



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**EL CARÁCTER POLIÉDRICO DE LA VULNERABILIDAD
SOCIAL: LOS PROBLEMAS LABORALES, MATERNOFILIALES
Y DE ASISTENCIA SANITARIA DE MUJER MIGRANTE**

**O CARÁCTER POLIÉDRICO DA VULNERALIDADE SOCIAL: OS
PROBLEMAS LABORAIS, MATERNOFILIAIS E DE ASISTENCIA
SANITARIA DE MULLER MIGRANTE**

**THE MULTIFACETED NATURE OF SOCIAL VULNERABILITY:
LABOUR, PARENT-CHILD RELATIONSHIP AND HEALTH
CARE ISSUES OF MIGRANT WOMENS**

TRABAJO DE FINAL DE GRADO

GRADO EN DERECHO

2021/2022

Judit Balsa Martín

Tutora: Natalia Álvarez Lata

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN	1
2. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	2
3. SUPUESTO DE HECHO.....	3
4. CUESTIÓN 1ª	
A) Modificación de la jornada laboral.....	5
B) Adopción de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.....	7
C) Impugnación de la medida de regulación temporal de empleo.....	9
D) Aplicación al caso.....	9
5. CUESTIÓN 2ª	
A) Prestaciones contributivas y no contributivas.....	14
B) Prestación por desempleo.....	14
6. CUESTIÓN 3ª	
A) Obligaciones del progenitor frente a los hijos.....	18
B) Determinación de la filiación.....	19
C) Determinación de la filiación mediante sentencia firme. Acción de filiación.....	20
D) Legitimados.....	20
E) Procedimiento.....	21
F) Pruebas durante el proceso de filiación.....	22
G) Medidas cautelares y de protección.....	23
7. CUESTIÓN 4ª	
A) Derecho a la asistencia sanitaria.....	25
B) Tarjeta Sanitaria Individual.....	26
C) Derecho a la libre elección de personal médico o centro sanitario.....	28
8. CUESTIÓN 5ª	
A) La reagrupación familiar y violencia de género.....	30
B) El derecho de asilo bajo la perspectiva de género.....	34
C) Autorización y residencia por razones humanitarias.....	37
9. CONCLUSIONES.....	40
10. BIBLIOGRAFIA.....	43

1. INTRODUCCIÓN.

De las diferentes opciones que se presentaban para realizar el Trabajo de Fin de Grado, se ha elegido este supuesto de hecho, a través del cual analizaremos, principalmente cuestiones como la modificación del contrato de trabajo en el contexto emanado de la Pandemia provocada por el COVID, otras cuestiones sobre protección social, la filiación y sus efectos y finalmente, la problemática de la reagrupación familiar de ciudadanos no comunitarios.

Nos ha suscitado gran interés abordar materias referentes al Derecho laboral, Derecho de Familia o Extranjería desde la perspectiva migratoria ya que entendemos que existe una gran necesidad de que las sociedades de acogida “empiecen a concienciar” sobre lo que significan los procesos migratorios y lo que implican, tanto a nivel personal como social.

Además, se trata de situaciones cotidianas que afectan tanto a nacionales como a extranjeros y cuya resolución resulta de gran aplicabilidad al día a día.

Indudablemente, se trata de una percepción absolutamente subjetiva, y entendemos que tan válida como otra cualquiera. Así, en las próximas páginas, se irá dando respuesta a cada una de las preguntas planteadas, basándonos en la legislación vigente, sus normas de desarrollo y con el indudable apoyo, cuando fuera menester, de la doctrina y de la jurisprudencia. Sin perjuicio de lo anterior, y dentro de los límites, se resolverá teniendo en cuenta nuestro criterio personal.

2. LISTADO DE ABREVIATURAS.

AP: Audiencia Provincial

Art. : Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

ERTE: Expediente de Regulación Temporal de Empleo

ET: Estatuto de los Trabajadores

ETOP: *Ref.* a causas, Económicas, técnicas, organizativas o de producción.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LJS: Ley de Jurisdicción Social

LO: Ley Orgánica

LOEX: Ley Orgánica de Extranjería

LRC: Ley del Registro Civil

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto Ley

Rec.: Recurso

RELOEX: Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

TSI: Tarjeta sanitaria individual

3. SUPUESTO DE HECHO.

María Martínez es una mujer peruana que, en el año 2018, decide dejar su país de origen y emigrar a España con el fin de conseguir dinero para mantener a sus tres hijas de catorce, diez y ocho años, que quedaron a cargo de su familia, consiguiendo alejarse así de una expareja violenta y padre de las niñas, José Vidal, que había ingresado en prisión. Llega al municipio de Carral por mediación de un familiar, residente del mismo lugar, que le consiguió un contrato de interina y le ayudó con el proceso para obtener la autorización de residencia y de trabajo.

En el mes de mayo del año 2019, María deja el trabajo y se traslada a la ciudad de A Coruña, donde firma un contrato de carácter indefinido y a jornada completa como ayudante de cocina en una franquicia de hostelería y restauración. Sin embargo, con la llegada de la pandemia, la empresa decide reducir la jornada completa a jornada parcial de toda la plantilla, incluida la de María. Para ello, el empresario se puso en contacto con cada uno de los empleados de forma individual para aclararlas razones de esta reducción y, sin más explicación y dilación, entregarles un documento para que firmasen conforme estaban de acuerdo con la modificación de la jornada estipulada en el contrato. María, sin ser conocedora de sus derechos y por miedo a ser despedida o recibir algún tipo de sanción por parte de la empresa, firma dicho documento.

Durante su estancia en A Coruña, en septiembre del año 2020, María comienza con Carlos Gutiérrez, un coruñés que se dedica a la tala forestal, una relación afectivo-amorosa y de convivencia que lleva a María a trasladarse a vivir al apartamento de Carlos. Fruto de esta relación, María queda embarazada en febrero del año 2021 y, por acuerdo de ambos, deciden continuar con el embarazo. El 20 de octubre de ese mismo año, María da a luz a una niña, no obstante, Carlos le comunica que no tiene intención ninguna de reconocerla ni de asumir sus responsabilidades como padre, por lo que María se ve obligada a abandonar el apartamento donde convivían y pedir ayuda a Cáritas, en donde le ofrecieron una vivienda de acogida temporal en la que ahora está viviendo con la niña.

Tras registrar el nacimiento del bebé, María se dispone a solicitar su tarjeta sanitaria en el centro de salud más cercano a su domicilio, pero quienes la atienden le comunican que tiene que ir al centro de salud de Carral, que es donde se encuentra empadronada. Ante las dificultades y trabas que le supone viajar a Carral con una recién nacida, María aún no ha podido solicitar dicha tarjeta.

Simultáneamente, en Perú tienen lugar otros hechos. Su expareja, José Vidal, sale de prisión y se lleva a las niñas consigo para hacerse con el dinero que María les envía y malgastarlo en alcohol. Ante esta situación, la tía de las niñas, residente en Perú, decide interponer una denuncia acusando a María y a José por abandono de las hijas, de la cual resulta una orden de alejamiento del padre con sus hijas y un ultimátum a María de que tiene dos opciones para no perder la custodia: volver a Perú para hacerse cargo de las niñas o que éstas se reagrupen con su madre en A Coruña. Sin embargo, María se encuentra en una encrucijada puesto que, por un lado, tiene miedo de volver a Perú debido a las amenazas, el acoso e intentos de manipulación constantes que recibe por parte de José y, por otro lado, no quiere que sus hijas, ahora de dieciocho, catorce y doce años, vengán aquí debido a la situación de precariedad y vulnerabilidad en la que se encuentra en la actualidad.

4. CUESTIÓN 1ª. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO DEL TRABAJO, QUÉ PODRÍA HACER MARÍA MARTÍNEZ ANTE LA REDUCCIÓN DE SU JORNADA DE TRABAJO POR DECISIÓN DE LA EMPRESA.

A) Modificación de la jornada laboral

La jornada laboral es un elemento esencial del contrato de trabajo, tal y como se dispone en el art. 2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). No obstante, esta puede ser modificada unilateralmente por parte del empresario, o a solicitud del trabajador (Art 37.6 y 37.7 ET).

El art. 41.1 ET podrán ser acordadas por la empresa cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, modificaciones sustanciales del contrato. El mismo artículo, establece seguidamente una serie de materias que tendrán la consideración de sustancial, entre las cuales, se encuentra la jornada laboral (art. 41.1 a).

En función del número de trabajadores al que afecte la medida, tendrá la consideración de individual o colectiva. Este aspecto cobra relevancia en cuanto al procedimiento que se deberá seguir en cada caso. El art. 41.2 II y III, ET dispone:

“Se considera de carácter colectivo la modificación que, en un periodo de noventa días, afecte al menos a:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas.”

El procedimiento para la modificación individual se inicia con la notificación por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad (art. 41.3 ET). Un trámite mucho más sencillo que en los casos de modificación colectiva, donde se requiere un procedimiento de negociación colectiva, precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores (art. 41.3 ET).

Entendiendo que se trata de una modificación individual¹, el trabajador puede en todo caso optar por:

- a. Aceptar la decisión empresarial.

¹ Atendiendo a la literalidad del supuesto de hecho y en ausencia de más datos sobre el número de trabajadores afectados, así como del total de la plantilla, entendemos que, en este caso, la modificación no tendrá la consideración de colectiva.

- b. Extinguir su relación laboral con la empresa mediante la rescisión del contrato antes de que se cumpla el plazo de efectividad de la decisión adoptada. En cuyo caso, el trabajador deberá percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses (art. 41. 2 ET).
- c. Impugnarla ante el Juzgado de lo Social la decisión empresarial, en caso de que, no habiendo optado por la rescisión de su contrato, se encuentre disconforme con la medida. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada, y en este último caso reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones (art 41.2 ET).

Por su parte, el artículo 47.1 ET regula el procedimiento para la reducción de jornada cuando la modificación de las condiciones del contrato de trabajo se derive de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, (en adelante, ETOP) o de fuerza mayor. En tal caso, el apartado tercero señala que: *“El procedimiento, que será aplicable cualquiera que sea el número de personas trabajadoras de la empresa y el número de personas afectadas por la reducción o por la suspensión, se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con la representación legal de las personas trabajadoras de duración no superior a quince días[...] En el supuesto de empresas de menos de cincuenta personas de plantilla, la duración del periodo de consultas no será superior a siete días”*. De modo que, no será de aplicación la distinción entre modificación individual o colectiva.

El mismo artículo 47. 3 ET, señala que en para la regulación de empleo por causas ETOP o de fuerza mayor, se requiere la apertura de un período de consultas mediante escrito dirigido a los representantes legales de los trabajadores. Asimismo, deberá quedar constituida la comisión representativa de los trabajadores con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del período de consultas. A estos efectos, la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento regulación de empleo.

Simultáneamente, se iniciará mediante solicitud de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios. La existencia de fuerza mayor temporal como causa motivadora de la suspensión o reducción de jornada de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas (art. 47.5 ET).

Para ello, la autoridad laboral solicitará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social antes de dictar resolución. Este informe deberá pronunciarse sobre la concurrencia de la fuerza mayor y surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor, hasta la fecha determinada en la misma resolución. Si no se emite resolución expresa en el plazo indicado, se entenderá autorizado el expediente de regulación temporal de empleo (art. 47.5 ET).

