensamiento patriarcal, y como ha evolucionado hasta la actualidad. Abordaremos las principales características que tiene esta relación laboral, así como las carencias a las que se tienen que enfrentar. Finalmente, mencionaremos también el tema de la prevención de riesgos laborales en el sector del servicio doméstico.

ABSTRACT

Domestic work has existed since ancient times, being carried out mostly by women in their own homes. However, over the years it has been recognized as a profession, where remuneration is received for carrying out these tasks, if they are carried out in homes other than one's own.

Despite having the advantage of being recognized as a profession, we find ourselves with numerous deficiencies and lack of protection in this area, which mainly affect women, who are the ones that make up the majority of this group. In this research we will briefly address the history of domestic work in Spain, to see how it was in the beginning, where society was marked by patriarchal thinking, and how it has evolved to the present. We will address the main

PALABRAS CLAVE

Trabajo doméstico
Profesión
Protección
Mujer

KEYWORDS

Domestic work
Profession
Protection
Woman

characteristics of this employment relationship, as well as the shortcomings that they have to face.

Finally, we will also mention the issue of occupational risk prevention in the domestic service sector.

SUMARIO

- I. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL TRABAJO DOMESTICO
 - II. EVOLUCION DEL TRABAJO DOMESTICO EN ESPAÑA
 - III. CARENCIAS ERRADICADAS
 - IV. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPLEADAS DE HOGAR
 - V. PROPUESTAS DE MEJORA
 - VI. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL TRABAJO DOMÉSTICO

El trabajo doméstico puede definirse como el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos¹, teniendo que diferenciar quien lo desarrolla para sí mismo de quien lo hace a cambio de una remuneración. Si la persona que lo realiza recibe una remuneración, podemos destacar la dependencia, ajenidad, voluntariedad y retribución, ya que está prestando servicios a otra persona, en este caso el empleador².

Un empleado de hogar es una persona física que presta servicios a un tercero mediante un contrato de trabajo, con las características que acabamos de mencionar, para otra persona, el empleador. El concepto de empleador ha sufrido distintas modificaciones debido a las continuas reformas que se le han ido haciendo a la normativa. Por tanto, para poder saber con claridad quién es el empleador, tenemos que ver lo que establece el Real Decreto 1620/2011³, el cual en su artículo 1.3 fija que el empleador es la persona que contrata los servicios para su hogar, por lo que es el titular de ese hogar familiar, y a su vez es también la persona titular del domicilio o lugar de residencia donde se llevan a cabo tales tareas domésticas.

Esta relación laboral especial tiene como objetivo prestar servicios o actividades en el hogar familiar, donde puede realizar tanto labores domésticas, como limpieza, lavado y planchado de ropa, cocina, entre otros, así como también puede encargarse de cuidar a algún miembro de la familia, como niños o personas mayores, aspectos que vienen recogidos en el artículo 1.4 del Real Decreto 1620/2011.

1. Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189.

2. Quesada Segura, R.: "De nuevo sobre el Sistema Especial de Seguridad Social de Personas Empleadas de Hogar. Puntos críticos", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 3, 2015, p. 64.

3. Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/11/14/1620>.

En España, se han producido también numerosos cambios en la materia, los cuales han repercutido en las características laborales y de seguridad social del sistema especial de empleadas de hogar, es decir, en todo lo referente a sus derechos y a sus obligaciones. Por ello, comenzaremos a destacar las diferentes características de este sistema especial, y poder comprender, por tanto, el por qué se le considera especial.

La empleada de hogar es la trabajadora que realiza las tareas del hogar familiar y que reúne, por tanto, las características voluntariedad, ajenidad, dependencia y remuneración, por lo que conlleva a que la norma tenga en cuenta a la hora de contratar la misma presunción que el trabajo por cuenta ajena⁴. Para que se las pueda incluir en este sistema especial tienen que cumplir algunos requisitos, como ser español, tener 16 años o más, así como dedicarse únicamente a prestar sus servicios domésticos remunerados para un empleador, es decir, para un titular del hogar familiar.

