

# LA MUJER ANTE EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Prof. Dr. D. Juan José Fernández Domínguez (Catedrático Universidad  
de León)

Profa. Dra. Dña. Beatriz Agra Viforcós (Catedrática E.U. Universidad de  
León)

Sumario:

1.- LA ACTUACION DE LA UNION EUROPEA EN PRO DE LA IGUALDAD DE GENERO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL .....	1
2.- LA PROTECCION SOCIAL DE LA MUJER EN ESPAÑA .....	13
2.1.- Maternidad.....	13
2.2.- Jubilación.....	22
2.3.- Incapacidad .....	22
2.4.- Lesiones, mutilaciones y deformidades no invalidantes .....	23
2.5.- Asistencia sanitaria y recuperadora .....	23
2.6.- Desempleo.....	24
2.7.- Prestaciones de muerte y supervivencia.....	24
2.8.- Protección familiar.....	31
3.- DOS REGIMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL SINGULARMENTE AFECTADOS POR LA DISCRIMINACION .....	32
3.1.- Régimen Especial Agrario .....	32
3.2.- Empleadas de hogar .....	34

## 1.- LA ACTUACION DE LA UNION EUROPEA EN PRO DE LA IGUALDAD DE GENERO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La lucha por abolir la desigualdad sexual en el Derecho de la Seguridad Social fue asumida de forma pionera a nivel internacional, aun cuando el momento de afrontar el reto se demoró considerablemente, postergado por la premura en erradicar la discriminación dentro del ámbito de los derechos políticos, civiles y, sólo en una segunda etapa, de los sociales. A nivel comunitario, la política de igualdad de género encuentra una primera y fundamental referencia en el art. 119 del TCEE, cuyo tenor literal, aparentemente ceñido a la materia salarial, no ha impedido una interpretación extensiva, merced a la cual, pese a lo inviable de

reconducir las pensiones clásicas al precepto<sup>1</sup>, dentro del concepto de retribución queda incluida, con límites, la Seguridad Social "complementaria"<sup>2</sup>; de hecho, no tardó en ser invocado el efecto directo de esta disposición a la protección social<sup>3</sup>, moviendo al Tribunal de Justicia a declarar con insistencia<sup>4</sup> no sólo que las prestaciones recibidas por un régimen de empresa se integran en el contrato de trabajo en concepto de retribución, aun cuando sean pagaderas una vez extinguida la relación laboral, pues a ella se deben<sup>5</sup>, sino también un plan de pensiones para la unidad productiva con prestaciones definidas y compromiso asumido por el empleador de aportaciones<sup>6</sup>.

No obstante, en los primeros momentos "las realizaciones en [el campo social] no pasarán de constituir acciones fragmentarias episódicas y de muy distinto nivel de compromiso para los Estados miembros"<sup>7</sup>, al menos hasta tanto la evidente insuficiencia del inespecífico art. 119 TCEE movió al legislador europeo a anunciar, en la Directiva 76/207, la adopción de

---

<sup>1</sup> SSTJCE 80/1970, de 25 de mayo de 1971, asunto *Defrenne (I)*; 262/1988, de 17 de mayo de 1990, asunto *Barber*; 173/1991, de 17 de febrero de 1993, asunto *Comisión c. Bélgica*; 128/1993, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Fischer*, o 139/1995, de 30 de enero de 1997, asunto *Balestra*.

<sup>2</sup> SSTJCE 12/1981, de 9 de febrero de 1982, asunto *Garland*; 170/1984, de 13 de mayo de 1986, asunto *Bilka*; 262/1988, de 17 de mayo de 1990, asunto *Barber*; 33/1989, de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska*; 101/1991, de 6 de octubre de 1993, asunto *Ten Oever*; 173/1991, de 17 de febrero de 1993, asunto *Comisión c. Bélgica*, o, recogiendo cada uno de los requisitos, 7/1993, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Beune*. Las fuertes restricciones a la inclusión quedan claras en SSTJCE 69/1980, de 11 de marzo de 1981, asunto *Worrigam and Humphreys*; 19/1981, de 16 de febrero de 1982, asunto *Burton*, o 192/1985, de 3 de diciembre de 1987, asunto *Newstead*.

<sup>3</sup> STJCE 43/1975, de 8 de abril de 1976, asunto *Defrenne (II)*.

<sup>4</sup> STJCE 170/1984, de 13 de mayo de 1986, asunto *Bilka*.

<sup>5</sup> SSTJCE 262/1988, de 17 de mayo de 1990, asunto *Barber*, o 110/1991, de 14 de diciembre de 1993, asunto *Moroni*. La primera marca un antes y un después, pues sólo desde tal momento cabe invocar el principio de igualdad de trato en materia de planes de pensiones de empresa [incluyendo la posibilidad misma de disfrutar del plan, SSTJCE 57/1993, de 28 de septiembre asunto *Vroeghe*, o 128/1993, de 28 de septiembre, asunto *Fischer*], obviamente teniendo en cuenta, además, que en tal caso la limitación temporal de efectos no es aplicable en este caso, y se podrá solicitar desde la fecha en la cual se reconoció la directa aplicación del art. 119 TCEE [a saber, la de la STJCE 43/1975, de 8 de abril de 1976, asunto *Defrenne (II)*]; para períodos anteriores la sentencia niega cualquier posible retroactividad y admite, por tanto, que el Derecho Comunitario no puede llegar a exigir la obligación de justificar las medidas que establezcan *a posteriori* las ventajas con las cuales las mujeres se han beneficiado con anterioridad, salvo excepciones muy concretas [cuando quien tiene derecho a pensión o sus derechohabientes hubieran incoado acciones o presentado reclamación administrativa antes de 17 de mayo de 1990 respecto a períodos anteriores según el derecho nacional aplicable, SSTJCE 7/1993, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Beune*, o 200/1991, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Coloroll*, aplicando la tesis de *Barber* y según aclaró convenientemente la STJCE 109/1991, de 6 de octubre de 1993, asunto *Ten Oever*] y que, en cualquier caso, encontrarán límite en la data en la cual el Tribunal reconoció la posibilidad de invocar directamente el art. 119 TCEE, conforme recuerda la STJCE 7/1993, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Beune*, y que no es otra que la fecha de la STJCE 43/1975, de 8 de abril de 1976, asunto *Defrenne (II)*.

<sup>6</sup> SSTJCE 109/1981, de 6 de octubre de 1983, asunto *Ten Oever*, y 147/1995, de 17 de abril de 1997, asunto *Evranooulos*.

<sup>7</sup> TEJERINA ALONSO, J.I.: "La Directiva 79/7 CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Su incidencia en la legislación española", *Noticias CEE*, núm. 36, 1988, pág. 75.

medidas legales por el Consejo para tratar de alcanzar el principio de igualdad de forma paulatina, admitiendo --no obstante-- ciertas excepciones. A este interés responde la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la progresiva puesta en práctica del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, cuya precisión suficiente y carácter incondicional le confiere efecto directo, convirtiéndose en un hito especialmente significativo en este proceso, en tanto destierra la noción "cabeza de familia" como eje en torno al cual se construye el sistema de protección público, reconoce iguales derechos sociales a los sujetos de uno y otro sexo en idéntica situación y atribuye a la mujer casada las mismas posibilidades que al varón para generar derechos de tal índole a favor de otros miembros de la unidad familiar<sup>8</sup>; sin embargo, su ámbito operativo queda drásticamente limitado a partir de tres índices:

En primer lugar, únicamente resulta de aplicación a los regímenes legales de la Seguridad Social, quedando fuera, por ejemplo, los surgidos de la negociación colectiva o los derechos concedidos por el empresario unilateralmente, de los cuales se ha ocupado, con un considerable retraso, la Directiva 96/97, de 20 de diciembre de 1996.