No obstante, en los casos en los que la fuerza mayor temporal venga determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa, y estos sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública, será de aplicación el procedimiento previsto para los expedientes por causa de fuerza mayor temporal, con las particularidades del art. 47.6 ET:

“a) La solicitud de informe por parte de la autoridad laboral a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no será preceptiva.

b) La empresa deberá justificar, en la documentación remitida junto con la solicitud, la existencia de las concretas limitaciones o del impedimento a su actividad como consecuencia de la decisión de la autoridad competente.

c) La autoridad laboral autorizará el expediente si se entienden justificadas las limitaciones o impedimento referidos”.

Sin perjuicio de lo anterior, existen requisitos comunes aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo por causas ETOP y a los que estén basados en una causa de fuerza mayor temporal (art. 47.7 ET):

“a) La reducción de jornada podrá ser de entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual. En la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos.

b) La empresa junto con la notificación, comunicación o solicitud, según proceda, a la autoridad laboral sobre su decisión de reducir la jornada de trabajo o suspender los contratos de trabajo, a que se refieren los apartados 3, 4, 5 y 6, comunicará, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan:

1.º El período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la suspensión del contrato o la reducción de jornada.

2.º La identificación de las personas trabajadoras incluidas en el expediente de regulación temporal de empleo.

3.º El tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.

[...]”.

Por lo tanto, los Expedientes de regulación temporal de empleo se recogen en el artículo 47 ET, mientras que el art. 41 ET regula las modificaciones de carácter permanente. Sin embargo, a raíz del Coronavirus, se ha previsto la posibilidad de realizar ERTES adaptados a las necesidades de las empresas con el fin de evitar despidos masivos.

B) Adopción de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

El contexto en el que se enmarca la decisión tomada por el jefe de María es el estado de alarma y la crisis sanitaria derivada del COVID-19. Para la regulación de los ERTES que tienen su origen en la pandemia se prevé la creación de legislación nueva. A través del Real Decreto-ley 8/2020 de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Como ya se ha avanzado, pretende entre otras

cuestiones, evitar los despidos, por lo que se agilizan los procedimientos para la modificación y suspensión de contratos, mediante especialidades respecto de lo regulado para los expedientes del art. 47 ET sin perjuicio de que se deriven las mismas consecuencias.

Así, el art. 22 de Real Decreto-ley 8/2020 regula las “Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor” y el art. 23 establece las “Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción (ETOP)”.

Están regulados en el art. 23 del RDL 8/2020 y el art. 3 del RDL 30/2020, y de manera supletoria en el RDL 1483/2012 y el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.

Se aplica en aquellas empresas que la suspensión de los contratos o a la reducción de las jornadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción estén relacionadas con el COVID-19.

En cuanto al procedimiento (art 23 RDL 8/2020), si la empresa ya cuenta con representación legal de los trabajadores, el ERTE se negociará con estos, pero si no existe, se tendrá que negociar con los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa. Por otro lado, cuando las causas del ERTE no son derivadas del coronavirus, se negocia con una comisión *ad hoc* creada de entre los trabajadores de la empresa.

Para agilizar los procesos, también se han acortado los plazos de la negociación, ya que el plazo para constituir la comisión representativa pasa a ser de 5 días, y el período de consultas, no deberá de exceder de 7 días. Además, se puede empezar a negociar mientras que está en vigor un ERTE de fuerza mayor y si se inicia tras la finalización de este, su fecha de efectos se retrotraerá a la fecha en que haya finalizado dicho expediente. El resto del procedimiento es igual al resto de los ERTEs:

- Preaviso: comunicación a los trabajadores o la representación legal de los trabajadores de la intención de la empresa de negociar un ERTE a fin de que indiquen quien negociará por su parte.
- Inicio del periodo de consultas: De manera simultánea al inicio del periodo de las negociaciones con la representación de los trabajadores, se deberá de dar traslado de la documentación aportada, también a la autoridad laboral que corresponda. Las consultas durarán como máximo 7 días
- Finalización del periodo de consulta: Sea con o sin acuerdo, la empresa deberá de comunicar la decisión empresarial a la autoridad laboral en un plazo máximo de 5 días de lo que finalmente va a hacer. Igualmente se tendrá que informar individualmente a los trabajadores de la decisión y de su grado de afectación.

En caso contrario, de considerarse causa la fuerza mayor, además del art. 22 RDL 8/2020, por el fueron los ERTEs de fuerza mayor creados por la declaración del estado de alarma. Por el RDL 24/2020, sobre lo ERTEs de rebrote, creados para dar cobertura a las empresas que vieran impedida el desarrollo de su actividad a causa de los rebrotes y las medidas acordadas por las distintas administrativas tras el levantamiento del Estado de alarma. Y

por el RDL 30/2020, por el que se crean los ERTes que cubren a las empresas que tendrán exoneraciones después del 1 de octubre del 2020².

El procedimiento de estos ERTes de fuerza mayor es siempre el mismo: Habrá que presentar una solicitud a la Autoridad laboral a fin de que verifique que a la empresa se le debe de aplicar un ERTE de fuerza mayor. Esta solicitud debe de ir acompañada con una memoria/informe que justifique esta situación, y con la relación de trabajadores que se verán afectados por la medida y en qué condiciones.

Como regla general, en el plazo de 5 días hábiles, la Autoridad laboral deberá de responder, siendo el silencio positivo.

Debemos tener en cuenta que las especialidades que se establecen la normativa citada hacen referencia a plazos y conformación de órganos de representación a efectos de consultas con los empleados. No obstante, en lo demás, los efectos que se derivan son los mismos que se disponen en el art 47 ET, sobre regulación de dichos expedientes.

C) Impugnación de la medida de regulación temporal de empleo.

Como ya se ha indicado anteriormente, el procedimiento para la reducción de la jornada de carácter temporal por causas ETOP o de fuerza mayor, deberá ir precedida de un periodo de consultas. Tras su finalización con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el apartado 1 y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (art 47.3 párrafo 9 ET).

También podrá ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando aquella pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de las personas trabajadoras, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo. Además, podrá reclamar la persona trabajadora ante la jurisdicción social que declarará la medida justificada o injustificada. En este último caso, la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará a la empresa al pago de los salarios dejados de percibir por la persona trabajadora hasta la fecha de la reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el periodo de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas, así como del ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social. No obstante, si se interpusiera una demanda por conflicto colectivo se paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución (art. 47. 3 párrafos 15 y 16 ET).

D) Aplicación al caso

Entendemos que, al tratarse del sector de la hostelería, la medida adoptada por parte del empresario, pretende ser fundada en el supuesto de fuerza mayor, que produjo la

² Tipos de ERTes derivados del COVID. <https://www.cuestioneslaborales.es/tipos-de-ertes-derivados-del-covid/> (última consulta 15/06/2022)

prohibición de la actividad hostelera y el cierre de locales desde el decreto del Estado de Alarma³.

El problema que se nos plantea es la inadecuación de la actuación por parte del empresario al procedimiento correspondiente para la tramitación del expediente de regulación de empleo de carácter temporal. Esto nos lleva a preguntarnos: ¿cuál de los escenarios ha planteado el empresario a María y al resto de empleados? Si bien es cierto que no hay alusiones al periodo de consultas, ni a la emisión de pruebas, ni a la autorización de la Autoridad Laboral, o cualquier otro indicio de que se haya seguido correctamente el procedimiento, lo que parece que está claro es que no se ha previsto una modificación con carácter temporal, sino que es definitiva. Este aspecto, resulta determinante pues implica encaje en el supuesto previsto del artículo 41 ET y no en los regulados en el 22 y 23 del RDL 8/2020.

Ahora bien, a pesar del procedimiento previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de forma unilateral por parte del empresario, regulado en el artículo 41 ET, en el que se recoge la jornada laboral como elemento susceptible de modificación, la conversión de una jornada completa a una jornada parcial, constituye un límite a la libertad del empresario, que solo podrá imponer dicha modificación en los casos de expediente de regulación de empleo de carácter temporal (art. 12.4 ET).

Como se ha expuesto en el epígrafe A), las opciones disponibles para el trabajador en los casos en los que se acuerde una modificación de un elemento sustancial del contrato son: la aceptación, la extinción de la relación laboral o la impugnación (art. 41.2 ET). Teniendo en cuenta que María ha firmado la novación, debemos descartar la rescisión.

Puede recurrirse la modificación ante la jurisdicción de lo social. El problema que se plantea en este caso, es que el plazo para la impugnación se inicia en cuanto se tenga conocimiento de la modificación se debe de empezar a contar el plazo de 20 días (art. 59.3 y 59.4 ET). El artículo 138 de la Ley de Jurisdicción Social (en adelante, LJS) establece que cuando no se haya seguido el procedimiento establecido, la prescripción es de un año. El TS (STS 534/2021), ha venido reiterando que el plazo de caducidad para que el trabajador impugne la modificación sustancial de condiciones de trabajo empieza a computarse desde la notificación de la decisión empresarial al trabajador, aunque la empresa no haya seguido el procedimiento del artículo 41 ET ni la notificación se realice conforme a lo establecido en ese precepto.

“[...]pese a que reconoce que la notificación efectuada al trabajador no "se le han dado a conocer las causas por las que la empresa adoptaba el cambio de los cuadrantes de trabajo", el plazo de caducidad de veinte días "aunque no se haya seguido el procedimiento" del artículo 41 ET (artículo 138.1 LRJS) es de 20 días hábiles.”

Además, en contestación al argumento del trabajador por el que "no tenía por qué conocer que la modificación de los cuadrantes de trabajo iba a ser definitiva", declara el Tribunal que, el artículo 138.1 LRJS, no condiciona el comienzo del cómputo del plazo de caducidad de la acción a que se notifique la duración de la medida; tan solo exige la

³ Art 10.4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19: “Se suspenden las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio”.

notificación de la decisión empresarial y, en el presente caso, la modificación fue comunicada al trabajador.

En vista de lo anterior, lo dispuesto en el art. 41.3 ET, “[...]sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que, no habiendo optado por la rescisión de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones”, parece no poder ser aplicable puesto que ya han pasado los 20 días de plazo, y supondría la inadmisibilidad de la demanda.

Ahora bien, como en un inicio hemos avanzado, en este caso se está convirtiendo una jornada completa en una jornada parcial, siendo esto contrario a la ley en virtud del artículo 12.4 apartado e) del ET, pues se prohíbe expresamente: “La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a)”. Además, María, firma la novación por desconocimiento de sus derechos⁴.

Por lo que otra opción sería la solicitud de la extinción del contrato. El artículo 50 ET, sobre la solicitud de extinción por voluntad del trabajador, señala:

“1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:

a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador. b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.

2. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.”

El apartado segundo del art. 50 ET, señala que se tendrá derecho a la indemnización por despido improcedente. En este caso, no rige la cuantía determinada para el despido objetivo, por el que corresponden al trabajador 20 días de salario por año trabajado. Sino que si el despido practicado ha sido disciplinario o se trata de un despido objetivo injustificado y el trabajador lo impugna, la indemnización será la prevista para el despido

⁴ En el supuesto de hecho se hace referencia a que el consentimiento se concede “sin ser conocedora de sus derechos y por miedo a ser despedida o recibir algún tipo de sanción” Al respecto se cita textualmente en el propio artículo 12.4 e) que no pueden derivarse sanciones o despidos por la negativa del empleado: “El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión,”

improcedente, esto es 33 días de salario por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades (art 56 ET).