Por tanto, si ya sabemos quiénes se incluyen en este sistema, podemos decir con más claridad quiénes se excluyen, que serán las personas que no cumplan con los requisitos que acabamos de plantear. Es decir, quienes no cumplen con la dependencia, ajenidad, o con la remuneración, quedarían fuera de este sistema especial⁵.

Es de destacar también por su importancia y porque puede dar lugar a confusión, que el trabajo realizado con benevolencia tampoco se incluye dentro del sistema especial, así como tampoco la relación de colaboración familiar llamada *Au Pair*, relación en la que existe amistad y cooperación entre ambas partes, pero en la que no hay remuneración, por lo que al ser la remuneración uno de los requisitos fundamentales para considerarse una relación laboral, y no cumplirse éste, no podemos considerarla como tal⁶. Sin embargo, esta exclusión se realiza hasta el segundo grado de consanguinidad, mientras que a los familiares de tercer grado sí que se les reconoce el poder afiliarse y prestar servicios por cuenta ajena, de acuerdo con el artículo 12 LGSS⁷.

También cabe decir que se excluyen dentro de este sistema especial a las trabajadoras domésticas que son contratadas por empresas, es decir, por una persona jurídica, y prestan a ésta sus servicios, incluso si se trata de empresas de trabajo temporal⁸. Por tanto, estos trabajadores se encuadrarían dentro del Régimen General de la Seguridad.

Por otro lado, tenemos la figura del titular del hogar familiar, que es la persona física titular del hogar, o de la residencia donde se prestan los servicios domésticos⁹. Es

4. Artículo 2 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. Artículo 1 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.

5. Artículo 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.

6. Acuerdo Europeo sobre colocación "*Au Pair*", hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1969 y ratificado por España mediante el Instrumento de Ratificación del mismo publicado en el BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 1988. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/ai/1969/11/24/1>.

7. Encontramos una clara contradicción, ya que a las parejas de hecho no se les excluye, de acuerdo al artículo 3 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico.

8. Artículo 2.1 a) 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.

9. Artículo 1.3 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.

quien contrata por cuenta ajena a otra persona, la remunera, y dirige las tareas que ésta tiene que realizar.

Se excluye, por tanto, como podemos ver, a la persona jurídica como empleadora, para así, poder evitar los abusos cometidos históricamente¹⁰.

II. EVOLUCIÓN DE LA RELACION LABORAL DE EMPLEADAS DE HOGAR EN ESPAÑA

El trabajo doméstico es el trabajo más antiguo, el que ha estado presente desde la Antigüedad. Si bien no tenemos mucha información acerca del trabajo en el antiguo Egipto, donde sabemos que la principal forma de trabajo era la esclavitud, sí que tenemos datos de la Antigua Roma, donde el servicio doméstico era una forma de esclavitud. El esclavo era una cosa, no una persona, y pertenecía a su señor¹¹.

De ser esclavo se podía pasar a ser liberto, y de éste a "locatio", es decir, se va produciendo una evolución en la forma de pensamiento sobre el ser humano, y se comienza poco a poco a considerar al trabajo doméstico como una actividad, aunque en menor medida que en otras actividades¹².

Centrándonos ya en España, que es el tema que nos compete, cabe decir que desde el año 400 hasta el año 1700, es decir, en este periodo de tiempo se cambia de perspectiva y surge la servidumbre, que sirve principalmente a iglesias y monasterios, así como a los laicos, y se empieza a expandir la libertad de ejercicio y de contratación, aunque con una gran desigualdad jurídica y social¹³. A partir del siglo XVII nace un sistema nuevo antes desconocido, las Casas de Madres de Mozas, cuyo fin será regular y vigilar las contrataciones realizadas a las mujeres que servían, a las cuales se les asignaba una casa y un amo, pero no tenían ningún tipo de derecho, ya que ni siquiera podían pedir un día libre¹⁴.

En el siglo posterior, la mujer continuaba dedicándose al trabajo doméstico, en concreto, la que pertenecía a las clases más pobres, ya que las que se encontraban mejor económicamente sí podían permitirse elegir otro tipo de trabajo, e incluso no trabajar. Son estas clases más altas las que contratan a su vez la realización del trabajo doméstico¹⁵.