En segundo término, la referencia a la población activa incluye a trabajadores dependientes e independientes, a quienes hayan dejado de trabajar de forma involuntaria y a los demandantes de empleo. Sin embargo, la interpretación del requisito fluctúa, pues, por ejemplo, ha sido considerada dentro de los parámetros de la norma una mujer que voluntariamente interrumpe su actividad para atender a su madre impedida (criterio posteriormente corregido al reclamar continuidad en el trabajo o en la búsqueda de ocupación<sup>9</sup>), pero se rechaza su aplicación, por falta de legitimación activa (la recurrente no podía calificarse como demandante de empleo habida cuenta la materialización de uno de los riesgos incorporados a la Directiva --invalidez-- la impedía para ello), en el caso de otra que, tras renunciar a su actividad laboral para cuidar a su hija y encontrarse con la imposibilidad de volver a trabajar debido a una enfermedad, ve denegada una pensión de invalidez entre cuyos requisitos figura, sólo para el colectivo femenino, la incapacidad en orden a realizar las tareas domésticas en caso de convivencia marital<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Al respecto, LOPEZ GANDIA, J.: "La Directiva Comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social", *Noticias CEE*, núms. 43-44, 1988, págs. 155.

<sup>9</sup> STJCE 75/1995, de 7 de noviembre de 1996, asunto *Züchner*.

<sup>10</sup> STJCE 31/1990, de 11 de julio de 1991, asunto *Johnson*, en la cual, curiosamente, acepta la falta de legitimación, pero analiza el fondo, concluyendo la existencia de discriminación; pronunciamiento carente de efectividad merced a la primera consideración. También la STJCE 165/1991, de 5 de octubre de 1994, asunto *Van Muster*, la cual excluye del ámbito de la Directiva un asunto vinculado a la normativa neerlandesa sobre pensiones de vejez sirviéndose de un argumento formalmente impecable pero materialmente pernicioso: "la Directiva no se aplica a personas que nunca fueron demandantes de empleo o que dejaron de serlo", aun cuando la norma interna pueda ser discriminatoria.

En fin, la lista de riesgos objeto de tutela es cerrada<sup>11</sup>. De un lado, alcanza sólo a enfermedad, invalidez, vejez --también jubilación anticipada<sup>12</sup>--, accidente laboral y enfermedad profesional y desempleo; pero quedan fuera las prestaciones de muerte y supervivencia<sup>13</sup>, las familiares --salvo cuando sean concedidas con arreglo a los aumentos de prestaciones debidas en razón de los riesgos incluidos-- y, al parecer, también la maternidad<sup>14</sup>. De otro, la exigencia de trato igual se extiende al campo de aplicación de los regímenes legales, a las condiciones de acceso a las prestaciones, a la obligación de cotizar y al cálculo de las cotizaciones, al cálculo de las prestaciones y mejoras previstas a título de cónyuge o por persona a cargo y a las condiciones de duración y mantenimiento del derecho a las prestaciones. Ahora bien, el art. 7 de la Directiva autoriza a los Estados (y rectamente corrige la Propuesta de Directiva presentada al Consejo el 23 de octubre de 1987) para que excluyan del ámbito de la norma la determinación de la edad de jubilación o vejez, la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez, la adquisición del derecho a prestaciones tras períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos y otras ventajas otorgadas a quienes hayan educado hijos, los incrementos de pensiones de incapacidad o jubilación o derivadas de riesgos profesionales por razón de esposa a cargo y las consecuencias que resultaren del ejercicio de un derecho de opción con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen legal cuando tales situaciones hubieran acaecido antes de la norma comunitaria.

---

<sup>11</sup> SSTJCE 249/1983, de 17 de marzo de 1985, asunto *Hoeckx*; 379 a 381/1985 y 93/1986 acumulados, de 24 de febrero de 1987, asunto *Giletti*; 78/1991, de 16 de julio de 1992, asunto *Hughes*, y 111/1991, de 10 de marzo de 1993, asunto *Comisión c. Luxemburgo*. "Una prestación debe constituir total o parcialmente un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados o una forma de ayuda social que tenga el mismo objetivo para poder entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva" [SSTJCE 150/1985, de 24 de junio de 1986, asunto *Drake*; 243/1990, de 4 de febrero de 1992, asunto *Smithson*; 137/1994, de 19 de octubre de 1995, asunto *Richardson*, o 228/1994, de 11 de julio de 1996, asunto *Atkins*], teniendo presente cómo "si bien las modalidades de pago no son decisivas para calificar una prestación de acuerdo con la Directiva 79/7, no es menos cierto que, para subsumirla en el ámbito de aplicación de la dicha Directiva, es preciso que dicha prestación esté directa y efectivamente vinculada con la protección contra cualquiera de los riesgos enumerados en el apartado 1 de su art. 3", SSTJCE 243/1990, de 4 de febrero de 1992, asunto *Smithson*, o 228/1994, de 11 de julio de 1996, asunto *Atkins*.

<sup>12</sup> SSTJCE 19/1981, de 16 de febrero de 1982, asunto *Burton*, o 139/1995, de 30 de enero de 1997, asunto *Balestra*.

<sup>13</sup> STJCE 337/1991, de 27 de octubre de 1993, asunto *Van Gemert-Derks*, sin perjuicio de que el juez nacional interprete del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996 como prescripción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres también en materia de prestaciones de supervivencia.

<sup>14</sup> LOPEZ GANDIA, J.: "La Directiva Comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978...", cit., pág. 157; AZKARATE-ASKASUA ALBENIZ, A.C.: *Mujer y discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Bilbao (Instituto Vasco de la Administración Pública), 1996, pág. 207; LANDA ZAPIRAIN, J.P.: "Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significación para el Derecho español de la Seguridad Social", *REDT*, núm. 55, 1992, pág. 673 o TEJERINA ALONSO, J.I.: "La Directiva 79/197, de 19 de diciembre...", cit., pág. 78.

La continuidad en la línea avanzada viene dada por las Directivas 86/378, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social (modificada por Directiva 96/97, de 20 de diciembre de 1996), y 86/313, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social cuando ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre protección de la maternidad; ambas significan un nuevo paso en el intento por eliminar el estado de dependencia de los adultos, sea en relaciones maritales, sea a partir de vínculos de otra naturaleza.

La primera de las mentadas delimita los regímenes profesionales o complementarios a los cuales resulta de aplicación, utilizando a tal fin un criterio de exclusión respecto a los ya regulados en su precedente y considerando como tales aquellos cuya finalidad radique en proporcionar a los trabajadores encuadrados en una empresa o grupo de una rama industrial o de un sector profesional prestaciones destinadas a completar o sustituir las derivadas de los regímenes de Seguridad Social; con mayor nivel de detalle, la redacción dada por la reforma de 1996 excluye no sólo los contratos individuales, los regímenes de un solo miembro, los contratos de seguro en los cuales no participe el empresario y determinadas disposiciones opcionales ofrecidas a nivel individual, sino también los regímenes profesionales cuyas prestaciones sean financiadas a partir de las contribuciones voluntarias de los trabajadores.

En cuanto hace a la Directiva de 11 de diciembre de 1986, su limitación puede ser constatada a partir del dato siguiente: sólo proyecta el principio de igualdad a los aspectos no cubiertos por las Directivas 76/207 y 79/7, lo cual la convierte en marginal, habida cuenta la última regulaba ya las materias con suficiente detalle respecto a los autónomos; así pues, sus aportaciones se circunscriben a las discriminaciones en relación con la creación, instalación o ampliación de una empresa o con el inicio o la extensión de cualquier forma de trabajo autónomo, incluidas las facilidades financieras<sup>15</sup>.

La referencia a estas medidas normativas permite confirmar cómo la labor realizada, con ser importante, no admite comparación con el ingente esfuerzo hermenéutico desplegado por el Tribunal de Justicia. Este no se limita a concretar el contenido de la norma; aporta nuevas perspectivas al analizar las presuntas discriminaciones tanto directas, como, sobre todo, indirectas, localizadas en los diversos ordenamientos internos. En el concreto caso de la Directiva 79/7, ha sido el encargado de recordar y exigir el proceso de adaptación de las normas nacionales a través de la corrección sistemática de los elementos de discriminación mantenidos por la inercia del devenir histórico, en especial respecto a las prestaciones en las

---

<sup>15</sup> GONZALO GONZALEZ, B.: "La Seguridad Social de las mujeres en España: problemas de desigualdad formal y de injusticia material", *TS*, núm. 48, 1994, pág. 4.

cuales ha resultado singularmente difícil cumplir la obligación de adaptarse a la norma europea a fecha 23 de diciembre de 1984<sup>16</sup> (por familiares a cargo, invalidez y desempleo, dados los problemas derivados del derecho transitorio). El repaso a los pronunciamientos vertidos en estas décadas pone sobre el tapete, entre otros, los siguientes focos de discusión:

1) La feminización del trabajo a tiempo parcial repercute en el nivel de protección social que la Seguridad Social dispensa a las mujeres; de hecho, esta modalidad de trabajo ha resultado ser esencial para construir la noción de discriminación indirecta. Sobre dicho extremo el Tribunal de Justicia emitió su parecer ya varios años atrás cuando señaló que una entidad productiva "viola el art. 119 TCEE cuando excluye a los empleados a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa y esta medida comprende un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que aquélla pruebe que dicha decisión se explica por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo"<sup>17</sup>.