Un dato relevante sobre la redacción del anterior artículo es que en el caso del apartado c), se establece una lista *numerus apertus* refiriéndose a “cualquier otro incumplimiento grave”. El artículo 49.1.j) del ET permite que el contrato de trabajo se extinga por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.

La STSJ 8/2021, de 18 de enero, señala que el artículo 49.1 j) del ET recoge la cláusula abierta que permite añadir cualesquiera otros incumplimientos graves del empresario más allá de los tres expresamente señalados, y salvo los supuestos de fuerza mayor.

“Nótese que el adjetivo “contractual” no queda circunscrito únicamente al incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo, sino que se extiende a las que derivan del convenio colectivo y de cualesquiera otras disposiciones normativas. Así, el adjetivo “contractual” ha de ser interpretado en un sentido amplio, como equivalente a “laboral”; es decir: incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del empresario.

En conclusión, los incumplimientos graves del empresario no se limitan a las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo, sino que se extienden a todas aquellas que el empresario haya asumido en beneficio del trabajador, cualquiera que sea su origen, siempre que reúnan las notas de gravedad y culpabilidad”

Dicha sentencia, además añade que podría solicitarse una indemnización por daños y perjuicios, de lo que volveremos a tratar posteriormente.

Aunque el concepto de daños y perjuicios como tal no aparece recogido de forma expresa en el ordenamiento laboral, sí existe en la Ley de Jurisdicción Social, alguna manifestación de la obligación del resarcimiento por daños, como puede ser para el caso que nos ocupa. El art. 138 LJS establece que: “*Cuando la decisión empresarial de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, hubiera podido ocasionar daños o perjuicios durante el tiempo en que produjo efectos*”. Junto a ello, al plazo de caducidad para el ejercicio de acciones el art 59 ET establece:

“1. Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación.

A estos efectos, se considerará terminado el contrato:

a) El día en que expire el tiempo de duración convenido o fijado por disposición legal o convenio colectivo.

b) El día en que termine la prestación de servicios continuados, cuando se haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita.

2. Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse.

3. El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos. El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente.

4. Lo previsto en el apartado anterior será de aplicación a las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo. El plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del periodo de consultas”.

Por lo tanto, en vista de todo lo anterior, consideramos que María, podría optar por impugnar la modificación del contrato de trabajo, sin necesidad de cumplir con el plazo de los 20 días que se prevén con carácter general, siendo en este caso impugnabile durante el plazo de un año. Y adicionalmente, estaría legitimada para la solicitud de una indemnización por daños y perjuicios derivados de la modificación sustancial del contrato por incumplimiento grave del empresario.

5. CUESTIÓN 2ª. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, QUÉ PODRÍA HACER MARÍA MARTÍNEZ PARA CUBRIR SU SITUACIÓN DE NECESIDAD EN LA QUE SE ENCUENTRA POR CAUSA DE QUE, AL TRABAJAR MENOS, ¿COBRA MENOS?

A) Prestaciones contributivas y no contributivas

La Seguridad Social reconoce el derecho a las prestaciones económicas contributivas, como las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, viudedad etc., y algunas pensiones no contributivas, como las prestaciones familiares no contributivas por hijo o menor acogido a cargo.

Las prestaciones son un conjunto de medidas (mayoritariamente económicas) para paliar determinadas situaciones de necesidad.

La Ley General de la Seguridad Social, prevé en su artículo 7, quienes tendrán derecho a percibir las.

“1. Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

- a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.*

[...]

2. Asimismo, estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones no contributivas, todos los españoles residentes en territorio español.

También estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones no contributivas, los extranjeros que residan legalmente en territorio español, en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en su caso, en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales aprobados, suscritos o ratificados al efecto.”

B) Prestaciones por desempleo

Para resolver la pregunta sobre qué podría hacer María en consecuencia de que tras la reducción de su jornada está percibiendo un salario menor, nos centraremos en las prestaciones por desempleo, sin perjuicio de que se pudiera solicitar, de cumplirse con

los requisitos, otras prestaciones familiares o la prestación por nacimiento y cuidado del menor.

La protección por desempleo se estructura en un nivel contributivo y en un nivel asistencial, ambos de carácter público y obligatorio (art 263 TRLGSS). El nivel contributivo tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la suspensión del contrato o reducción de la jornada, mientras que el nivel asistencial (subsidio por desempleo)⁵, complementario del anterior, garantiza la protección a los trabajadores desempleados que se encuentren en alguno de los supuestos incluidos en el artículo 274 TRLGSS.

El artículo 264.1 a) TRLGSS, establece que: *“Estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia: a) Los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social”*..

Los requisitos para tener derecho a la acción protectora por desempleo están regulados en el art. 266 TRLGSS:

“Para tener derecho a las prestaciones por desempleo las personas comprendidas en el artículo 264 deberán reunir los requisitos siguientes:

a) Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que legal o reglamentariamente se determinen.

b) Tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el artículo 269.1, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. Para el supuesto de que en el momento de la situación legal de desempleo se mantengan uno o varios contratos a tiempo parcial se tendrán en cuenta exclusivamente, a los solos efectos de cumplir el requisito de acceso a la prestación, los períodos de cotización en los trabajos en los que se haya perdido el empleo o se haya visto suspendido el contrato o reducida la jornada ordinaria de trabajo.

c) Encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300.

d) No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello o se trate de supuestos de suspensión de contrato o reducción de jornada.

⁵ Por *prestación* se entiende “modalidad contributiva”, que es el paro que se cobra cuando un trabajador ha acumulado 360 o más días de cotizaciones por desempleo en los últimos 6 años antes de quedarse sin trabajo. El *subsidio* tiene carácter asistencial “no contributivo”. Pero como requisito, es necesario haber agotado previamente la *prestación* por desempleo (art. 274.1 TRLGSS), además de acreditar la insuficiencia de rentas.

e) Estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente”

Las causas que determinan la situación legal de desempleo a las que se refiere el apartado c) del artículo anterior, se recogen en el art. 267 TRLGSS. Se encontrarán en esta situación los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que se haya extinguido el contrato por alguna de las causas previstas en el art. 267.1 a)
- b) Que se haya suspendido el contrato por alguna de las razones contempladas en el art. 267.2 b)
- c) Que se haya visto reducida la jornada diaria ordinaria, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal
- d) Durante los períodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos-discontinuos.
- e) Cuando los trabajadores retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero, siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España.
- f) Cuando, en los supuestos previstos en los párrafos e) y f) del artículo 264.1, se produzca el cese involuntario y con carácter definitivo en los correspondientes cargos o cuando, aun manteniendo el cargo, se pierda con carácter involuntario y definitivo la dedicación exclusiva o parcial.

Con carácter general, el trabajo, sea por cuenta ajena o por propia, es incompatible con el cobro de la prestación o el subsidio por desempleo. Pero, como ya se apunta en los párrafos anteriores, existen circunstancias donde el trabajador podrá compatibilizar la prestación con la actividad laboral.

Entendemos que María cumple con los requisitos de cotización necesarios para superar el periodo de carencia de los 360 días cotizados que fija la normativa para dar derecho al cobro, puesto que viene desempeñando su trabajo desde Mayo de 2019.

Por una parte, se contempla una modalidad de compatibilización de prestación por desempleo y la actividad laboral, la cual requiere que mientras está cobrando la prestación contributiva o el subsidio por desempleo, se empiece a trabajar por cuenta ajena a tiempo parcial. Es por tanto un requisito, que el cobro de la prestación sea previo al inicio de la actividad laboral. Así, el trabajador puede optar por suspender la prestación o compatibilizarla. No obstante, teniendo en cuenta las circunstancias del supuesto, descartamos esta posibilidad para en el caso de María puesto que, no se ha percibido con carácter previo, sino que ya desempeñaba una jornada completa, y ulteriormente se ha visto modificada.

Por su parte, el art. 266 TRLGSS, para los casos en los que el trabajador/a, esté en activo, se prevé la posibilidad de cobrar la prestación parcial por desempleo. Como ya se ha avanzado, podrá tener derecho a ella, el trabajador que haya sufrido una reducción de la jornada de trabajo por alguna de las siguientes causas:

1. Por decisión empresarial de acuerdo de lo establecido en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
2. Por resolución judicial adoptada en un procedimiento concursal, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el periodo que resta de la vigencia del contrato de trabajo.

La prestación por desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo, aquella que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 sobre causas ETOP o de fuerza mayor. Pero no se tendrá derecho si la reducción de jornada es definitiva o dura todo el periodo que quede pendiente de cumplir del contrato de trabajo (art. 262.3 TRLGSS).

De modo que, en este caso, no podrá percibir la prestación por desempleo parcial, al entenderse que la reducción de la jornada es aceptada, con carácter definitivo, como una modificación de las condiciones de trabajo de su contrato.

Si como consecuencia de encontrarse en activo por medio de una modificación entendida como voluntaria, no puede tener la condición de desempleada, tampoco podrá tener derecho al subsidio, ni a otras prestaciones no contributivas o asistenciales, que requieran este requisito.

6. CUESTIÓN 3ª. ¿QUÉ OBLIGACIONES TIENE EL PADRE DEL BEBÉ FRENTE A SU HIJO? Y QUÉ PUEDE HACER MARÍA MARTÍNEZ ANTE EL HECHO DE QUE EL PADRE NO ASUMA SUS RESPONSABILIDADES.

A) Obligaciones del progenitor frente a los hijos

Las obligaciones de Carlos frente a su hija son en cualquier caso, las que se recogen como derecho para todos los hijos respecto a sus padres. Se regulan en los artículos 109 a 111 de nuestro Código civil. Y tienen relación directa con el reconocimiento de la filiación al ser esta la que determina la paternidad.

En primer lugar, el art. 109 CC , señala que “*la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto a la ley*”. En este sentido, son apellidos los que correspondan a ambos progenitores, siendo el orden elección de los mismos. La LRC por su parte, especifica que habrán de ser los mismos para todos los hijos comunes en su artículo 49, sin perjuicio de que alcanzada la mayoría de edad, el hijo o hija pudiera solicitar que se altere el orden de estos⁶.

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud del Registro civil, corresponde al Encargado de la Administración registral requerir a los progenitores o a sus representantes legales para que lo comuniquen en el plazo máximo de tres días. En caso contrario, corresponderá acordar el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.⁷

El artículo 110 CC establece que, aunque no ostenten la patria potestad, el contenido nuclear de la filiación es independiente a esta.

Este artículo contempla a su vez, dos deberes: el primero es la prestación de alimentos y el segundo es el deber de velar por los hijos. Lo que supone “atender diligente y delicadamente a su persona, salud física y psíquica, su equilibrio afectivo [...] respondiendo a todo ello en congruencia con sus necesidades”⁸.

Existe un tercer efecto de la filiación que tiene un sentido excluyente sobre las funciones tuitivas de los progenitores sobre los hijos y la privación de derechos de los primeros.