A principios del siglo XX surge el papel de la mujer trabajadora interina, que se encargaba de realizar las tareas domésticas del hogar, pero de manera interna en éste,

10. De la Villa Gil, L. E.: "La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar", en Palomeque López, M. C. y García-Perrote Escartín, I. (coords.): *Derecho del Trabajo y seguridad social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Centro de Estudios Financieros CEF, Madrid, pp. pp.809-841.

11. Hernáinz Márquez, M.: "Antecedentes históricos y legales del servicio doméstico", *Cuadernos de Política Social*, núm. 41, 1959, p. 8.

12. Rostovtzeff, M.I.: *The social and economic history of the Roman Empire (vol. 1)*, Clarendon Press, Oxford 1926.

13. Gibert, R.: *El contrato de servicios en el Derecho medieval español*, Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires, 1951.

14. Hernáinz Márquez, M.: "Antecedentes históricos y legales del servicio doméstico", ob. cit., pp. 16 y ss.

15. García Sainz, C.; Santos Pérez, M. y Valencia Olivero, N.: "La construcción social del mercado laboral doméstico en España a comienzos del siglo XXI", *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Vol. 32, núm. 1, 2014, pp. 104 y ss.

lo que supuso que la relación se fuera volviendo más laboral, hasta el punto de que ellas mismas comenzaron a considerarse trabajadoras¹⁶. Ya a mediados del siglo XX, se produce la incorporación de la mujer al mercado laboral, hecho que tiempo atrás era casi imposible, ya que, además, las mujeres que trabajaban eran incluso mal vistas. La mujer se incorpora al mundo profesional independientemente de a qué clase social perteneciera, por lo que cambia también el papel del servicio doméstico, ya que se producirán más contrataciones de servicio doméstico al tener que trabajar más mujeres y compaginar el trabajo con las tareas del hogar¹⁷. Además, este hecho hace que tanto las empleadas domésticas, como el resto de empleadas de otras profesiones, se encuentren ya en igualdad de situaciones, es decir, ambas trabajan y ya no se consideran ni criadas ni señoras, sino mujeres trabajadoras¹⁸.

III. CARENCIAS ERRADICADAS EN LAS EMPLEADAS DE HOGAR

Las mejoras producidas en el Sistema Especial de Empleadas de Hogar en el año 2011 supusieron un gran avance en lo relativo a los derechos de las empleadas de hogar. Ello no significa que actualmente esté todo el trabajo hecho, ya que nos seguimos encontrando con falta de protección en el sector del trabajo doméstico.

En cuanto a la prestación de incapacidad temporal, hasta 2012 no se reconocía hasta que transcurrían 28 días¹⁹ desde que comenzaba la enfermedad. La consecuencia era, por tanto, la suspensión del contrato, donde la empleada de hogar estaba sin percibir su salario, y el subsidio no lo recibía hasta que transcurrían 29 días desde la baja. Por tanto, vemos claramente, que la situación de este colectivo estaba en una gran desventaja respecto a los trabajadores del Régimen General. A partir de 2012, como ya mencionamos, se producen ciertas mejoras para este sector y una de ellas es que se disminuye el número de días para percibir dicha prestación, es decir, comienza a percibirse a partir del día nueve de la baja; y del día cuatro hasta el ocho es el titular del hogar familiar quien tiene la obligación de pago²⁰, lo que supone un gran progreso en el pago de la prestación.

En el lado opuesto, si el empleador incumple la cotización, la entidad gestora sí que responde, porque es la encargada de controlar que el pago de las cuotas a la Seguridad Social se haga efectivo²¹. Otra de las grandes diferencias es que no se reconocía

16. De Dios Fernández, E.: "Las que tienen que servir y las servidas. La evolución del servicio doméstico en el franquismo y la construcción de la subjetividad femenina", *Revista Historia Autónoma*, núm. 3, 2013, p. 102.

17. Nash, M.: *Mujer, familia, y trabajo en España (1875-1936)*, Anthropos Editorial, Barcelona, 1983.

18. De Dios Fernández, E.: "Las que tienen que servir y las servidas. La evolución del servicio doméstico en el franquismo y la construcción de la subjetividad femenina", ob. cit., p. 102.