Sin embargo, sus pronunciamientos denotan ciertos titubeos, pues si bien en ocasiones reconocen sin ambages la presencia de discriminación indirecta, en no pocas muestran significativas reticencias a apreciar su existencia. Así, el optimismo derivado del rechazo --bajo la luz de la Directiva 79/7-- a una legislación nacional que, "garantizando un mínimo social a los asegurados afectados por una incapacidad laboral", prevea "una excepción a este principio referida [a quienes] hubieren trabajado a tiempo parcial y limite la cuantía del subsidio al salario anteriormente percibido, cuando esta medida afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres"<sup>18</sup>, choca con las decisiones abiertamente restrictivas refrendando la exclusión del seguro de vejez de los "empleos menores", pese a perjudicar en mayor medida a trabajadoras.

2) En algunas ocasiones la discriminación comienza en el momento mismo de constituir la relación, impidiendo la afiliación a un régimen concreto (baste remitir, dentro del ordenamiento español, a las "autónomas agrarias", a las empleadas de hogar y a cuantas mujeres trabajan en su propia casa) o, y resultará más significativa, estableciendo diferencias en materia de cotización. En este sentido, el Tribunal de Justicia declara contraria a la Directiva

---

<sup>16</sup> "Un Estado miembro no puede mantener con posterioridad [a tal fecha] ninguna desigualdad de trato originada por el hecho de que los requisitos exigidos para el nacimiento del derecho a las prestaciones sean anteriores a esta fecha", y sostener la posibilidad de que los particulares invoquen ante los Tribunales nacionales la aplicación directa de la norma comunitaria, SSTJCE 384/1995, de 24 de junio de 1987, asunto *Borrie Clarke*; 80/1987, de 8 de marzo de 1988, asunto *Dik y otros*, y 87, 88 y 89/1990, acumulados, de 11 de julio de 1991, asunto *Verholen y otros*.

<sup>17</sup> STJCE 170/1984, de 13 de mayo de 1986, asunto *Bilka*. La doctrina se reitera en otros pronunciamientos, resultando conveniente remitir, en concreto, a la STJCE 171/1988, de 13 de julio de 1989, asunto *Rinner-Kühn*.

<sup>18</sup> Una vez más salvo "que dicha legislación se justifique en motivos objetivos y extraños a toda discriminación fundada en el sexo", STJCE 317/1993, de 14 de diciembre de 1995, asunto *Nolte*.

79/7 una legislación que reserva "a las mujeres casadas, a las viudas y a los estudiantes la posibilidad de ser asimilados a personas que no deben pagar ninguna cotización social, sin conceder la misma posibilidad de exención de cotizaciones a los hombres casados o a los viudos que cumplen, en todo lo demás, los mismos requisitos"<sup>19</sup>; de esta forma, el órgano comunitario (como posteriormente hará el Tribunal Constitucional) sucumbió a la tentación de la igualdad formal obviando la acción afirmativa eventualmente contenida en la norma.

3) Al excluir la prestación por maternidad del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, aparece condicionada la actividad desarrollada por el Tribunal de Justicia a este respecto. Sin perjuicio del ulterior tratamiento de la cuestión, será menester dejar constancia de las líneas generales seguidas por su jurisprudencia: en primer lugar, la peligrosa equiparación entre maternidad y enfermedad recogida en algún pronunciamiento fue casi inmediatamente rectificadas de modo expreso<sup>20</sup>, aun cuando subsista al establecer que si la morbilidad trae causa en el embarazo o el parto, pero se manifiesta tras la baja maternal, debe ser considerada como cualquier otra enfermedad<sup>21</sup>; en segundo término, persiste la nula sensibilidad hacia cuantas mujeres debieron abandonar su trabajo para ocuparse de sus hijos, sólo parcialmente corregida por los ordenamientos nacionales a través de institutos como la excedencia por maternidad<sup>22</sup>; en tercer lugar, queda al arbitrio de los Estados la posibilidad de permitir el disfrute paterno del permiso por esta causa<sup>23</sup>, lo cual no es sino reflejo del modelo tradicional y anacrónico de reparto de roles familiares; en cuarto término, resulta conveniente y acertada la protección a las embarazadas a través de la prohibición del trabajo nocturno<sup>24</sup>, pero sorprende por su amplitud la tutela dispensada en el supuesto de sustitución de una trabajadora en baja maternal por otra embarazada, pese a estar ésta imposibilitada temporalmente para cubrir la interinidad<sup>25</sup>; en fin, llama la atención la ambigüedad mostrada cuando, tras negar la obligación de garantizar la retribución íntegra durante el descanso, se pretende asegurar el aumento de la prestación en caso de producirse un incremento salarial<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> STJCE 373/1989, de 21 de noviembre de 1990, asunto *Integrity*.

<sup>20</sup> STJCE 177/1988, de 8 de noviembre de 1990, asunto *Dekker*.

<sup>21</sup> STJCE 179/1988, de 8 de noviembre de 1990, asunto *Handels-og Kontorfunktionærernes forbund*.

<sup>22</sup> SSTJCE 31/1990, de 11 de julio de 1991, asunto *Johnson*, y 297/1993, de 13 de diciembre de 1994, asunto *Grau-Hupka*.

<sup>23</sup> STJCE 184/1983, de 12 de julio de 1984, asunto *Hofmann*.

<sup>24</sup> STJCE 421/1992, de 5 de mayo de 1994, asunto *Habermann-Beltermann*.

<sup>25</sup> STJCE 32/1993, de 14 de julio de 1994, asunto *Webb*.

<sup>26</sup> STJCE 342/1993, de 13 de febrero de 1996, asunto *Gillespie*.

4) Respecto a los subsidios o complementos de mínimos por cónyuge o hijo a cargo, el Tribunal no ha sido capaz de seguir un criterio uniforme, perdiéndose en un casuismo tal vez necesario, pero que impide vislumbrar una línea argumental clara<sup>27</sup>.

5) El grupo de prestaciones agrupadas bajo la denominación de invalidez o incapacidad ha provocado importantes problemas en casi todos los ordenamientos, derivados normalmente de cuestiones de Derecho transitorio<sup>28</sup>.

6) Las prestaciones de desempleo constituyen buena prueba de fuego tanto para valorar la igualdad de hombre y mujer ante la Seguridad Social, como para medir los problemas

---

<sup>27</sup> La normativa belga en materia de prestaciones por desempleo otorgaba un trato preferencial para el cálculo de las prestaciones a los desempleados que fueran cabeza de familia, resultando en la mayor parte de los casos una mejor posición para los varones, sin que la reforma de este régimen jurídico para adaptarlo a la Directiva eliminara la discriminación indirecta, no obstante lo cual el TJCE admitió como justificación el hecho de que la pretensión última era la de garantizar unos ingresos medios mínimos de subsistencia y consideró que la opción por controlar los gastos sociales teniendo en cuenta las superiores necesidades de los beneficiarios con cónyuge o hijo a cargo o ingresos muy bajos no se oponía a Derecho Comunitario [STJCE 229/1989, de 7 de mayo de 1991, asunto *Comisión c. Bélgica*]. La decisión contó con el precedente de otra en la cual resolvía el recurso de una inválida que no podía acceder a los complementos de su pensión propia, minorable al tener en cuenta los ingresos procedentes de la actividad del cónyuge o la existencia de hijos a cargo; tal sistema, en el que el porcentaje de mujeres que pueden beneficiarse resulta netamente inferior al de los varones --pues el número de las que pueden justificar cónyuge a su cargo es más reducido--, resultará contrario a la Directiva salvo justificación ajena a la discriminación sexual, situada en este caso en el deseo de evitar que la prestación quede por debajo del mínimo para quienes, por tener personas a su cargo, soportan superiores costes [SSTSJ 30/1085, de 11 de junio de 1987, asunto *Teuling*, o 226/1991, de 19 de noviembre de 1992, asunto *Molenbroek*]. Frente a estas tesis restrictivas, brilla una luz de esperanza en el pronunciamiento que declara discriminatoria la legislación irlandesa reformada para adaptarse a la Directiva, en tanto prevé con carácter transitorio el reconocimiento a los hombres casados en situación de invalidez de un complemento de su prestación en concepto de hijo adulto a su cargo, STJCE 377/1989, de 13 de marzo de 1991, asunto *Cotter y McDermott*.