En este sentido, el art. 111.I CC dispone que: “*quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:*

*1º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones que obedezca la generación, según sentencia penal firme. 2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición*⁹.

⁶ Con arreglo a lo dispuesto en el RDGRN 25 noviembre 1994, 17 de octubre 1996, solo se permite alterar el orden de los apellidos una sola vez.

⁷ El TS por su parte, en los casos en los que la filiación materna ha sido determinada en primer lugar y los progenitores no se han puesto de acuerdo, ha venido dando preferencia al mantenimiento del apellido materno como primero, por considerarlo más beneficioso para el menor (STS 11 y 12 noviembre 2015 y 1 febrero 2016)

⁸ RIVERO HERNANDEZ, *Curso de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia*, pág. 330.

⁹ No se hace referencia a lo estrictamente procesal, sino en un sentido sustantivo, equivalente a la negativa de ser considerado progenitor, exteriorizándolo mediante mecanismos judiciales: ya fuera la oposición ante una acción de reclamación de la filiación dirigida a él o ella, o mediante el ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad que la haya dejado determinada judicialmente.

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”.

El artículo, tiene una doble finalidad, ya que además de sancionar al progenitor privándolo de derechos, se pretende proteger al hijo de quien podría serle perjudicial si se le atribuyen funciones tuitivas a alguien que muestra los comportamientos anteriormente citados.

Complementariamente, se dispone que el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión, salvo que expresamente lo solicite él mismo o su representante legal. Del mismo modo sucedería con las restricciones, en caso de que el propio hijo, alcanzada la plena capacidad, lo quisiera.

También, la filiación tiene también efectos sucesorios, ya que el el descendiente, pasaría a ser heredero legítimo del generante. Los efectos retroactivos que produce la filiación, implica, sobre esto que a pesar de que la filiación se produzca con posterioridad al fallecimiento del progenitor, este podrá reclamar su correspondiente legítima sin perjuicio de que se debiera realizar una nueva repartición.

No ocurre lo mismo con el derecho a la prestación de alimentos, pues la jurisprudencia no viene reconociendo la retroactividad de ese derecho hasta el momento del nacimiento. De modo que solo serán exigibles desde el momento en el que se determine la filiación (SSTS 29.9.16 y 30.9.16 – RJ 4457 y 4844).

Y finalmente, aunque no se contempla como un deber, en el caso de Carlos y su hija, una vez reconocida la filiación, nuestro CC reconoce la atribución de nacionalidad por *ius sanguinis*, lo que implica que su hija sería española de pleno derecho desde su nacimiento (RDGRN 22.12.94 – RJ 1995,1540).

Por lo tanto, la filiación es determinante para la legitimación a la hora de ejercer, judicial o extrajudicialmente, derechos, facultades y potestades derivadas de la filiación inscrita (alimentos, derechos sucesorios, patria potestad, apellidos etc.) y la misma puede darse por naturaleza o por adopción (art. 108 CC), no obstante, con independencia de cómo se haya determinado, los efectos para los hijos serán los mismos (art. 108.II CC), puesto que todos ellos gozan de igualdad ante la ley (art. 14 CE) sin que pueda prevalecer discriminación por razón de nacimiento. Para garantizar ese principio de igualdad de los hijos, los poderes públicos deben asegurar su protección integral, posibilitar la investigación de la paternidad y prestar asistencia de todo orden ya sean hijos concebidos dentro o fuera del matrimonio (art 39. 2 y 3 CE).

B) Determinación de la filiación

La importancia y objetivo de determinar la filiación, no es otro, que el de garantizar que estos deberes frente al hijo surtan efecto desde el momento en que tenga lugar, sin perjuicio de su carácter retroactivo (art. 112 CC) en caso de que el proceso se dilata.

Para determinar la filiación existen cinco vías o formas recogidas en nuestro ordenamiento. Así, el artículo 120 CC expone que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

“1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

3.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

4.º Por sentencia firme.

5.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.”

El reconocimiento de la filiación es una declaración de voluntad que admite que se es padre de ese hijo o hija. Esta declaración de voluntad es un acto personalísimo y unilateral y solo puede realizarla el reconocedor por sí mismo. A tal efecto, el art. 122 CC señala que *“cuando un progenitor hiciera el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que ya esté determinada legalmente”*.

Habida cuenta de que no parece que Carlos tenga intención de reconocer a su hija, y sin perjuicio que existan otras formas para determinar la filiación, en el caso que nos ocupa, abordaremos con más detenimiento la filiación determinada por sentencia.

C) Determinación de la filiación mediante sentencia firme. Acción de filiación.

El Derecho dispone de mecanismos para poder determinar la filiación de forma judicial, es decir, por sentencia. Se llevará a cabo mediante el ejercicio de una acción de reclamación. Se trata pues, de aquellas que tienen por objeto obtener un pronunciamiento judicial relativo a la filiación, confirmando su existencia o negándola si ya estuviera establecida formalmente (en caso de las acciones de impugnación). Las primeras vienen reguladas en los artículos 131 a 134 CC y las segundas en los artículos 136 y 137 CC.

D) Legitimados

El artículo 131 de nuestro Código Civil, nos habla de las acciones de reclamación en los casos en que exista posesión de estado. En estos casos está legitimada cualquier persona con interés legítimo, mientras no se contradiga otra ya determinada y al no establecerse plazo de caducidad en la redacción del citado artículo, deberá entenderse imprescriptible (STS 9.7.2002 [RJ 2002. 8237])

Hablamos de posesión de estado cuando existe esa relación fáctica, establecida entre padre o madre e hijo, por la que se observa la apariencia de ser titular o tener un determinado estado civil con relación a una o varias personas y que además viene generando convicción de que así es.

El TS se ha pronunciado al respecto manifestando que la posesión de estado puede formarse por actos directos del propio padre o de su familia, SSTs 20.5.1991 [RJ 1991, 3714], 2.3.1994 [RJ 1994,1639], y últimamente sobre posesión de estado SSTs 25.6.2004 [RJ 2004, 4008], 31.12, 10.11, 3.7, 27.2.2003 [RJ 2003. 9007, 8284, 5813, 2516] Tampoco se requiere que los actos sean necesariamente públicos de pleno (STS 25.6.2004 RJ 2004, 4008) ni tampoco que sean muy numerosos (STS 14.11.1992 [RJ 1992. 9402]). También, puede alegarse posesión de estado si en un pasado próximo esta hubiera existido

(STS 14.11.1992 [RJ 1992. 9402]), aunque en el momento de ser invocada no exista por causa de haber cesado la convivencia de los progenitores.

Considerando que no existiera posesión de estado, el 133 CC legitima al hijo para la acción de reclamación durante toda su vida y a los progenitores durante el plazo de un año, desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación (SSTS 18.7.2018 y 8.10.2019 [RJ 2018.2949; 2019.4060]). En cuyo caso, María podría interponer, en su nombre, dicha acción, desde el 20 de octubre del 2021 hasta el 20 de octubre del 2022, considerando como fecha de inicio el momento del parto, por ser este en el que Carlos le comunica que no se haría cargo de la situación, y no está dispuesto a reconocer a la recién nacida.

Recordemos que su hija está legitimada durante toda su vida, pero esta no puede ejercitar la acción por carecer de capacidad para ello. En ese caso, María, como representante legal de su hija, podría ejercitar la acción en nombre de la menor, en cualquier momento, y hasta que ella alcanzara la mayoría de edad (765.1 LEC). No obstante, si la madre ha ejercido acción de reclamación en nombre propio y esta no ha tenido éxito, no podrá volver a ejercerla en nombre de su hija posteriormente, (STS 8.7.2004 [RJ 2004, 4339]).

La condición de legitimados pasivos, la ostentan las personas a las que se atribuye la condición de progenitores y de hijo, siempre que no fueren éstos los que hubieren interpuesto la acción (artículo 766 LEC).

E) Procedimiento

Los procesos de filiación se sustanciarán por las normas del juicio verbal, con la particularidad de que la contestación debe efectuarse por escrito en el plazo de veinte días (art 753 LEC). La resolución de los mismos, pretende garantizar el derecho al establecimiento de la verdad biológica, admitiéndose a tal fin la libre investigación de la paternidad y la maternidad, con la práctica de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (artículo 767 LEC).

La admisibilidad de la demanda está sujeta al requisito previo del principio de prueba (art. 767.1 LEC) Se deberá aportar pruebas de los hechos en que se funde la demanda, de forma que suponga indicios de dicha filiación. Esto pretende respetar y conciliar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, con la protección del principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación y el derecho a la investigación de la paternidad del artículo 39.2 de la CE. Con carácter general, por tanto, no se podrán admitir las demandas sobre determinación o impugnación de filiación sin observancia de este requisito previo. Pero sobre esto el TS ha venido flexibilizando lo indicado a tenor del 767.1 LEC, llegando a admitir que pudiera ser suficiente hacer referencia en la demanda, a la práctica ulterior de pruebas biológicas, durante el transcurso del proceso judicial (SSTS de 7 julio de 2003 [RJ 674/2003] y 12 julio de 2004 [RJ 653/2004], entre otras). Lo que el legislador exige, es la acreditación de la existencia de un principio de prueba que evidencie indiciariamente la existencia de la filiación que se pretende determinar, no debiendo de confundirse este principio de prueba con la prueba que ulteriormente debe practicarse. En último extremo, lo que se requerirá es convencer al juez de la veracidad de los hechos y la seriedad de las pretensiones, pero sin necesidad de aportar una prueba absoluta de los hechos aducidos desde un primer momento¹⁰.

¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, Curso de derecho civil. Volumen IV. pág. 357

Los procesos sobre este tipo de acciones tienen carácter indisponible, por lo que no cabe sobre ellos ni la renuncia, ni el allanamiento, ni la transacción, ni por supuesto se trata de materias susceptibles de sumisión a arbitraje. Incluso el desistimiento exige conformidad del Ministerio Fiscal (Artículo 751 de la LEC)

F) Pruebas durante el proceso de determinación

La resolución del proceso de determinación de filiación se configura como una decisión conforme a los hechos probados, con independencia de la parte que aporte la prueba. Por ello, se prevé la posibilidad de practicar pruebas de oficio, al margen de las que se promuevan por las partes o el Ministerio Fiscal, sin que la conformidad de las partes sobre los hechos vincule al tribunal (Artículo 752 LEC).

No es poco frecuente que no lleguen a realizarse pruebas biológicas ya sea por negativa del hijo o del progenitor. Por eso, si María instase a Carlos a someterse a una prueba biológica para determinar la filiación con respecto de la recién nacida, y este se negase, podría suponer incluso desde inversión de la carga de la prueba (STS 20.09.2002 RJ 856/2002), hasta la directa declaración de la filiación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 767.4 de la LEC conforme al cual se determina que: *“la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios”* (SSTS 27.6.19 [RJ 1987.4825], 8.58.1995 [RJ1995.3939], 14.6.1996 [RJ 1996,4773]). Como ya se advierte, cobra mayor relevancia si va unida a otros indicios (STS, Pleno, 18.7.2017 [RJ 2017,3320] y STS 17.1.2017 [RJ 2017,750]). Al respecto, el 767.3 LEC establece que: *“aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo”*.