19. Artículo 30 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico.

20. Quesada Segura, R.: "De nuevo sobre el Sistema Especial de Seguridad Social de Personas Empleadas de Hogar. Puntos críticos", ob. cit., p. 64.

21. Artículo 21 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico.

la incapacidad temporal por contingencias profesionales, situación que se alargó hasta que se dictó la disposición adicional quincuagésima tercera LGSS²².

En cuanto a la prestación de riesgo durante el embarazo o la lactancia, las empleadas de hogar siempre han tenido los mismos derechos que las trabajadoras del Régimen General, la única diferencia es que en este caso es el titular del hogar familiar el que debe exponer que no existe ningún puesto de trabajo que sea adecuado y concordante con el estado de la trabajadora²³.

Respecto a la prestación de Incapacidad Permanente, todo parecía apuntar a que se reconocía, de acuerdo con lo establecido en la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, la cual ya se encuentra derogada. Pero la realidad es que los Tribunales del Orden Social son reacios a conceder esta incapacidad a los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico, si bien una minoría sí la reconocen²⁴.

Para la prestación de jubilación, los requisitos que se le exigen a este sistema especial son los mismos que los que se exigen en el Régimen General. Para determinar la cuantía se tiene que aplicar a la base reguladora el porcentaje acordado en la escala existente para el Régimen General²⁵, la cual tenía en cuenta para las empleadas de hogar los años de cotización efectiva. Ello supuso acabar con el trato discriminatorio a la hora de reconocer la jubilación, así como se permitió que se pudiera acceder a ella, aunque no estuviera en alta la trabajadora en el momento del hecho causante.

Sin duda alguna, el cambio más esperado y del que más se ha hablado es la reforma del 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, en el cual ya se logran eliminar las discriminaciones históricas a las que se llevaban enfrentando las trabajadoras, pudiendo a partir del 1 de octubre de 2022 cotizar por desempleo y por FOGASA si realizan más de 60 horas al mes, y a partir del 1 de enero de 2023 si realizan menos horas. Además, el Decreto-ley modifica la figura del desistimiento que hasta ahora desprotegía a las trabajadoras, ya que podían ser despedidas de forma directa y sin apenas justificación.

Por otra parte, también se logra corregir la responsabilidad en cuanto a la cotización a la Seguridad Social, eliminando la obligación para las propias empleadas que realicen menos de sesenta horas al mes, ya que, a partir del 1 de enero de 2023, los responsables de cotizar son los propios empleadores.

22. Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar.

23. Quesada Segura, R.: "De nuevo sobre el Sistema Especial de Seguridad Social de Personas Empleadas de Hogar. Puntos críticos", ob. cit., p. 64.

24. STSJ del País Vasco (Social) núm. 2049/2019, Sección 1, rec 1948/2019, de 12 de noviembre de 2019.

25. Real Decreto 1609/1987, de 23 de diciembre, por el que se regula en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar, la forma de cálculo de la Pensión de Jubilación en función de los años cotizados por el beneficiario.

IV. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADAS DE HOGAR

Aunque en los apartados anteriores hemos hablado de las carencias en materia de protección de las empleadas del hogar familiar, el tema relativo a la Prevención de Riesgos Laborales, del cual estas trabajadoras también carecen, hemos decidido realizarlo en un nuevo apartado por su importancia y extensión, si bien hemos dicho que se incluiría dentro de las carencias que tiene este Sistema Especial.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales²⁶ otorga protección a distintos colectivos, cumpliendo así el principio de generalidad²⁷, y llegando a crear, por tanto, la universalidad que establece la misma ley, con la que se pretende proteger a cualquier trabajador independientemente del lugar en el que preste su actividad²⁸.

A pesar de que la Ley protege y engloba a los trabajadores que presten sus servicios por cuenta ajena y que forman parte de un contrato de trabajo²⁹, excluye completamente a las trabajadoras empleadas del hogar familiar, rompiendo así con el principio de universalidad antes citado. Sin embargo, las relaciones de trabajo que se regulan en el ET, y las relaciones laborales especiales, sí que se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Prevención, ya que, aunque estas últimas son especiales y tienen unas características propias, tienen el carácter de laboral³⁰.