<sup>28</sup> Es contraria a Derecho Comunitario una normativa que, al supeditar el acceso a una prestación a una condición no exigida anteriormente a los hombres, priva a las casadas de derechos de los cuales debería beneficiarse por efecto directo de la Directiva; no lo es, sin embargo, la opción por imponer, para mantener el derecho, un requisito de índole económica exigible, en adelante, a los sujetos de ambos sexos, aun cuando sí se opone al orden supranacional la exigencia de haber alcanzado determinados ingresos antes de la incapacidad, pues contiene una discriminación indirecta [STJCE 343/1992, de 28 de febrero de 1994, asunto *Roks y otros*, y, después, STJCE 280/1994, de 1 de febrero de 1996, asunto *Posthuma-Van Damme y otros*, la cual, pese al efecto estadístico perverso, reconoce la licitud de la norma]. Para otro supuesto, el TJCE considera merecedora de reproche la denegación de una pensión asistencial de invalidez por no acreditar padecer incapacidad permanente capaz de impedir la realización de tareas domésticas, requisito únicamente aplicable al colectivo femenino, STJCE 150/1985, de 24 de junio de 1986, asunto *Drake*.

En cuanto a las relaciones con otras prestaciones, baste dejar constancia de sendos ejemplos: 1) Es considerada discriminatoria una regulación sobre subsidios "de invalidez grave" o "de asistencia a un inválido", llamados a ser sustituidos por la pensión de jubilación, que excluye del derecho a las mujeres con más de 60 años cuando los varones pueden disfrutarlo hasta los 65, sin que tal diferencia quede justificada en las excepciones del art. 7 de la Directiva, pues no se acredita la necesidad de tal desigualdad a fin de evitar una amenaza al equilibrio del sistema o de garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el de otras prestaciones [STJCE 328/1991, de 30 de marzo de 1993, asunto *Thomas y otros*, cuya doctrina se repite, entre otros, en las SSTJCE 92/1994, de 11 de agosto de 1995, asunto *Graham y otros*, y 139/1995, de 30 de enero de 1997, asunto *Balestra*]. 2) Es discriminatoria la incompatibilidad entre incapacidad y viudedad cuando sólo la mujer y no el varón pierde la primera al pasar a percibir la segunda, STJCE 338/1991, de 27 de octubre de 1993, asunto *Steenhorst-Neerings*.



de adaptación de la normativa nacional a la norma comunitaria. La mejor muestra puede ser encontrada --a modo de mero ejemplo-- en la normativa neerlandesa cuando, para hacer desaparecer el concepto de cabeza de familia, intenta hacer coincidir la fusión de sendas normas internas sobre desempleo con la incorporación a su ordenamiento de la Directiva 79/7, descubriendo lo inviable de llevar a cabo la reforma dentro del plazo de adaptación de la norma comunitaria. La pretensión de Holanda de seguir aplicando las disposiciones discriminatorias hasta tanto pudiera procederse a su modificación encuentra una firme oposición por parte del Tribunal de Justicia cuando, de forma rotunda, rechaza que las dificultades financieras del Estado puedan incidir en el efecto directo de la Directiva; así pues, a las ciudadanas de este país ha de reconocérseles el derecho a ser tratadas de forma igual que a los varones en idéntica situación<sup>29</sup>. Sin embargo, cuando finalmente el Gobierno neerlandés procedió a reformar el régimen jurídico de la prestación a fin de cumplir las exigencias del principio de igualdad de trato, las disposiciones transitorias de la nueva norma provocaron, como en tantas ocasiones de las cuales se ha dejado sobrada muestra, la intervención ulterior del Tribunal de Justicia afirmando la existencia de discriminación en la negación de efecto retroactivo a la modificación y reiterando el efecto directo de la Directiva<sup>30</sup>. Esta es una muestra; lamentablemente se repite bajo unos u otros argumentos<sup>31</sup>.

7) La vejez es otro de los riesgos comprendidos dentro del ámbito de proyección de la paridad de trato, si bien --según consta-- corresponde a los Estados tanto la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las correspondientes pensiones, como también las consecuencias a derivar de aquéllas respecto a otras prestaciones. El análisis de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia permite recoger el siguiente elenco de consideraciones, afectadas sin remedio por contradicciones capaces de convertir en relativa la efectividad de cualquier criterio hermenéutico *ad hoc*<sup>32</sup>:

En primer lugar, en torno a la edad de jubilación gravitan la mayor parte de los problemas suscitados sobre reclamaciones de discriminación en la materia, no en vano a este respecto la Directiva, a fin de no crear problemas, remite la cuestión a la libertad de los ordenamientos nacionales. El Tribunal únicamente ha de intervenir para, de un lado, ratificar la

---

<sup>29</sup> STJCE 71/1985, de 4 de diciembre de 1986, asunto *Holanda c. FNV*.

<sup>30</sup> STJCE 80/1987, de 8 de marzo de 1988, asunto *Dik y otros*.

<sup>31</sup> Algunos refrendados por el TJCE; así ocurrió cuando declaró conformes a Derecho comunitario sendas prestaciones de asistencia social complementaria de la de desempleo (una para desempleados de larga duración, edad avanzada o afectados de incapacidad con independencia de su patrimonio, y otra subsidiaria llamada a garantizar la manutención de quienes no superen un cierto umbral de patrimonio) por entender que pretendían garantizar unos ingresos mínimos, enmarcándose dentro de objetivos de política social del Estado ajenos a la discriminación sexual, aunque redunden normalmente en beneficio de varones, STJCE 8/1994, de 8 de febrero de 1996, asunto *Laperre*.

facultad otorgada por la norma a los Estados, reconociendo que no se trata de una discriminación prohibida<sup>33</sup>, y, de otro, para evitar excesos y matizar que un Estado no puede invocar las facultades reconocidas en el art. 7 con el objeto de proceder a elegir discrecionalmente ciertos medios o a utilizar determinadas normas de excepción las cuales llevan, en última instancia, a privar de efecto al art. 4.1, en tanto la igualdad es un derecho fundamental comunitario indeclinable<sup>34</sup>.

En segundo término, los problemas de adaptación de la norma comunitaria y los derivados del derecho transitorio también se hacen sentir en materia de protección de la jubilación, moviendo al Tribunal a declarar que la Directiva "formula en términos muy claros el principio de prohibición de toda discriminación después del plazo de adaptación..., sin distinguir entre los diferentes regímenes de seguro, por lo cual no permite a los Estados miembros (después del plazo de aplicación señalado en el art. 8) mantener los efectos de una norma nacional anterior que excluía a las mujeres casadas del seguro de vejez en determinadas circunstancias"<sup>35</sup>.

En tercer lugar, cuando a la distinta edad para la jubilación se unen otros requisitos de carencia adicionales, las dificultades aumentan y la discriminación, en perjuicio del hombre en este caso, aparece --al menos formalmente-- clara, como de manera tajante indica el Tribunal de Justicia tras la modificación del ordenamiento belga en orden a fijar una edad de jubilación común para ambos sexos, pero sin modificar las reglas destinadas a determinar el montante de la pensión: no es conforme con la Directiva "el que una legislación nacional que autoriza a los trabajadores masculinos y femeninos a jubilarse a partir de la misma edad, mantenga en el modo de cálculo de la pensión una diferencia según el sexo"<sup>36</sup>. En cualquier caso, incluso

---

<sup>32</sup> ESTEVE SEGARRA, M<sup>a</sup>.A.: "La fijación de edades de jubilación distintas por razón de sexo en el Derecho Comunitario", *DL*, núm. 55, 1998, pág. 81.