En el caso de la negativa al sometimiento a pruebas biológicas, como se ha mencionado anteriormente, no excluye que se necesiten otras pruebas que evidencien la paternidad en cuestión, y que conduzcan al Tribunal al convencimiento de la paternidad, como pueden ser cierta posesión de estado, relación que acredite ciertos comportamientos de relación afectiva, información testifical y de documentos gráficos, directos, personales y no ambiguos que permitan constatar las relaciones extramatrimoniales existentes en su día entre los litigantes, que pongan de manifiesto, si no de modo pleno, sí de forma lógica o evidente, la verosimilitud de la tesis de la parte actora en referencia a las relaciones íntimas del demandado con la madre en la época en que se cifra la concepción (STS 27.02.2007 [RJ 2247/2007]). Ya que la convivencia con la madre en la época de la concepción, implica la cohabitación sexual con la madre. Por su carácter íntimo, es normal que no sea público, pero en ocasiones es posible que personas de su círculo de amistades corroboren la relación íntima existente entre los progenitores (STS de 26.02.1993, [RJ 1993\1257]).

Además, debe resaltarse que en los procesos de filiación no rige complementariamente el principio dispositivo de la mayoría de los procesos civiles sobre las reglas de prueba del 752 LEC. Sino que particularmente, estos procesos se decidirán con arreglo a los hechos que resulten probados, con independencia de cuándo hayan sido alegados.

G) Medidas cautelares y de protección en los procesos de determinación.

Durante el proceso, pueden adoptarse medidas cautelares que afecten a los interesados previa audiencia de las partes o en caso de urgencia, sin más trámites. También, hasta dictarse sentencia, el juez también podría acordar alimentos provisionales a cargo de Carlos y si fuera necesario, adoptar las medidas de protección oportunas.

Así se dispone en el artículo 768 LEC sobre medidas cautelares:

“1. Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el tribunal adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

2. Reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior.

3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas que pudieran resultar afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.

No obstante, cuando concurran razones de urgencia, se podrán acordar las medidas sin más trámites, y el Letrado de la Administración de Justicia mandará citar a los interesados a una comparecencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes y en la que, tras oír las alegaciones de los comparecientes sobre la procedencia de las medidas adoptadas, resolverá el Tribunal lo que proceda por medio de auto”

Con efecto positivo para las perjudicadas, la interposición de la demanda para el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad implica que mientras dure el procedimiento, el tribunal podría adoptar medidas cautelares de protección sobre la persona y los bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor. Esto significa que, podría acordarse una prestación de alimentos a cargo del demandado o cualquier otra medida que fuera necesaria para velar por el interés superior del menor (art. 768.1 y 2 LEC). Sobre ello, la SAP, de Murcia 20.10.1992 [RJ 928/1992], afirmaba que “toda interpretación de normas sobre alimentos de los hijos debe estar presidida por el art. 39, puntos 2 y 3 de la Constitución Española que establecen la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos y la de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera de su matrimonio, durante su minoría de edad. Procede para esa Sala calificar a los alimentos concedidos el carácter provisional según el art. 768 de la LEC y sin que quepa recurso de casación. [...] Es doctrina sentada del Tribunal Supremo, (STS 28.07.1998 [RJ 1304/1994]) la concluyente a que no es posible impugnar en casación la resolución que señala alimentos provisionales en favor del hijo cuya filiación se reclama”.

El legislador no ha establecido un listado cerrado de las medidas concretas que es posible adoptar en los procesos de filiación. Por ello, además de la medida de alimentos provisionales, se deja libertad al juez para acordar las medidas que crea más oportunas para la protección de la persona y bienes del hijo.

Además, y a pesar de que Carlos hubiera de prestar audiencia como afectado, el apartado tercero del artículo 768 LEC, se permite al tribunal acordar estas medidas con carácter urgente sin necesidad de más trámites.

Es por ello por lo que en sede de medidas cautelares pueden darse, además de las medidas de aseguramiento de los alimentos provisionales, al amparo del art. 768 LEC se puedan por ejemplo, la petición de medidas cautelares tendentes a evitar que el demandado pueda destruir pruebas relativas a la paternidad o a la posesión de estado (fotografías, documentos, etc.) y por ello se solicite el depósito de bienes muebles u otros medios de prueba que pongan de manifiesto la existencia de paternidad (STS 27.02.2007 [RJ 2247/2007]).

Por lo tanto, afirmamos que María puede ejercer la acción de reclamación de paternidad en su nombre durante el plazo de un año y como representante legal de su hija d en cualquier momento hasta que esta alcanzara la mayoría de edad.

En este caso, teniendo en cuenta las circunstancias del supuesto, podría entenderse que durante el periodo de convivencia con Carlos, existían muestras de esa relación afectiva, además de que el momento de renuncia se remite al momento del parto y no al momento en que conoce de la concepción, por lo que podría ser alegada como prueba para admisibilidad de la demanda, sin perjuicio de que durante el proceso se solicite la realización de pruebas biológicas.

7. CUESTIÓN 4ª ¿ES CORRECTA LA DECISIÓN DEL SERGAS DE OBLIGAR A MARÍA GUTIÉRREZ A IR AL CENTRO DE SALUD DE CARRAL CUANDO PRECISA DE ATENCIÓN SANITARIA?

A) Derecho a la asistencia sanitaria

Para resolver esta pregunta, debemos atender al hecho de que dicha indicación viene fundamentada en que María, se había personado en un centro de salud de la ciudad de A Coruña, siendo Carral el lugar donde se encuentra empadronada.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece, en su artículo 57, que el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria que proporciona el Sistema Nacional de Salud se facilitará a través de la tarjeta sanitaria individual, como documento administrativo que acredita determinados datos de su titular.

Los asegurados son los tradicionales titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita, pues según la Ley 16/2003, *“la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado”*. En lo esencial, tienen esta condición las personas que se encuentren en alguno de los tres supuestos siguientes (art. 2 RD 1192/2012):

a) *Las que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que son los siguientes:*

1º Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.

2º Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.

3º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza.

4º Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza y encontrarse en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se refiere el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.

b) *Las no comprendidas en el apartado anterior ni en el artículo 3 de este real decreto que, no teniendo ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:*

1º Tener nacionalidad española y residir en territorio español.

2º Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros.

º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio

español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica.

Junto a los asegurados, también gozan de dicha cobertura los beneficiarios de un asegurado. Estos son (art. 3 RD 1192/2012) siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el excónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo. Entre estas personas reglamentariamente asimiladas a los descendientes, se cuentan las hermanas y los hermanos de la persona asegurada, pero sólo si se encuentran a cargo de la persona asegurada, esto es, si conviven con la misma y dependen económicamente de ella.

Sobre esta base, el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, a través de sus direcciones provinciales, pudiendo realizarse ese reconocimiento de oficio o previa solicitud del interesado (art. 4 RD 1192/2012).

B) Tarjeta Sanitaria Individual

El artículo 3bis. 2. del Real Decreto ley 16/2012, establece que la condición de asegurado o de beneficiario a cargo del primero se prueba mediante la correspondiente tarjeta sanitaria individual (en adelante, TSI). El art. 2 del Real Decreto 183/2004 que regula la TSI, por su parte, establece que: *“las Administraciones sanitarias autonómicas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria emitirán una tarjeta sanitaria individual con soporte informático a las personas residentes en su ámbito territorial que tengan acreditado el derecho a la asistencia sanitaria pública”*, y que la TSI emitida por cualquiera de las Administraciones sanitarias competentes *“será válida en todo el Sistema Nacional de Salud”*.

Así pues, la regla general es que una vez reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina la condición de persona asegurada o beneficiaria, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de una TSI. No obstante, la expedición de la tarjeta sanitaria requiere de la solicitud por parte del interesado/a.

La página oficial del Sergas, en el apartado de información general para la ciudadanía sobre la tarjeta sanitaria¹¹, indica que por lo que respecta al procedimiento de la solicitud, este podrá realizarse telemáticamente, o en el centro de salud más cercano al domicilio, siendo de especial relevancia que la mención expresa sobre el empadronamiento, únicamente figura en el apartado de “documentación a presentar” a efectos de requisito acreditativo de residencia legal en la comunidad autónoma de Galicia, tal y como dispone el art 4. de Ley 8/2008 de salud de Galicia.

Reiterando sobre lo ya expuesto el RD 183/2004, en su artículo 2 apartado segundo, establece únicamente acerca de la emisión y validez de la TSI que: *“La tarjeta sanitaria individual emitida por cualquiera de las Administraciones sanitarias competentes será válida en todo el Sistema Nacional de Salud, y permitirá el acceso a los centros y servicios sanitarios del sistema en los términos previstos por la legislación vigente”*. No se observa en la norma la necesidad de acudir al centro de salud donde el interesado se

¹¹ TARJETA SANITARIA. INFORMACIÓN GENERAL. <https://www.sergas.es/Tarjeta-sanitaria/Informaci%C3%B3n-Xeral?idioma=es> (ultima consulta 10/06/2022)

encuentre empadronado, sino que su emisión y validez abarca todos los centros del Sistema Nacional de Salud.

Además, se puede solicitar de forma presencial, como ya hemos avanzado anteriormente. Para ello, resulta necesaria la siguiente documentación¹²:

1. Documento identificativo válido y en vigor, obligatorio para los que ya cumplieron 14 años. En caso de recién nacidos, el libro de familia.
2. Certificado/volante de empadronamiento (para los menores de edad no es necesario si el titular del derecho está de alta en el Sistema de Información Poblacional de Galicia, es decir, en tarjeta sanitaria del Sergas).
3. Cartilla de la Seguridad Social (en el caso de beneficiarios el P1: documento de inclusión).

Una vez más, se confirma que para su obtención, es necesario acreditar el empadronamiento, pero no es necesario que se solicite en dicho municipio. A pesar de lo anterior, desconocemos si María ha realizado la inscripción de su hija como beneficiaria, ya que para que el recién nacido tenga derecho a la asistencia sanitaria y se le pueda asignar pediatra, primero hay que inscribirlo en la Seguridad Social y asociarlo como beneficiario con uno de los progenitores. Si ambos progenitores estuvieran afiliados en la Seguridad Social se puede incluir al bebé como beneficiario de cualquiera de los dos. Pero recordemos que Carlos no ha reconocido a su hija. Así que se realizaría como beneficiaria de María.

Con independencia de que lo anterior no se haya dado, no implica que se le haya podido negar la atención sanitaria a la hija de María. Así se recoge en la normativa, que indica que “un menor, independientemente de que esté o no de alta en el Sistema de Información Poblacional de Galicia (tarjeta sanitaria), como asegurado/beneficiario o como menor extranjero, debe recibir toda la asistencia sanitaria que precise, tanto en relación con las revisiones de salud y vacunaciones como a las atenciones de enfermedad”¹³

Esto es especialmente relevante puesto que María se presenta en el centro de salud con intención de poder obtener asistencia sanitaria para su hija recién nacida. Tampoco existe referencia expresa en la legislación (Ley 8/2008, 10 de julio, de Salud de Galicia) a la necesidad de ser atendido en aquel centro de salud donde se encuentre la persona empadronada. Por lo tanto, la información no solo no ha sido correcta, sino que ha resultado insuficiente por la inobservancia de alternativas prestadas.