Antes de la creación de la Ley de Prevención se seguía lo marcado por el artículo 19 ET, así como la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, ya derogada, donde venían establecidas las medidas que se tenían en cuenta para ciertos espacios de trabajo, como comedores, cocinas, viviendas³¹, por lo que realmente las empleadas del hogar familiar se encontraban más protegidas que ahora.

Es importante destacar, que la Directiva Marco, norma comunitaria que protege ampliamente a un conjunto de trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, también excluye a las trabajadoras del servicio doméstico³².

Por ello, siguiendo a esta norma comunitaria, nuestra Ley de Prevención de Riesgos Laborales, aunque en un principio parece no realizar la exclusión, en el apartado cuarto sí que menciona rotundamente que se excluye de su ámbito la relación laboral

26. Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/11/08/31/con>.

27. Fernández Marcos, L.: *Los comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa reglamentaria*, Dykinson, Madrid. 2001.

28. Botana López, J. M.: "Objeto, ámbito de aplicación y definiciones", en Iglesias Cabero, M. (coord.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Civitas, Madrid, 1997, p. 38.

29. Pérez Guerrero, M. L. y Rodríguez-Piñero Royo, M.: "Prevención y nuevos riesgos laborales: el caso de los trabajadores puestos a disposición", *Temas Laborales*, núm. 50, 1999, pp. 105-148.

30. Montoya Melgar, A.; Pizá Granados, J. y Ruiz, I.: *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009, p. 68.

31. Ayala del Pino, C.: "La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar", *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm. 5, 2007, p. 15.

32. García Valverde, M. D.: "Una exclusión particular de la Ley de Prevención de Riesgos: el servicio del hogar familiar", en Escudero Rodríguez, R. (coord.): *La ley de prevención de riesgos laborales: XIV jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, Málaga, diciembre de 1995*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, pp. 161-178.

especial del servicio doméstico, citando únicamente la obligación del empleador de velar por la salud de las trabajadoras.

Sin embargo, ni la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ni la Directiva Marco, establecen con claridad cuáles son los motivos de exclusión de las empleadas de hogar, pero podemos deducir que se trata de las características particulares que tiene esta relación laboral, las cuales han servido para dejar de lado la regulación común a las trabajadoras del hogar familiar³³.

La justificación que se da para excluir de la Ley de Prevención al servicio doméstico versa en la interrelación que hay entre las condiciones laborales del trabajador y las del empleador, incluyendo las particularidades que tiene el lugar donde se presta la actividad laboral, lo que hace que sea difícil aplicar la norma respecto a la seguridad y salud de los trabajadores³⁴.

Ahora bien, el lugar donde se preste la actividad laboral no puede nunca justificar la exclusión de un colectivo de trabajadores para protegerlo contra los riesgos que existen o pueden existir en el trabajo³⁵. Es más, la carencia de regulación preventiva para las empleadas de hogar se debe más bien a la dificultad que hay en aplicar la propia ley en dicho sector.

Un aspecto que sí podríamos decir que resulta difícil a la hora de poder aplicar la norma preventiva a este colectivo, es el hecho de que se preste el trabajo dentro de un hogar familiar, ya que sería complicado teniendo en cuenta que la Constitución nos dice que tenemos que proteger la intimidad del domicilio y que éste es inviolable, por lo que es dificultoso poder compatibilizar el control externo de la seguridad³⁶.

Con esto no estamos apoyando, ni mucho menos, el comportamiento del legislador de excluir completamente de la prevención a las empleadas de hogar, solo matizando que es complicado dado que se realiza en un hogar y la Constitución protege a éste, por lo que es de difícil acceso el controlar la materia de prevención. Pero es también incongruente el hecho de que se excluye por un lado a las trabajadoras del servicio doméstico de la LPRL, y se les establecen impedimentos para el control dentro del hogar, pero por otro lado se hace referencia a que el empleador tiene la obligación de cuidar las condiciones de trabajo. Es decir, o se las incluye y se encuentran protegidas, o no se las incluye y se implementan nuevas normativas y herramientas que sí se puedan aplicar, pero no como acabamos de mencionar, que se las excluye, pero se dice que sí existe esa obligación, pero a la vez no se mencionan herramientas que se puedan utilizar.