<sup>33</sup> Ya lo sostenía la STJCE 19/1981, de 16 de febrero de 1982, asunto *Burton*.

<sup>34</sup> Por todas, STJCE 71/1985, de 4 de diciembre de 1986, asunto *Varbeweging*. Para evitar los problemas que la exclusión encierra, la Propuesta de Directiva de 1987 establece que si se fija una edad de jubilación para la concesión de pensiones, deberá ser idéntica para ambos sexos; no obstante, la aplicación deberá ser progresiva si tal igualdad tiene como consecuencia una reducción o un aumento de la edad para trabajadores de un sexo determinado. Los problemas de financiación en el primer caso y de derechos adquiridos en el segundo así lo aconsejan, a la luz de los supuestos contemplados en SSTJCE 377/1989, de 13 de marzo de 1991, asunto *Cotter y McDermont*; 74/1991, de 27 de octubre de 1992, asunto *Comisión c. Alemania*, o 154/1992, de 1 de julio de 1993, asunto *Van Cant*.

<sup>35</sup> STJCE 87, 88 y 89/1990, acumulados, de 11 de julio de 1991, asunto *Verholen y otros*.

<sup>36</sup> STJCE 154/1992, de 1 de julio de 1993, asunto *Van Cant*. Más en general, y en referencia a un régimen profesional, "el art. 119 del Tratado exige que los viudos víctimas de una discriminación prohibida por dicha disposición puedan obtener una pensión u otra prestación por muerte y supervivencia en las mismas condiciones que las viudas" [STJCE 147/1995, de 17 de abril de 1997, asunto *Evranoopoulos*]. En otras ocasiones, en cambio, el TJCE reconoce la licitud del mantenimiento temporal de ventajas a favor de las mujeres en este ámbito, a fin de permitir proceder progresivamente a la modificación de los sistemas de

cuando el Tribunal aprecia discriminación no excluye la posibilidad de justificarla atendiendo a la coherencia del sistema de Seguridad Social, conforme ocurre al analizar la legislación italiana: la diferencia que existe en el modo de calcular las prestaciones es necesaria para mantener la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el de jubilación anticipada y aparece objetiva y directamente vinculada a la fijación de una edad de retiro diferente para hombres y mujeres.

En cuarto término, se niega que la posibilidad de fijar una edad de jubilación diferente pueda servir para autorizar al Estado la exoneración en el pago de otros gastos a aquélla vinculados --concretamente, suministro de productos farmacéuticos, medicamentos y aparatos ortopédicos a partir de la edad de 60 años a los mujeres y de 65 a los hombres--, sobre todo al ponderar la doctrina indubitada conforme a la cual la concesión de prestaciones incluidas en regímenes no contributivos a personas que sufren determinadas contingencias, sin tener en cuenta su derecho a una pensión de vejez conforme a los períodos de cotización cubiertos, no ejerce una influencia directa sobre el equilibrio financiero de los regímenes contributivos<sup>37</sup>, pues, igual "que una mujer que ha cumplido la edad de jubilación tiene derecho a continuar su actividad profesional después de esta edad y puede, por tanto, encontrarse en la misma situación que un hombre de la misma edad que sigue todavía en activo, un hombre puede tener derecho a una pensión de jubilación y puede encontrarse, así, en la misma situación que una mujer de la misma edad que percibe la pensión de jubilación a la cual tiene derecho"<sup>38</sup>.

Por último, y una vez reconocida la posibilidad de invocar el principio de igualdad de trato en materia de planes de pensiones de empresa<sup>39</sup>, se abre un camino plagado de dificultades en el cual el Tribunal de Justicia avala la utilización de criterios actuariales diferentes por razón de sexo en el ámbito de los suscritos en regímenes profesionales, en tanto en ellos las aportaciones o prestaciones surgen de un compromiso del empleador con cada trabajador, y no como en los legales, en los cuales la cotización viene determinada, por lo general, según la prestación de servicios y al margen del sexo<sup>40</sup>.

---

pensiones sin perturbar el equilibrio económico; baste el ejemplo dado por la STJCE 9/1991, de 7 de julio de 1992, asunto *Equal Opportunities Commission*.

<sup>37</sup> SSTJCE 328/1991, de 30 de marzo de 1993, asunto *Thomas y otros*, y 173/1994, de 19 de octubre de 1995, asunto *Richardson*.

<sup>38</sup> STJCE 173/1994, de 19 de octubre de 1995, asunto *Richardson*.

<sup>39</sup> STJCE 262/1988, de 17 de mayo de 1990, asunto *Barber*. Ulteriores pronunciamientos afirman que el principio se aplica a las prestaciones derivadas de cualquier plan de pensiones, sean contributivos o no [SSTJCE 110/1990, de 14 de diciembre de 1993, asunto *Moroni*, o 200/1991, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Coloroll*], sean planes de empresa convencionalmente excluidos u otros tipos de planes de empresa, SSTJCE 110/1990, de 14 de diciembre de 1993, asunto *Moroni*, o 57/1993, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Vroege*.

<sup>40</sup> STJCE 139/1995, de 30 de enero de 1997, asunto *Balestra*. Alcanza a afirmar, por ejemplo, que si al impedir a las casadas participar en un plan de pensiones se está vulnerando el principio de igualdad, no

En cualquier caso, la incidencia final del pronunciamiento judicial clave en la materia ha sido desigual, pues frente a sus luces evidentes, no lo son menos su sombras derivadas, entre otros motivos, de la efectividad relativa, pues permanece necesariamente limitada *ratione temporis* (dadas las excepciones transitorias en aquél admitidas), *personae* (así, respecto a los trabajadores a tiempo parcial) y *materiae* (sólo planes de pensiones de empresa), y ello aun cuando haya adquirido carta de naturaleza por su reiteración la tesis conforme a la cual, en primer lugar, "los administradores de un plan de pensiones quedan obligados a abonar prestaciones que constituyen una retribución *ex art. 119 TCEE*, lo están igualmente a cumplir tal disposición haciendo cuanto esté en su mano y a cuanto estén obligados por razón de competencia para garantizar el respeto al principio de igualdad de trato"<sup>41</sup> (el empleador no puede, pues, eludir las obligaciones derivadas del art. 119 promoviendo un plan de pensiones bajo la forma de sustitución fiduciaria); en segundo término, terceras partes afectadas, como pudieran ser el cónyuge o persona dependiente del trabajador<sup>42</sup>, quedan facultadas para invocar la aplicación del referente a la situación que les afecte<sup>43</sup>.

La piedra angular en la construcción jurisprudencial reclama, todavía, sendas matizaciones más. De un lado, la proyección de los planteamientos precedentes lleva, en sus últimas consecuencias, a defender la posibilidad de alegar la igualdad de trato para poder participar en un plan de pensiones no sólo desde la sentencia, sino desde aquel momento en el cual tiene lugar la discriminación reseñada; no obstante, la mayor parte de la doctrina se opone, al apreciar, en el fondo una discriminación indirecta<sup>44</sup>. De otro, la cuestión relativa al establecimiento de edades diferentes para acceder a la pensión complementaria encuentra una

---

ocurre tal si la exclusión afecta a los trabajadores a tiempo parcial, pues, aunque afecte a más mujeres, el empresario podrá acreditar la concurrencia de factores objetivos ajenos al móvil discriminatorio [STJCE 132/1992, de 9 de noviembre de 1993, asunto *Roberts*]. Ahora bien, a falta de tal acreditación se constata la discriminación indirecta, y el Tribunal es generoso cuando entiende que los períodos de servicio de estos trabajadores a tiempo parcial deben retrotraerse a la fecha de la primera sentencia que reconoció efecto directo al art. 119 (8 de abril de 1976) al objeto de calcular las prestaciones complementarias a que tienen derecho, STJCE 296/1996, de 11 de diciembre de 1997, asunto *Magorriam y Cunningham*, sobre el precedente de la STJCE 128/1993, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Fischer*.