Además, de considerarse que la afectada quisiera recibir atención para ella tendría, igualmente, derecho a ser atendida en Coruña bajo la condición de desplazada sin necesidad de viajar a Carral. Únicamente, debería presentar la solicitud en el centro de

¹² 1.1. SOLICITUD DE TARJETA SANITARIA POR PRIMERA VEZ. Guía para el ciudadano de la Xunta de Galicia, versión Febrero 2022, https://www.sergas.es/Calidade-e-seguridad-do-paciente/Documents/8/PREGUNTAS_FRECUENTES_cas_V5_Febrero_2022.pdf (última visita 15/06/2022)

¹³ 2.5. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN GALICIA A MENORES, NACIONALES O EXTRANJEROS. Guía para el ciudadano de la Xunta de Galicia, versión Febrero 2022, https://www.sergas.es/Calidade-e-seguridad-do-paciente/Documents/8/PREGUNTAS_FRECUENTES_cas_V5_Febrero_2022.pdf (última visita 15/06/2022)

salud más próximo a su residencia habitual, junto con algún documento que así lo acredite¹⁴.

C) Derecho a la libre elección de personal médico o centro sanitario

No obstante, en base a los hechos expuestos, la intención de María es que su hija reciba asistencia sanitaria en un centro de salud diferente al de Carral por encontrarse viviendo actualmente en la ciudad de A Coruña.

Seguidamente, debemos preguntarnos si existe en la normativa reguladora del Servicio Nacional de Salud, indicaciones referentes a la imposibilidad de ser atendida en un centro de salud diferente, ya fuera para la solicitud de la tarjeta sanitaria de su hija recién nacida, como para la elección de un médico de cabecera o pediatra nuevo.

La normativa que regula el ejercicio del derecho a la libre elección de personal médico de familia, pediatra y personal de enfermería en atención primaria, y de centro o complejo hospitalario por un problema de salud nuevo, en el Sistema público de salud de Galicia es el Decreto 55/2015, de 26 de marzo. El art. 2.1 de mismo, establece que el ámbito de elección se extiende a:

“[...]”

a) Profesionales de medicina de familia, pediatría, enfermería y matrones/matronas de todos los centros de atención primaria del Servicio Gallego de Salud.

b) Centros hospitalarios de la red pública del Servicio Gallego de Salud para un problema de salud nuevo.”

El apartado segundo del citado artículo, añade que la elección de un facultativo de atención primaria determina la asignación del hospital de referencia, pero esto no impide la elección de un hospital distinto para un problema de salud nuevo.

Como requerimiento previo, se prevé que: *“para el ejercicio del derecho de libre elección de pediatra la persona usuaria debe ser asegurada o beneficiaria incluida en el ámbito de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y disponer de tarjeta sanitaria en vigor del Servicio Gallego de Salud [...] En el caso de los menores de edad no emancipados o personas con declaración de incapacidad, el derecho a la libre elección les corresponde a los padres, tutores o representantes legales, de conformidad con la legislación vigente”* (art. 3.1 y 3 Decreto 55/2015).

La presentación de las solicitudes se realizará únicamente por medios electrónicos a través del formulario normalizado, que se encuentra disponible en el portal web del Servicio Gallego de Salud, sin perjuicio de que en aquellos casos en los que el solicitante carezca de medios para hacerlo, pueda personarse, para que sea efectuada desde el propio centro de salud en el que preste servicio el/la profesional o profesionales elegidos/as, (art 6 Decreto 55/2015).

¹⁴ 1.16.SOLICITUD DE MÉDICO DE DESPLAZADOS. Guía para el ciudadano de la Xunta de Galicia, versión Febrero 2022, https://www.sergas.es/Calidade-e-seguridad-de-paciente/Documents/8/PREGUNTAS_FRECUENTES_cas_V5_Febrero_2022.pdf (última visita 15/06/2022).

En suma, podemos afirmar que la indicación que se le da a María es incorrecta. No existe necesidad de ser atendida en Carral para ninguna de las cuestiones anteriormente tratadas. Ya fuera para la tramitación de la tarjeta sanitaria de su hija, como para la asistencia sanitaria de la menor, así como en el supuesto que la atención fuese requerida por María, en todo caso, se prevé el derecho a ser atendido en un centro de salud distinto al habitual.

8. CUESTIÓN 5ª. MÁS ALLÁ DE LA POSIBILIDAD DE REGRESAR A PERÚ, ASUMIENDO EL RIESGO DE PADECER VIOLENCIA DE GÉNERO POR PARTE SU EXPAREJA, HABIDA CUENTA DE LAS AMENAZAS EXISTENTES, ¿QUÉ OTRAS OPCIONES PUEDEN TENER MARÍA GUTIÉRREZ PARA ESTAR CON SUS TRES HIJAS SIN NECESIDAD DE DESPLAZARSE A PERÚ, DE ACUERDO CON LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA Y SUS NORMAS DE DESARROLLO.

A) La reagrupación familiar y violencia de género.

Respecto al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros se regula en el Capítulo II de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX). Se recoge en su art. 16.1 y 2, en virtud del cual se establece que: *“Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en la propia Ley y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España. [...] Igualmente, tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el art. 17 de la propia Ley”*.

La citada Ley, trata la reagrupación como un verdadero derecho subjetivo, ya que lo ubica en dentro de su Capítulo I, rubricado “Derechos y libertades de los extranjeros”. Así, su artículo 3.1 establece que *“Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”*.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de marzo de 2010 (asunto C-578/08) recuerda cómo el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2003/86 *“[...] impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos, puesto que, en los supuestos determinados por la Directiva, les obliga a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional”*. El mismo Tribunal insiste en que *“la autorización de reagrupación familiar es la regla general”* y afirma, que *“[...] Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional”*¹⁵.

Con lo anterior, entendemos que el derecho a la reagrupación familiar no es un simple proceso administrativo por el que se le permite obtener la residencia legal a familiares de extranjeros residentes en el país, sino que tiene un alcance mayor, cuya fundamentación y existencia parte del derecho a la vida en familia y a la intimidad.

La primera cuestión que debemos adelantar es que en el caso que nos ocupa el marco normativo aplicable sería el régimen general de extranjería (que es el ordinario) y el cual, se encuentra regulado por la Ley de Extranjería y su Reglamento (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril), (en adelante, RELOEX). Dicho régimen se les aplica a todos los extranjeros extracomunitarios, es decir, todas aquellas personas que carezcan de la nacionalidad española y sean nacionales de países no pertenecientes a la Unión Europea,

¹⁵ PLEITE GUADAMILLAS, FRANCISCO, ¿Es legal la normativa que regula el derecho de los españoles a la reagrupación familiar de ciudadanos no comunitarios?, ISSN 1130-9946, N° 2, 2018.

al Espacio Económico Europeo o Suiza. En cuyo caso, se aplicaría, el régimen comunitario desarrollado por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

En términos de reagrupación familiar, existe un listado cerrado de personas susceptibles de reagrupación (art. 17.1 LOEX). Estos son:

1. El cónyuge o persona con la que el reagrupante mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal.

En ningún caso podrá ser reagrupado más de un cónyuge o pareja. Son incompatibles las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad.

2. Los hijos del reagrupante y del cónyuge o pareja, incluidos los adoptados (siempre que la adopción produzca efectos en España), menores de dieciocho años o discapacitados que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Si es hijo de uno de los cónyuges o miembros de la pareja, éste deberá ejercer en solitario la patria potestad o se le deberá haber otorgado la custodia y estar efectivamente a su cargo.
3. Los representados legalmente por el reagrupante, menores de dieciocho años o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.
4. El ascendiente en primer grado del reagrupante residente de larga duración o larga duración-UE, o de su cónyuge o pareja, cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España.

Se considera que están a cargo cuando se acredite que durante el último año el reagrupante ha transferido fondos, o soportado gastos de su ascendiente de al menos el 51% del producto interior bruto per cápita, en cómputo anual, del país de residencia de éste. Información sobre el Producto Interior Bruto per cápita por país.

Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años.

Los requisitos y el procedimiento que se exigen para poder solicitar la reagrupación familiar son los siguientes (art. 56 RELOEX):

1. La solicitud de reagrupación familiar se podrá presentar cuando el extranjero reagrupante tenga autorización para residir en España durante un año como mínimo y solicitado la autorización para residir por, al menos, otro año.
2. El extranjero que desee ejercer el derecho de reagrupación familiar deberá solicitar, personalmente ante la Oficina de Extranjería competente para su tramitación, una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar.
3. Cumplimentar el modelo oficial de solicitud y acompañarlo de la siguiente documentación:

a) Relativos al reagrupante:

1.º Copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor, previa exhibición del documento original.

2.º Copia compulsada de documentación que acredite que cuenta con empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 RELOEX.

3.º Documentación original que acredite la disponibilidad, por parte del reagrupante, de una vivienda adecuada para atender las necesidades del reagrupante y la familia, y que habrá de ser su vivienda habitual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 del RELOEX.

4.º En los casos de reagrupación de cónyuge o pareja, declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge o pareja.

b) Relativos al familiar a reagrupar:

1.º Copia completa del pasaporte o título de viaje, en vigor.

2.º Copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, de la dependencia legal y económica.

4. Presentada la solicitud en forma o subsanados los defectos, el órgano competente la tramitará y resolverá lo que proceda. A dichos efectos, recabará de oficio el informe de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, así como el del Registro Central de Penados.

5. En el supuesto de que se cumpla con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar, el órgano competente resolverá la concesión de la autorización de residencia por reagrupación, y se suspenderá la eficacia de la autorización hasta la expedición del visado, y la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional durante el tiempo de vigencia de éste

A tenor de lo expuesto, vemos que en el caso de María, resultaría inviable la acreditación de medios suficientes, puesto que como se ha tratado en otras preguntas, actualmente se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica. El artículo 54 RELOEX, que establece la cuantía necesaria para la acreditación de medios dispone:

“[...]

a) En caso de unidades familiares que incluyan, computando al reagrupante y al llegar a España la persona reagrupada, dos miembros: se exigirá una cantidad que represente mensualmente el 150% del IPREM.

b) En caso de unidades familiares que incluyan, al llegar a España la persona reagrupada, a más de dos personas: una cantidad que represente mensualmente el 50% del IPREM por cada miembro adicional”.

Si tenemos en cuenta los datos de la Disposición adicional centésima primera de la Ley 22/2021 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, el IPREM mensual se fija en 579,02€. Por lo que, si María quiere acreditar que dispone de medios suficientes para reagrupar a dos hijas menores, debería en todo caso demostrar que percibe, al menos, 1.447,55 € mensualmente, para el sostenimiento de una unidad familiar de cuatro personas.

Hasta donde conocemos, María ha venido cobrando únicamente un salario de jornada parcial, los cual resulta evidente que es insuficiente. Además, a raíz del nacimiento de su hija menor, ha tenido que recurrir a una vivienda de acogida proporcionada por Cáritas. Respecto de la vivienda adecuada, es posible que tampoco pudiera emitirse un informe favorable, pues a pesar de que no se prevé en la norma una prohibición expresa de vivir en un piso de acogida el artículo 55.5 del Reglamento dispone: “*En todo caso, el informe o la documentación que se presente en su sustitución debe hacer referencia, al menos, a*

los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento". Los títulos de ocupación para la vivienda más comunes son el de alquiler o propiedad, pero resulta difícil saber si una vivienda de acogida podría ser susceptible de obtener una valoración favorable.