33. Ayala del Pino, C.: "La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar", ob. cit.

34. Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español. (I y II)", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1991, pp. 1221-1253.

35. Ramírez Martínez, J. M.: "La relación laboral especial de servicio del hogar familiar", en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *El Estatuto de los Trabajadores. Relaciones especiales de trabajo, tomo II, vol. 1*, EDERSA, Madrid, 1987, pp. 39-76.

36. De las Cuevas González, F.: "Derechos fundamentales y relaciones laborales", en Linares Lorente, J.A. (Ed.): *Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución, organizadas por el Consejo General de Colegios de Graduados Sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, pp. 268-270.

A continuación, pasaremos a ver las particularidades que tiene esta relación laboral especial, para ver cómo influyen éstas en la exclusión de la prevención y si tienen sentido o no.

La primera característica particular es que la prestación de trabajo se realiza en un hogar familiar³⁷ y eso puede ser, como hemos visto, motivo de exclusión de la norma. Pero este lugar de trabajo es semejante a otros lugares de trabajo donde también se prestan servicios domésticos, como podría ser un hotel, donde sí se incluyen en la Ley de Prevención. Por tanto, el lugar donde se preste el servicio no es lo que debe fijar la exclusión.

La segunda característica especial es que la persona encargada de contratar es el propio titular del hogar familiar, que organiza el trabajo y paga el salario, es decir, es un miembro de la propia familia y no ajeno a ésta³⁸. Este hecho puede haber sido el motivo real de la exclusión, ya que el empleador no es un empresario, lo que provoca que económicamente no pueda adoptar las medidas preventivas pertinentes por ser costosas, hecho que motiva el que se excluya a las empleadas del hogar familiar de la Ley de Prevención por motivos económicos que el empleador no pueda soportar. A pesar de ello, si lo miramos desde la perspectiva de la prevención, estos motivos no pueden ser tampoco admisibles, ni pueden justificar tal exclusión, ya que la postura que debe mantenerse es la protección del trabajador o trabajadora y no el coste que ello le suponga a su empleador³⁹.

La tercera característica versa sobre que este trabajo tiene un carácter especial y, por tanto, no puede incluirse dentro de la norma común. Pues, al contrario, al tratarse de una relación especial hay más motivos para tomar medidas preventivas y proteger a quienes trabajan en ese sector.

El hecho de que se produzca un choque entre ambos derechos fundamentales no puede servir de excusa para excluir de protección a las trabajadoras del hogar familiar, ya que ello supone nuevamente una contradicción, ya que se estaría impidiendo que este colectivo goce de seguridad y salud en el trabajo, por no poder entrar en el domicilio la Inspección de Trabajo⁴⁰.

No obstante, en otros casos, como es el trabajo a domicilio, éste se encuentra enmarcado dentro de la Ley de Prevención, lo que es curioso, ya que sus características son muy parecidas a las que tienen estas trabajadoras, si bien a ellos sí se los incluye en el ámbito de la ley y permite a la inspección realizar por tanto el control⁴¹.

Es incomprensible como para salvaguardar unos derechos se destruyan otros, por lo que lo más razonable sería tomar medidas para poder proteger tanto unos derechos como otros.

37. De la Villa Gil, L. E.: "La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar", ob. cit.

38. Quesada Segura, R.: *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991.

39. Ayala del Pino, C.: "La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar", ob. cit.

40. Sempere Navarro, A. V.; García Blasco, J.; González Labrada, M. y Cardenal Carro, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.

41. García Valverde, M. D.: "Una exclusión particular de la Ley de Prevención de Riesgos: el servicio del hogar familiar", ob. cit.

A pesar de todo lo expuesto, las empleadas de hogar tienen que estar amparadas y protegidas de alguna forma. Tal que así, que en el artículo 3 LPRL nos diga que el titular del hogar es quien debe hacerse cargo de que las tareas se desarrollen en buenas condiciones, que sean higiénicas y seguras, hecho contradictorio ya que se excluye a las empleadas de hogar de la normativa de prevención, pero se establece que tienen derecho a realizar sus actividades en un lugar limpio y seguro⁴².