<sup>41</sup> SSTJCE 53/1993, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Vroege*; 128/1993, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Fischer*, o 435/1993, de 24 de octubre de 1996, asunto *Dietz*. El hecho de que las prestaciones derivadas del plan no sean abonadas al trabajador por el empresario, sino por los administradores del plan, constituye un dato irrelevante a la luz de los propósitos perseguidos por el art. 119 TCEE, pues éste "se refiere también a las gratificaciones satisfechas indirectamente por el empresario", STJCE 262/1988, de 17 de mayo de 1990, asunto *Barber*.

<sup>42</sup> No en vano también las pensiones de supervivencia previstas por el plan de pensiones de empresa están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 119 TCEE, SSTJCE 109/1991, de 6 de octubre de 1993, asunto *Ten Oever*, o 200/1991, de septiembre de 1994, asunto *Coloroll*.

<sup>43</sup> La respuesta no puede ser más contundente en las SSTJCE 87, 88 y 89/1990, acumulados, de 11 de julio de 1990, asunto *Verholen y otros*; 222/1984, de 15 de mayo de 1986, asunto *Johnston*; 222/1986, de 15 de octubre de 1987, asunto *Heylens*, o 199/1982, de 9 de noviembre de 1983, asunto *San Giorgio*.

<sup>44</sup> LOPEZ CUMBRE, L.: "La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea", *RMTAS*, núm. 7, 1988, pág. 152.

solución distinta a la contemplada para los regímenes legales, pues la consideración de la prestación como remuneración lleva a prohibir cualquier diferencia en atención al género (para todas las situaciones posteriores a 17 de mayo de 1990<sup>45</sup>, e incluso si la diferencia entre edades se corresponde con la prevista en el régimen legal<sup>46</sup>), lo cual plantea con toda crudeza la aplicación inmediata y plena del principio de igualdad de trato, a solventar mediante una doble alternativa ya aludida y en ningún caso satisfactoria, al forzar a optar entre equiparación por arriba (otorgar al sexo desfavorecido las ventajas inicialmente reconocidas al beneficiado) o igualación a la baja (incrementar la edad de acceso de las mujeres para equipararla a la masculina).

En orden a tratar de solventar estos y otros problemas, la Directiva 96/97, haciéndose eco de los pronunciamientos del Tribunal, introduce nuevos criterios para la aplicación del principio de igualdad en materia de prestaciones complementarias, impidiendo (en ejemplo-modelo de la intención última del legislador) que la gestión de los fondos de pensiones perjudique a las mujeres a través de condiciones capaces de penalizar su mayor expectativa de vida, conforme ocurriría en caso de exigirles cotizaciones adicionales o cuando el mayor coste laboral derivado de la contratación de una mujer (por quien sería preciso aportar una cantidad superior a la, en su caso, a abonar de hacerlo a un hombre) llevara al empleador a rechazarla en favor del varón.

## **2.- LA PROTECCION SOCIAL DE LA MUJER EN ESPAÑA**

### ***2.1.- Maternidad***

La operación de reforma efectuada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, para regular la prestación de maternidad como contingencia específica y autónoma, extrayéndola del régimen jurídico previsto para la entonces denominada incapacidad laboral transitoria (hoy incapacidad temporal), no responde tanto a la necesidad, ya satisfecha en la norma previa, de proporcionar respuesta a la imposibilidad física de cumplir la prestación (la cual concurre sólo durante determinados momentos de la suspensión --parto y momentos inmediatamente anteriores y posteriores--), sino que se sitúa en el marco del objetivo más amplio dado por la protección tanto a la familia como a la mujer trabajadora, en su salud (y la de su hijo) e intereses profesionales, socializando los costes derivados de tal situación. La

---

<sup>45</sup> SSTJCE 110/1991, de 14 de diciembre de 1993, asunto *Moroni*, o 200/1991, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Coloroll*.

<sup>46</sup> SSTJCE 28/1993, de 28 de septiembre de 1994, asunto *Van den Akker*, y 408/1992, de 8 de septiembre de 1994, asunto *Avdel Systems*.

reforma en este punto puede ser valorada de forma positiva; de obrar en otro sentido, poco se habría avanzado sobre aquellos esquemas equiparando el trato otorgado a la mujer-madre con el dispensado al varón enfermo o incapacitado, pues tal visión igualitarista resulta de todo punto inapropiada cuando de diferencias inmutables se trata<sup>47</sup>, conforme ocurre precisamente con el embarazo, generando el riesgo de resultados absurdos e injustos derivados de la comparación forzada entre lo incomparable por nacer de diferencias naturales. En este sentido se había pronunciado ya el Tribunal de Justicia al reconocer a la situación de embarazo el ser portadora de derechos en y por sí misma, y no sobre la base de comparaciones artificiales con enfermedades o motivos de incapacidad comunes a ambos sexos<sup>48</sup>, ni siquiera admisibles entre individuos del mismo género<sup>49</sup>.

No obstante lo antedicho, los puntos en común entre ambas contingencias siguen siendo abundantes: requisitos generales (salvo el de incapacidad para el trabajo, capaz de separarlas radicalmente), periodo de carencia, base reguladora, obligación de cotizar, incompatibilidad con percepción de salario o con trabajo por cuenta propia...; abriendo, a la postre, la puerta a una eventual discriminación indirecta fundada en la condición de madre<sup>50</sup>, frente a la cual ya pretendió reaccionar el legislador de 1994.

En cualquier caso, la protección de la maternidad debe siempre hacerse compatible con la necesidad de que las medidas de protección no repercutan negativamente sobre el empleo de la mujer; en este camino se avanza, como bien muestra la modificación del art. 26 LPRL, realizada con el objetivo de cubrir la laguna causada por la falta de previsión de una suspensión del contrato cuando los riesgos hagan incompatibles trabajo y embarazo. Antes de tal reforma las alternativas en presencia resultaban, sin duda, insuficientes: o reducir la protección de la mujer (bien negándosela, bien a través del artificio de equiparar su situación a la incapacidad temporal), o cargar al empresario con la obligación de remunerar pese a la falta de prestación, perjudicando así las posibilidades laborales del colectivo femenino.

Una vez descrita la situación, será menester detener la atención en el régimen jurídico previsto para la prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo a fin de localizar posibles focos de discriminación:

---

<sup>47</sup> SAEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo (Discriminaciones directas e indirectas)*, Madrid (CES), 1994, págs. 62-63 y 69-70.

<sup>48</sup> STJCE 179/1988, de 8 de noviembre de 1990, asunto *Handes-og Kontorfunktionaerernes forbund*.

<sup>49</sup> De ahí el polémico pronunciamiento de la STJCE 177/1988, de 8 de noviembre de 1990, asunto *Dekker*, en la cual la no contratación de la embarazada previamente seleccionada se debió, en el fondo, a la falta de cobertura social del permiso por maternidad.

<sup>50</sup> TORRES DIAZ, I.V.: "Prestación de maternidad. Derecho positivo español y perspectiva europea", *RL*, T. I, 1996, págs. 459-460.

1) En cuanto hace a las situaciones protegidas, la inclusión de la adopción y el acogimiento muestra la desvinculación entre esta contingencia y cualesquiera otras relacionadas con la enfermedad o el accidente incapacitantes.

2) La condición de beneficiario del subsidio reclama la concurrencia de varios requisitos; además de la remisión a posibles exigencias reglamentarias, procede señalar:

En primer lugar, ser trabajador por cuenta ajena (si bien posteriormente la protección se extiende a los autónomos) con independencia del sexo. La primera impresión de igualdad padre-madre es errónea, pues el derecho del varón aparece limitado por varios factores derivados de la causa de suspensión del contrato regulada en el art. 48 ET. Al final, el hombre, al menos en los casos de maternidad biológica (y excepción hecha del supuesto de fallecimiento de la beneficiaria), goza de un derecho mucho más limitado, pues es precisa una previa cesión por parte de la mujer, la cual debe reunir las exigencias impuestas por el art. 133 ter LGSS, bastando con la afiliación y el alta del varón<sup>51</sup>. Sin ánimo de detenerse en las serias consecuencias de esta regulación, de forma ilustrativa se hace notar cómo "no deja de resultar paradójico que el padre trabajador cuya pareja no desempeñe ninguna actividad laboral pueda disfrutar íntegramente el período de suspensión en los supuestos de acogimiento y adopción, y esta posibilidad sea negada en caso del nacimiento de su propio hijo"<sup>52</sup>.