A pesar de lo anterior existe una reserva legal en el artículo 54.3 del Reglamento, sobre la minoración de la cuantía a acreditar para la reagrupación familiar, *"cuando concurran circunstancias excepcionales acreditadas que aconsejen dicha minoración en base al principio del interés superior del menor, según lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y se reúnan los restantes requisitos legales y reglamentarios para la concesión de la autorización de residencia por reagrupación familiar"*.

En vista de los hechos, sabemos que María está siendo víctima de violencia de género¹⁶ por su exmarido y por esa razón volver a su país de origen la expondría a una situación de mayor riesgo. Además, existe una medida de protección para las hijas por la que se establece judicialmente una orden de alejamiento para José.

En tales circunstancias el artículo 131 de la LOEX prevé la posibilidad de conceder la residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales a mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. De este modo, citado artículo establece:

"Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, el expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, será inmediatamente suspendido por el instructor hasta la finalización del proceso penal. En caso de que el expediente sancionador no hubiera sido iniciado en el momento de presentación de la denuncia, la decisión sobre su incoación será pospuesta hasta la finalización del proceso penal.

La autoridad ante la que se hubiera presentado la denuncia informará inmediatamente a la mujer extranjera de las posibilidades que le asisten en el marco de este artículo, así como de los derechos que le asisten al amparo de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Víctima de Violencia de Género".

El procedimiento para este tipo de solicitudes se regula conforme a lo dispuesto en el artículo 132 LOEX:

1. La mujer extranjera que se encuentre en la situación descrita en el artículo anterior podrá solicitar, ante la Oficina de Extranjería correspondiente, una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, por sí misma o a través de representante, desde el momento en que se haya dictado una

¹⁶ El artículo 173.2 CP establece: " El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia [...]"

*orden de protección a su favor o emitido informe del Ministerio Fiscal en el que se aprecie la existencia de indicios de violencia de género*¹⁷.

2. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o a través de representante, podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad, o de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales en caso de mayores de dieciséis años, que se encuentren en España en el momento de la denuncia.

3. La solicitud irá acompañada de la siguiente documentación:

a) Copia del pasaporte completo, o documento de viaje, en vigor, de la mujer extranjera y/o, en su caso, de sus hijos menores de edad. En su caso, este documento será sustituido por cédula de inscripción, en vigor.

b) En su caso, documento por el que se otorgue la representación legal en favor de la persona física que formule la solicitud.

c) Copia de la orden de protección o del informe del Ministerio Fiscal.

La tramitación de las solicitudes presentadas al amparo de este artículo tendrá carácter preferente.

Por lo tanto, ya sea en el mismo momento en que la extranjera presenta su solicitud de autorización de residencia y trabajo, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera o su representante, podrá solicitar autorización de residencia o residencia y trabajo, a favor de sus hijos menores de edad que se encuentren en España en el momento de la denuncia, aportando copia del pasaporte completo, título de viaje o cédula de inscripción en vigor (art 134 LOEX).

La autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales no requerirá visado. Y esta deberá ser solicitada personalmente por el extranjero en la Oficina Consular, salvo en el caso de menores o incapaces, en el que podrá presentar la solicitud su representante legal (art 128 RELOEX).

Otra de las alternativas que se podría plantear. Se prevé la autorización de residencia por razones humanitarias (art. 126 RELOEX), para los casos en los que se pudiera acreditar alguna de las siguientes circunstancias:

- Ser víctima de delito tipificado en los artículos 311 a 315, 511.1 y 512 del Código Penal: delitos contra los derechos de los trabajadores.
- Ser víctima de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

¹⁷ Artículo 23 de la ley 1/2004: “Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán mediante una sentencia condenatoria [...] una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse las situaciones de violencia de género mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos”

- Ser víctima de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, siempre que haya recaído resolución judicial que finalice el procedimiento judicial en la que se establezca la condición de víctima.
- Sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o vida.

B) El derecho de asilo desde la perspectiva de género.

Podría considerarse la posibilidad de acogerse al derecho de asilo y protección subsidiaria, basándose en la sentencia penal por violencia de género que existe contra José (SAN 13.1.2009 RJ 377/2009).

La Ley 12/2009, de 30 de Octubre, sobre asilo y refugio, establece en su artículo 4 que: “El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley.”.

Los actos en los que se funde la solicitud deberán ser, según lo previsto en el art. 6 de la Ley 12/2009:

1. Los actos en que se basen los fundados temores a ser objeto de persecución en el sentido previsto en el artículo 3 de esta Ley, deberán:

a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado segundo del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien

b) ser una acumulación lo suficientemente grave de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a).

En caso de que fuera concedido el derecho de asilo, deberá garantizarse el mantenimiento de la vida familiar (art. 39 Ley 12/2009) y sería posible la reagrupación de los descendientes menores de edad, sin necesidad de cumplir los requisitos exigidos por el Reglamento de extranjería. Así, el artículo 41 de la citada Ley de asilo establece:

“1. Las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria podrán optar por reagrupar a las enumeradas en el artículo anterior, aun cuando ya se encontrasen en España, sin solicitar la extensión del estatuto de que disfruten. Esta reagrupación será siempre aplicable cuando los beneficiarios sean de nacionalidad distinta a la persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria.

2. En este supuesto, que se desarrollará reglamentariamente, no se exigirá a los refugiados o beneficiarios de la protección subsidiaria, ni tampoco a los

beneficiarios de la reagrupación familiar, los requisitos establecidos en la normativa vigente de extranjería e inmigración.

3. La resolución por la que se acuerde la reagrupación familiar implicará la concesión de autorización de residencia y, en su caso, de trabajo, de análoga validez a la de la persona reagrupante.

[...]”.

Junto a ello, el art. 46 de la Ley 12/2009, señala que en el caso de menores y otras personas vulnerables “*se tendrá en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como menores [...]*”. El art. 46, en su apartado tercero dispone que: “*Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración*”.

Resulta de especial relevancia el precedente sentado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de enero de 2009 (SAN 13.1.2009 RJ 377/2009). El supuesto de hecho versa sobre una mujer procedente de Argelia que conjuntamente con sus hijos menores recibía malos tratos (físicos y psíquicos) en su país, por parte de su marido. Al llegar a España solicita asilo, y la Administración solo le autoriza a permanecer en el territorio español en el marco de la legislación general de extranjería por razones humanitarias. La argelina al no estar conforme interpone recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la resolución del Ministro del Interior que denegó su solicitud para la concesión del derecho de asilo en España por violencia de género. Por ello solicita la anulación de la resolución y; en consecuencia, se le reconozca la condición de refugiada. La resolución impugnada mantenía la denegación de la petición de asilo en la constatación de que los hechos alegados por ella no constituían una persecución de las contempladas en el artículo 1.a de la Convención de Ginebra de 1951; es decir, “no están motivados por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas”, por lo que no cabía apreciar la existencia de temores fundados de persecución por las razones que permitirían reconocer la condición de refugiado. Se añadía que los principales hechos constitutivos de la persecución alegada, según el Ministerio del Interior, estaban alejados en el tiempo por lo que no constituían una persecución que justificase una necesidad actual de protección, y además habían perdido vigencia, ya que en aquel momento, en Argelia se habían producido cambios fundamentales que atañerían directamente a los problemas alegados. De tal manera que la persecución o el temor manifestado carecían de fundamento”. El recurso fue estimado siendo de especial relevancia el motivo alegado por el Tribunal:

“Según señala las Directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) la persecución por motivos de género no fue incluida expresamente en la Convención de Ginebra de 1951 como uno de los motivos de que podían dar lugar a la condición de refugiado. No obstante, el espíritu y la finalidad de dicho instrumento internacional de carácter evolutivo cuyo objetivo es asegurar la protección a las personas que la requieren, tal definición debe ser interpretada desde una perspectiva de género y, por tanto, cabe incluir en la persecución aquellas solicitudes de asilo que se refieran a actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar [...]. En cuanto constituyen graves actos de persecución específica por razón de sexo que ocasionan un profundo

sufrimiento y daño, tanto mental como físico, que son manifestaciones de persecución por agentes estatales o particulares”

[...] La Instrucción de forma categórica señala que «nos encontramos ante una realidad innegable: una familia compuesta por madre y niños menores que ha sido sometida a malos tratos por parte del marido y padre durante años, incluso después de haberse roto el vínculo matrimonial». Circunstancia que lleva a la Administración Pública a autorizar la permanencia en España a la solicitante al amparo de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo; [...] En este sentido, la Audiencia Nacional entiende que con abstracción de la supuesta mejora de la situación de las mujeres en Argelia que se expone por la Instrucción ha resultado acreditado los continuos y prolongados malos tratos padecidos por las agresiones de índole física y psíquica por razón de género que originan, obviamente, un grave trastorno a la mujer que la padece y la ausencia de protección real y eficaz ante dicha situación. En consecuencia, establecida la realidad de los malos tratos y su prolongación en el tiempo, parece plenamente fundado el temor y el riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante”

Como conclusión, la Sala determinó lo siguiente:

“[...]La Audiencia Nacional concluye que la recurrente ha sido objeto de una grave persecución por motivos de género por su pertenencia a un grupo social; por consiguiente, es procedente la concesión del derecho de asilo al concurrir una situación de persecución que se integra en las causas contempladas en la legislación en materia de asilo con arreglo a la interpretación realizada por el ACNUR”

Resulta motivo de reflexión (CARRILLO, DJAMIL)¹⁸—el problema que se plantea con el binomio: asilo y género, pues Convención de Ginebra no lo recoge explícitamente; es decir, no acoge como causa taxativa de asilo el motivo de género. Ello puede dar lugar a que se produzcan diferentes interpretaciones entre los países, y consideren que si no está escrito no es obligatorio. Por tanto, se estaría apoyando a la discriminación de la mujer por el simple hecho de serlo. La Convención fue redactada en un momento en el que no existía sensibilidad en materia de discriminación a las mujeres, por ello no se hace referencia expresa en ella.

C) Autorización de residencia y trabajo por razones humanitarias.

La situación de la hija mayor de María deberá tratarse por separado, ya que la norma general es que los extranjeros mayores de edad que quieran entrar en el territorio español deberán, de acuerdo con el artículo 25 de la LOEX hacerlo: a) por un puesto habilitado b) provistos de pasaporte o documento de identidad que los identifique c) con el visado correspondiente y d) no estando sujeto a prohibición de entrada.

El visado es la autorización emitida por las autoridades consulares españolas que radiquen en el país de origen, o de residencia. Existen diferentes tipos de visados, y en función de cuál sea, deberá aportarse para su solicitud, una serie de documentación específica. En

¹⁸ CARRILLO, DJAMIL TONY KAHALE, Reconocimiento del derecho de asilo a mujeres víctimas de violencia de género, [Dialnet-ReconocimientoDelDerechoDeAsiloAMujeresVictimasDeV-3096352.pdf](https://dialnet-reconocimiento-del-derecho-de-asilo-a-mujeres-victimas-de-v-3096352.pdf) (última consulta 14/06/2022)

definitiva, es el documento que permite al extranjero presentarse en el puesto fronterizo y solicitar su entrada legalmente.