El problema principal es, por tanto, que no tenemos una norma que claramente establezca cuáles son los derechos que tiene la persona trabajadora, cuáles son las obligaciones del empleador, lo que lleva a que las empleadas domésticas carezcan, por tanto, del derecho a la seguridad y a la salud en el trabajo⁴³.

Además, la disposición adicional de dicha ley determina ya una solución, consistente en aplicar la norma común para las relaciones con carácter especial. Sin embargo, tal y como nos dice la propia doctrina, la norma común no puede ofrecernos soluciones concretas en lo relativo a una relación especial⁴⁴.

Por último, decir, que al desarrollarse la actividad laboral dentro un hogar familiar y ver que para el legislador es imposible por las características de tal relación encuadrarla dentro de la Ley de Prevención, se deben de crear normas que sean coherentes con tal lugar de trabajo y flexibles para que así se puedan aplicar a este sector y sus trabajadoras y trabajadores comiencen a gozar de los derechos y protección que les corresponde.

V. PROPUESTAS DE MEJORA

Las propuestas para mejorar las condiciones laborales de las empleadas domésticas, las podemos resumir en:

- Reducir las cotizaciones a los empleadores, para así poder incentivar a la contratación del colectivo.
- Por otro lado, un aspecto crucial es que los legisladores creen una normativa específica de Prevención de Riesgos Laborales para las trabajadoras del hogar familiar, o bien que se reforme y actualice la actual normativa en la materia, para que se las incluya en la misma y se prevengan los riesgos existentes para ellas.
- También sería conveniente que se crearan mecanismos para poder controlar el fraude en la contratación, de manera que todas las trabajadoras pudieran trabajar con un contrato de trabajo y cotizando a la Seguridad Social.

42. Sempere Navarro, A. V.; García Blasco, J.; González Labrada, M. y Cardenal Carro, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, ob. cit.

43. Sala Franco, T. y Arnau Navarro, F.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

44. De la Villa Gil, L. E.: "La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar", ob. cit.

VI. CONCLUSIONES

1. Aunque en los comienzos el trabajo doméstico no era visto como una profesión, sino como una obligación de la mujer debido al pensamiento patriarcal que llevamos arrastrando desde la antigüedad, gracias a la evolución del pensamiento de la sociedad se reconoce como una profesión, aunque este hecho no supone que se cumplan al cien por cien los derechos de las trabajadoras ni las obligaciones del empleador.
2. En España contamos con normativa reguladora del trabajo doméstico, pero eso no quiere decir que sea buena, ya que en ella no se contemplan todos los derechos laborales y de Seguridad Social que debieran.
3. Si bien es cierto que gracias a la disposición transitoria segunda del 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, se han modificado y mejorado distintos aspectos de la relación laboral, como la cotización por desempleo y FOGASA, entre otros, el tema relativo a la prevención de riesgos laborales sigue aún sin resolver y las justificaciones que hemos visto a lo largo del trabajo que se dan para decir que no es posible el control de las medidas preventivas dentro del hogar familiar, son injustificables y muy discriminatorias.
4. A pesar de la reciente normativa, el legislador tiene que seguir trabajando en ella, ya que hay numerosos aspectos que afectan a las empleadas domésticas que siguen sin tener respuesta.

Bibliografía

- Ayala del Pino, C.: "La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar", *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm. 5, 2007.
- Botana López, J. M.: "Objeto, ámbito de aplicación y definiciones", en Iglesias Cabero, M. (coord.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Civitas, Madrid, 1997.
- De las Cuevas González, F.: "Derechos fundamentales y relaciones laborales", en Linares Lorente, J. A. (ed.): *Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución, organizadas por el Consejo General de Colegios de Graduados Sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.
- De Dios Fernández, E.: "Las que tienen que servir y las servidas. La evolución del servicio doméstico en el franquismo y la construcción de la subjetividad femenina", *Revista Historia Autónoma*, núm. 3, 2013, pp. 97-111.
- De la Villa Gil, L. E.: "La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar", en Palomeque López, M. C. y García-Perrote Escartín, I. (coords.): *Derecho del Trabajo y seguridad social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Centro de Estudios Financieros CEF, Madrid, pp. pp.809-841.
- Fernández Marcos, L.: *Los comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa reglamentaria*, Dykinson, Madrid. 2001.
- García Sainz, C.; Santos Pérez, M. y Valencia Olivero, N.: "La construcción social del mercado laboral doméstico en España a comienzos del siglo XXI", *Cuadernos de Relaciones Laborales*. vol. 32, núm. 1, 2014, pp. 101-131. DOI: [10.5209/rev_crla.2014.v32.n1.44715](https://doi.org/10.5209/rev_crla.2014.v32.n1.44715).