En segundo término, disfrutar de los descansos referidos a la suspensión del contrato por maternidad. Finalizado este período, si continúa incapacitada para el trabajo, la prestación se da por finalizada y comienza una incapacidad temporal. El ordenamiento español proporciona así solución parcial a un problema de mayor envergadura capaz de obligar al Tribunal de Justicia a optar entre dos tesis extremas: de un lado, considerar que el despido de una mujer a causa de su embarazo, del parto o de ausencias repetidas debidas a una enfermedad a resultas de aquéllos, con independencia de cuándo sobrevenga, es contrario al principio de igualdad, habida cuenta los hombres nunca pueden sufrir tales trastornos y, por tanto, no pueden ver extinguida la relación por tal motivo; de otro, valorar la imposibilidad de despedir a una trabajadora a causa de las numerosas bajas únicamente porque éstas estén

---

<sup>51</sup> La falta de adecuación del art. 133 ter LGSS y el art. 48 ET puede llevar a situaciones conflictivas si el padre reuniera los requisitos exigidos y la madre no. ¿Aquél podrá acceder al derecho o le está vedado *ex* art. 48 ET por carecer la madre de la calidad de beneficiaria y no poder cedérselo?, CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTIN, M<sup>a</sup>.S.: "Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas", *AS*, núm. 8, 1998, pág. 50.

<sup>52</sup> SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal", en AA.VV. (OJEDA AVILES, A., Coord.): *La incapacidad temporal*, Madrid (Tecnos), 1996, pág. 438. A la inversa, causa sorpresa la solución del TJCE cuando consideró no discriminatoria la normativa que otorgaba a la madre y no al padre descanso por adopción, STJCE 163/1982, de 26 de octubre de 1993, asunto *Comisión c. Italia*.

motivadas en el embarazo o el parto, pues tal circunstancia puede afectarle varios años después de producido el parto, creando dificultades de gestión, e incluso provocando efectos negativos sobre el empleo. La opción final no puede parecer satisfactoria, pues el Tribunal, con gran sensibilidad al considerar discriminación directa el despido de una mujer o la negativa a contratarla por razón de su embarazo<sup>53</sup>, opta por declarar: "durante el permiso por maternidad... la mujer está protegida contra los despidos motivados por su ausencia. Corresponde a cada Estado miembro determinar los períodos de permiso por maternidad, [para así permitir] a las trabajadoras ausentarse durante el período en el cual surjan los trastornos inherentes al embarazo y al parto. Si se trata de una enfermedad [aparecida] tras el permiso por maternidad, no procede distinguir [aquella con] origen en el embarazo o en el parto de cualquier otra.... Tal estado patológico depende, por tanto, del régimen general aplicable en caso de enfermedad"<sup>54</sup>.

El problema derivado de tal tesis aumenta en el caso concreto por la negativa a entrar a conocer sobre una posible discriminación indirecta, sobre todo cuando los ordenamientos nacionales hayan establecido períodos excesivamente breves de descanso por maternidad. El Tribunal elude la cuestión considerando a los Estados como los únicos competentes para regular los concretos plazos durante los cuales la protección despliega efectos, fuera de los cuales el principio de igualdad no exige un trato dispar por razón del origen de la enfermedad. La tutela a la trabajadora, sin duda, debería exigir un plus, concretado en medidas específicas para atender tal eventualidad.

En tercer lugar, estar afiliado y en alta o situación asimilada al sobrevenir la contingencia, salvo disposición legal expresa en contrario. En relación con la situación de asimilación al alta se vienen planteando --venían, más bien, pues existe jurisprudencia unificada al respecto-- desde hace tiempo ciertos problemas como el relativo a si la empleada cuyo contrato hubiera sido extinguido y no percibiera aún prestación alguna por desempleo se encuentra o no en condiciones de hacerlo de la prestación por maternidad, o si media situación asimilada al alta cuando, hallándose la mujer en la situación de incapacidad temporal ve extinguido su contrato; interrogantes ambos respondidos de forma mayoritariamente afirmativa<sup>55</sup>. Esta constatación debe acoger también la rectificación de la tesis inicial sostenida por el INSS de conformidad con la cual, de concurrir la incapacidad temporal por causa de enfermedad común anterior al parto, sería pertinente descontar el tiempo de permanencia en incapacidad del descanso voluntario por maternidad; hoy parece clara la improcedencia de tal deducción, y no pueden ser computadas como descanso por maternidad aquellas situaciones

---

<sup>53</sup> STJCE 17/1988, de 8 de noviembre de 1990, asunto *Dekker*.

<sup>54</sup> STJCE 179/1988, de 8 de noviembre de 1990, asunto *Handes-og Kontorfunktionærernes forbund*.



precedentes de incapacidad, aun cuando éstas vengan motivadas por el embarazo, habida cuenta conforman dos ámbitos de protección de naturaleza jurídica diferente por no poder considerar enfermedad el embarazo<sup>56</sup>.

Sobre esta separación de contingencias vinculada a la necesidad de alta conviene poner claro, entre otros aspectos, aquél a partir del cual la maternidad queda relacionada con la situación de alta especial en casos de huelga o cierre patronal. A este respecto, y dada la mentada disociación, no parece factible extender a esta prestación una situación a partir de la cual queda enervado su derecho al exteriorizarse un medida de conflicto<sup>57</sup>.

En cuarto y último término, acreditar un período de cotización de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al inicio del descanso que motiva el derecho. Desaparece, en cambio --y por fortuna--, la exigencia de una determinada antigüedad en la afiliación, pues el fomento de la natalidad debe primar frente al riesgo del fraude consistente en afiliarse con el sólo fin de acceder al beneficio público.

Ahora bien, a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales y a los del Régimen Especial de Empleados de Hogar responsables de la obligación de cotizar se les exige, además, estar al corriente en el pago de las cuotas. La posible presencia de discriminación indirecta en el caso del servicio doméstico resulta evidente a la luz de las cifras de ocupación femenina en esta actividad.

---

<sup>55</sup> STSJ Andalucía/Málaga de 13 de enero de 1994 (Ar. 301).

<sup>56</sup> ALVAREZ MORENO, A.: "La incapacidad temporal tras la reforma operada por Ley 42/94; especial referencia al RETA. La protección de la maternidad", *RTSS*, núm. 17, 1995, pág. 179 ó TORTUERO PLAZA, J.L.: "La incapacidad laboral temporal; contingencias y situación protegidas", *TS*, núms. 44/45, 1994, pág. 50. Al tiempo, pone fin a una flagrante desigualdad al amparo de la regulación precedente (exigía para maternidad lo que no se requería para el subsidio por i.l.t. derivada de enfermedad común) [LOPEZ GANDIA, Y. y BLASCO LAHOZ, J.: "Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación por desempleo", *Revista de Treball*, núm. 10, 1989, pág. 32], "tiende a evitar la desprotección de la mujer, en caso de necesidad, y por ende, dar una protección real de la maternidad en aplicación de los arts. 39 y 41 CE sobre protección social, económica y jurídica de la familia y de los hijos y sobre mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social", MARTINEZ SANCHEZ-MORALEDA, J.I.: "La prestación por maternidad en la nueva Ley General de Seguridad Social", en AA.VV.: *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, Madrid (MTAS), 1997, pág. 55.

<sup>57</sup> "El alta especial se liga al hecho de que la incapacidad temporal se otorga ante la incapacidad de realizar la prestación laboral a consecuencia del estado de salud; de ahí que se enerve el derecho cuando hay huelga o cierre, pues en estos casos, la prestación laboral sería imposible. Por contra, en el caso de la maternidad existe otra finalidad distinta: el cuidado del hijo y la necesidad de establecer una relación de convivencia entre padre/madre y el recién nacido, finalidad mantenida durante huelga y cierre" [GORELLI HERNANDEZ, J.: "El contenido de las prestaciones por maternidad", en AA.VV. (OJEDA AVILES, A., Coord.): *La incapacidad temporal*, cit., pág. 298 y *La protección por maternidad: análisis normativos en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pág. 130]. Lógico es, en consecuencia (como pudo dejar notar ya la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 21 de abril de 1995) que el requisito de alta exigido por el art. 133 ter LGSS sea, en este caso, relativizado.