La denegación u otorgamiento de este documento, queda sujeta a los compromisos internacionales vigentes en materia de extranjería y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España, y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea¹⁹.

Pero como ya se ha visto, no es necesario en todo caso. Existen excepciones reguladas en la ya citada LOEX, que eximen del requisito de presentar visado en el momento de la entrada. Se prevé, que se pueda autorizar la entrada en España a los extranjeros que no reúnan los requisitos mencionados, cuando existan razones de carácter excepcional y humanitario, por interés público o en cumplimiento del compromiso adquirido por España.

Así lo señala el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000:

“Excepcionalmente, y siempre que existan motivos humanitarios, de interés público u obligaciones internacionales, el titular del Ministerio del Interior o el titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración podrán autorizar la estancia en territorio español, por un máximo de tres meses en un periodo de seis, a los extranjeros que hubieran entrado en él con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto.”

Como ya se ha comentado, existen diferentes tipos de visados en función de la duración y de las concesiones que otorgan al extranjero dentro del país.

Por un lado, existe el régimen de estancia. La estancia o visado de corta duración es el permiso otorgado a los inmigrantes que desean permanecer en el país por menos de tres meses, bajo ciertos requisitos. Como característica relevante, no permite trabajar en España y solo está previsto para los casos de: a) turismo b) fines de estudio o investigación o c) tareas de voluntariado.

El principal problema que surge con respecto a estos visados, para la afectada, es la imposibilidad de acreditación de medios²⁰.

Por otro lado, nos encontramos el régimen de residencia. Esta sería, la situación legal otorgada a aquellas personas que desean permanecer en el país por un período superior a 90 días. En este sentido, existen dos tipos diferentes de residencias en España: la residencia temporal y la residencia permanente.

La residencia temporal es el estado de residencia a largo plazo que te permite vivir en España por más de 90 días, pero durante un plazo no superior a los 5 años. Se prevén en este caso, la residencia temporal lucrativa, o la no lucrativa para los supuestos donde se

¹⁹ Manual práctico orientativo de Derecho de extranjería. Op. Cit pag 115

²⁰ Los extranjeros que deseen residir en España sin realizar una actividad laboral o lucrativa, deberán contar con medios económicos suficientes para el período de residencia que solicitan, o acreditar una fuente de percepción periódica de ingresos, para sí mismo y, en su caso, su familia, en las siguientes cuantías, que se establecen con carácter de mínimas y referidas al momento de solicitud del visado o de renovación de la autorización:

Para su sostenimiento, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 400% del del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), o su equivalente legal en moneda extranjera.

pueda acreditar que se dispone de medios suficientes para mantenerse en el país sin suponer una carga económica.

Por su parte, la residencia lucrativa, implica que el ciudadano que llegue al territorio español, lo hará con fines laborales, sea para trabajar por cuenta propia o ajena. En este caso, para no extendernos demasiado con opciones que no resultan factibles, abordaremos únicamente la residencia temporal como trabajadora por cuenta ajena.

Por norma general, este tipo de permiso de trabajo debe solicitarse antes de la entrada al país. Como requisito se prevé: ser mayor de 16 años, (salvo que la actividad laboral se fuera a realizar por cuenta propia, en cuyo caso, se exigiría ser mayor de 18 años), haber obtenido la autorización previa para residir y trabajar en España, que deberá ser solicitada por el empleador por medio de la presentación de un contrato de trabajo y finalmente haber obtenido el visado una vez que se cuente con la autorización de residencia y trabajo.

En este supuesto, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo. Esto significa que no todos los puestos de trabajo son válidos para la solicitud de este tipo de visados. No obstante, existe reserva legal para la excepción. Se recoge en el artículo 40.1 apartado j) de la LOEX: *“Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos”*

En conexión con lo anterior y vista de las circunstancias, a pesar de ser mayor de edad, el hecho de encontrarse en una situación de vulnerabilidad nos lleva a determinar que la mayor de las hijas de María, podría solicitar también la residencia por circunstancias excepcionales o humanitarias.

Se recoge en el artículo 31. 3 de la ya citada Ley, la posibilidad de que *“La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado.”*

Junto a ello, el art. 123 del Real Decreto 557/2011 de 20 de Abril dispone:

“1. De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos de arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público, previstos en los artículos siguientes.

2. El contenido de este capítulo debe ser interpretado sin perjuicio de la posible concesión de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales en base a lo previsto en los artículos 31bis, 59 y 59bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Igualmente, podrán concederse otras autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales en los términos establecidos en la Disposición adicional primera.4 de este Reglamento.”

Seguidamente, el Real Decreto que sirve de desarrollo para la Ley Orgánica de Extranjería, dispone que se podrá conceder la residencia temporal (art 126.3 RELOEX) “A los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo”, lo cual ampara a la hija de María, ya que existe sentencia dictada contra el padre en su país de origen. La condena por violencia doméstica ya cumplida junto con la orden de alejamiento actual, podrían justificar la concurrencia de dicha causa.

Además, si quisiera ejercer la actividad laboral, el artículo 129.2 del Reglamento, señala:

“En los demás supuestos, el extranjero podrá solicitar, personalmente, la correspondiente autorización de trabajo ante el órgano competente para su tramitación. Dicha solicitud podrá presentarse de manera simultánea con la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales o bien durante el periodo de vigencia de aquélla, y para su concesión será preciso cumplir:

a) De solicitarse una autorización de trabajo por cuenta ajena, los requisitos establecidos en los párrafos b), c), d), e) y f) del artículo 64.3.”

De lo anterior, se exceptúa el apartado a) del artículo 64.3, que hace referencia a la situación nacional de empleo, pues en circunstancias excepcionales, no se tendría en consideración. Esto significa que la hija mayor de María, finalmente, podría optar por solicitar la residencia temporal por circunstancias por razones humanitarias (art. 126.3 RD 557/2011), para posteriormente, optar a la autorización de residencia y trabajo (art. 129.2), sin necesidad de cumplir con el requisito establecido con carácter general de ser contratada desde su país de origen, y sin necesidad de acreditar medios económicos para su sustento dentro del territorio español.

9. CONCLUSIONES.

I. La adopción de medidas por parte del empresario para modificación de contrato está prevista legalmente en el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 41 y 47. En el primer caso, dichas medidas tendrán carácter permanente mientras que el artículo 47 prevé los supuestos para la regulación temporal de empleo ya fuera por causas ETOP o de fuerza mayor. Adicionalmente, a través del Real Decreto 8/2020, se han diseñado medidas adaptadas a la situación derivada de la pandemia para agilizar los procedimientos ya previstos en el citado artículo 47 ET. No obstante, en este caso, la reducción de la jornada no se ajusta a los procedimientos establecidos para tales circunstancias. La novación contractual implica una contradicción con lo dispuesto en artículo 12.4 ET, que se configura como un límite a la libertad del empresario y a tenor de las circunstancias, supone un incumplimiento grave de sus deberes, dando lugar a la posibilidad solicitar la extinción del contrato ante la jurisdicción de lo social durante el plazo de un año (art 59.4 ET) de la que se deriven las correspondientes indemnizaciones (art.50 ET).

II. Desde punto de vista de la Seguridad Social se prevé la posibilidad de percibir la prestación por desempleo en los casos en los que se haya reducido la jornada de forma temporal, pero no se tendrá derecho si la reducción de jornada es definitiva o dura todo el periodo que quede pendiente de cumplir del contrato de trabajo (art. 262.3 TRLGSS). De modo que sin perjuicio de que la afectada pudiera solicitar otras prestaciones de carácter asistencial, en este caso no se prevé la opción del cobro del desempleo parcial, por la inobservancia de ERTE.

III. Bajo el amparo constitucional todos los hijos son iguales ante la ley de modo que las obligaciones paternales (artículos 109 a 111 de nuestro Código Civil), serán las mismas con independencia del modo en que se establezca la filiación. Si bien es cierto que esta es determinante para el ejercicio de determinados derechos. Por lo que, en ausencia de reconocimiento el Derecho establece otros mecanismos para su determinación. María podrá ejercer la acción de reclamación de paternidad no matrimonial (art 133 CC), estando legitimada en su nombre durante el plazo de un año y como representante de su hija, hasta que esta alcance la mayoría de edad (765.1 LEC). Podrá aportar cualquier tipo de prueba que suponga indicios de la paternidad reclamada con independencia de que no exista posesión de estado en sentido estricto. Admitido a trámite, y sin perjuicio de las pruebas que pudieran practicarse durante el proceso, podrán acordarse también, las medidas cautelares que se estimen pertinentes para asegurar la protección de la menor a lo largo del proceso (768 LEC).

IV. No existen referencias en la legislación (Ley 08/2008, Ley 16/2003, RD 1192/2012, Real Decreto ley 16/2012, Real Decreto 183/2004 y Decreto 55/2015), a la necesidad de ser atendido en el lugar donde el interesado se encuentre empadronado. Tampoco en los portales virtuales de la Administración del Sergas ni en los documentos de soporte informativo al ciudadano que se recogen en la página oficial del Servicio de Salud. De modo que, la asegurada o su hija en condición de beneficiaria de asegurada podrían verse privadas de la atención sanitaria en un centro distinto al habitual. Y en ningún caso, un menor independientemente de que esté o no de alta en el Sistema de Información Poblacional de Galicia.

V. Queda probada la posibilidad de la reagrupación familiar. María por su parte, junto con sus hijas menores podría solicitar la reagrupación familiar para víctimas de violencia de género (134 RELOEX), solicitar la residencia temporal por razones humanitarias (art 126 RELOEX) o acogerse al derecho de asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre) en virtud del precedente (SAN 13.1.2009 RJ 377/2009), por su parte la hija mayor de edad, teniendo en consideración el régimen general de extranjería, debería solicitar la autorización de residencia por separado, pudiendo igualmente alegar razones humanitarias o solicitar el derecho de asilo. A pesar de que la Convención de Ginebra no recoge explícitamente como causa taxativa el motivo de género, el espíritu de este instrumento tiene carácter evolutivo de modo que la violencia de género debiera ser contemplada como una causa grave susceptible de asilo.

10. BIBLIOGRAFÍA.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, Curso de derecho civil. Volumen IV, Derecho de familia / Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Pedro de Pablo Contreras, Miguel Ángel Pérez Álvarez, Edisofer, 2016, 5ª ed.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, Natalia Álvarez Lata, María Rovira Sueiro [et al.], Manual de derecho civil. Derecho de familia. Bercal, 2021 6ª ed.

ORTEGA MARTÍN, EDUARDO. Manual práctico de derecho de extranjería / Eduardo Ortega Martín, La Ley, 2010, 4ª ed.

MARTÍN VALVERDE, ANTONIO. Derecho del trabajo / Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Joaquín García Murcia, Tecnos, 2017, 26ª ed.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ [et al.], Manual de Seguridad Social / Tecnos, 2018. 14ª ed.

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ, LERDYS S. HEREDIA SÁNCHEZ; ESTHER ALONSO GARCÍA [et al.] Manual práctico orientativo de derecho de extranjería, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO [Natalia Álvarez Lata, et al.], Comentarios al Código civil, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, 5ª ed.