- García Valverde, M. D.: "Una exclusión particular de la Ley de Prevención de Riesgos: el servicio del hogar familiar", en Escudero Rodríguez, R. (Coord.): *La ley de prevención de riesgos laborales: XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Málaga, diciembre de 1995*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, pp. 161-178.
- Hernáinz Márquez, M.: "Antecedentes históricos y legales del servicio doméstico", *Cuadernos de Política Social*, núm. 41, 1959, pp. 7-38.
- Montoya Melgar, A.; Pizá Granados, J. y Ruiz, I.: *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2009.
- Nash, M.: *Mujer, familia, y trabajo en España (1875-1936)*, Anthropos Editorial, Barcelona, 1983.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español. (I y II)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1991, pp. 1221-1253.
- Pérez Guerrero, M. L. y Rodríguez-Piñero Royo, M.: "Prevención y nuevos riesgos laborales: el caso de los trabajadores puestos a disposición", *Temas Laborales*, núm. 50, 1999, pp. 105-148.
- Quesada Segura, R.: "De nuevo sobre el Sistema Especial de Seguridad Social de Personas Empleadas de Hogar. Puntos críticos", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 3, 2015, pp. 59-78.
- Quesada Segura, R.: *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991.
- Ramírez Martínez, J. M.: "La relación laboral especial de servicio del hogar familiar", en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *El Estatuto de los Trabajadores. Relaciones especiales de trabajo, tomo II, vol. 1*, EDER-SA, Madrid, 1987, pp. 39-76.
- Rostovtzeff, M. I.: *The social and economic history of the Roman Empire (vol. 1)*, Clarendon Press, Oxford 1926.
- Sala Franco, T. y Arnau Navarro, F.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Sempere Navarro, A. V.; García Blasco, J.; González Labrada, M. y Cardenal Carro, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.



1. Introduction

2. Background

3. Methodology

4. Results

5. Discussion

6. Conclusion

7. References

8. Appendix

9. Glossary

10. Index

11. Bibliography

12. Acknowledgments

13. Author Biographies

14. Contact Information

15. Disclaimer

16. Copyright

17. Privacy Policy

18. Terms of Service

19. About Us

20. Feedback

21. Help

22. Support

23. Contact Us

24. Privacy Policy

25. Terms of Service

26. About Us

27. Feedback

28. Help

29. Support

30. Contact Us

31. Privacy Policy

32. Terms of Service

33. About Us

34. Feedback

35. Help

36. Support

37. Contact Us

38. Privacy Policy

39. Terms of Service

40. About Us

41. Feedback

42. Help

43. Support

44. Contact Us

45. Privacy Policy

46. Terms of Service

47. About Us

48. Feedback

49. Help

50. Support

51. Contact Us

52. Privacy Policy

53. Terms of Service

54. About Us

55. Feedback

56. Help

57. Support

58. Contact Us

59. Privacy Policy

60. Terms of Service

61. About Us

62. Feedback

63. Help

64. Support

65. Contact Us

66. Privacy Policy

67. Terms of Service

68. About Us

69. Feedback

70. Help

71. Support

72. Contact Us

73. Privacy Policy

74. Terms of Service

75. About Us

76. Feedback

77. Help

78. Support

79. Contact Us

80. Privacy Policy

81. Terms of Service

82. About Us

83. Feedback

84. Help

85. Support

86. Contact Us

87. Privacy Policy

88. Terms of Service

89. About Us

90. Feedback

91. Help

92. Support

93. Contact Us

94. Privacy Policy

95. Terms of Service

96. About Us

97. Feedback

98. Help

99. Support

100. Contact Us