3) Los supuestos de aborto quedan incluidos en la contingencia de incapacidad temporal, tutelando el eventual deterioro para la salud siempre y cuando aquél alcance trascendencia bastante para determinar la incapacidad para el trabajo, acreditada a través de la oportuna baja médica; también en el caso de aborto terapéutico practicado cuando la mujer ya disfrutara de la baja maternal, pues tendrá lugar el correspondiente alta y la inmediata baja por incapacidad temporal. Distinto es el supuesto de parto prematuro, a tutelar con los mismos beneficios jurídicos concedidos a la maternidad.

4) La prestación analizada conlleva un subsidio del 100% de la base reguladora; a saber, la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (buena muestra del incompleto deslinde entre ambas figuras). El incremento desde un 75% operado por la citada Ley 42/1994 merece, sin duda, una valoración positiva, dada la función social de la maternidad, incompatible tanto con el sacrificio económico para la madre y como con la asunción empresarial de los costes derivados de las mejoras en la protección, pactadas o voluntariamente concedidas.

Para el cálculo de la base reguladora, constituye constante referencia aquella de cotización por contingencias comunes del mes anterior, abriendo los consabidos problemas para su cálculo cuando acaecen modificaciones en el salario (no parece que deban afectar a la base mensual, salvo si el incremento tiene lugar por convenio colectivo y con efectos retroactivos a un momento previo a la baja). No son tales cuando lo aumentado es la base mínima de cotización correspondiente a su categoría profesional, pues en dicho caso el importe de la prestación deberá alcanzar la cuantía del referente inferior dado si fuera superior a aquélla (desde la fecha de entrada en vigor de cada nueva base mínima, por supuesto); de igual forma, habida cuenta existe una base máxima de cotización para cada categoría, ninguna prestación podrá ser superior.

Por lo demás, y respecto a la posibilidad de incrementar el subsidio en caso de parto múltiple, la duda radica en si el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, continúa en vigor. Los pronunciamientos judiciales han ofrecido argumentos contradictorios y la doctrina ha vertido diversos argumentos favorables a la vigencia (carácter tuitivo de la Seguridad Social, compatibilidad con la norma legal, existencia de remisión al reglamento respecto a los aspectos no fijados directamente y tendencias de la política legislativa de los últimos años); finalmente, el 15 de marzo de 1995 la Subdirección General de Asistencia Técnico-Jurídica de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social emitió un informe determinante, despejando las dudas en el sentido de estimar aplicable el precepto.

5) El subsidio resulta incompatible con la percepción de salario; sin embargo, y a diferencia de la incapacidad temporal, el abandono injustificado del tratamiento no constituye causa de suspensión (tampoco, claro está, que la imposibilidad de trabajar sea debida o se prolongue a consecuencia de la imprudencia del propio beneficiario). La decisión parece lógica en tanto en cuanto la protección de la maternidad no viene subordinada a la incapacidad para el trabajo o a la necesidad de asistencia sanitaria. Ahora bien, cuando hubiera sido prescrito un tratamiento y fuera rechazado o ignorado por la trabajadora cabría plantear si tal actitud merecería llevar aparejada su pérdida, debiendo optar por una respuesta negativa en atención al fundamento de la prestación, a situar simplemente en la suspensión del contrato de trabajo<sup>58</sup>.

6) Conforme al art. 38 LGSS, la "asistencia sanitaria en los casos de enfermedad" forma parte de la acción protectora, alcanzando al embarazo, el parto y el puerperio. La condición de beneficiario por derecho propio exige la concurrencia de los requisitos de afiliación y alta, así como la cotización empresarial en tiempo y forma; no obstante, y pese al eventual incumplimiento de aquél, la trabajadora habrá de recibir la atención, quedando el deudor obligado a reembolsar los gastos ocasionados y las cuotas no satisfechas, así como a afrontar las sanciones pertinentes.

En virtud del principio de universalización de la Seguridad Social, proyectado sobre todo en materia sanitaria, quedan igualmente protegidos las pensionistas del Régimen General y las perceptoras de prestaciones periódicas de este Régimen (sin olvidar cómo quienes ven extinguida la relación y no pueden acceder a prestación alguna tampoco quedan totalmente despojados de cualquier derecho, en tanto se contemplan ciertos plazos específicos); los familiares a cargo de los titulares con derecho a tal asistencia por enfermedad común o accidente no laboral y las esposas de los titulares, siempre y cuando acrediten convivencia con aquéllos, no desarrollen tarea remunerada alguna, no perciban renta patrimonial o pensión superior al doble del s.m.i. y no ostenten derecho a la asistencia sanitaria por otra vía; las personas sin recursos económicos suficientes (es decir, con rentas iguales o inferiores, en cómputo anual, al salario mínimo interprofesional, o superiores si el cociente entre rentas anuales y número de menores o incapacitados a su cargo resultare inferior al doble del mismo); en fin, otros colectivos, como quienes han sido despedidos mientras pende la sentencia sobre despido, los emigrantes con convenio especial con la Seguridad Social o los familiares de los españoles muertos como consecuencia u ocasión de la guerra civil.

La prestación comprende, como actuaciones médicas de base, tanto los reconocimientos durante la gestación (y la asistencia facultativa en sus eventuales incidencias

---

<sup>58</sup> GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad...*, cit., pág. 178.

patológicas) como la asistencia sanitaria al parto y durante el puerperio y, de nuevo, cualquier incidencia patológica en tales fases. A este contenido genérico cabe añadir ciertos elementos de atención a la mujer, entre los cuales cobran especial significación la atención precoz y el seguimiento del embarazo, las técnicas de preparación al parto y la visita durante el primer mes del postparto; también otros tales como la exploración preventiva a mujeres embarazadas y la inclusión de la prestación médica de los supuestos de diagnóstico prenatal en grupos especiales de riesgos como parte de la atención especializada.

7) El contenido de la obligación de cotizar y el mecanismo diseñado al efecto (básicamente en los arts. 68 RD 2064/1995 --con nueva redacción *ex* RD 1251/2001, de 16 de noviembre-- y 6 OTAS 118/2003) presentan, como cuestiones más interesantes, la gratuidad en materia de Seguridad Social de quien haya sido contratado para sustituir a la mujer durante el período de suspensión por maternidad (d.a. 2ª Ley 12/2001) y la siempre polémica sucesión entre desempleo-maternidad y maternidad-desempleo.

El primero de los supuestos (percepción de prestación por desempleo total y pase a situación de maternidad), abordado por el art. 222.3º LGSS, suscitó en su momento el problema relativo a la extensión o no de la obligación de cotizar una vez ocurrido el tránsito. Frente a quienes, aferrándose al tenor de la ley, entendieron que la obligación de cotizar permanecía y seguía recayendo en el INEM, se alza con concluyente autoridad la voz de doctrina legal unificada, la cual, rechazando tal interpretación, y acudiendo a un argumento sistemático, considera infundada tal exigencia, cortando así la carrera de seguro con cargo a fondos públicos de la desempleada-madre<sup>59</sup>. Afortunadamente, la reacción legal no se hizo esperar y el art. 222.3º *in fine* es contundente hoy al mantener la protección bajo forma de cotización a cargo de la entidad gestora de las prestaciones de desempleo.

El segundo (sucesión en el tiempo entre prestación de maternidad durante cuyo devengo se extinguió el contrato y ulterior situación de desempleo --art. 222.2º LGSS--) también suscitó una viva polémica entre, de un lado, quienes entendían necesario seguir cotizando durante el tramo temporal situado entre la extinción del contrato y el nacimiento de las prestaciones de desempleo por agotarse aquélla; y quienes, de otro y *a contrario*, valoraban que al no estar aún la trabajadora en situación de desempleo, no mediaba obligación de cotizar alguna. De nuevo cabe saludar el cambio legal por haber servido para superar las claras situaciones de desigualdad a que daría lugar el peso de la letra de la ley en su anterior versión.

8) Al igual que en los supuestos precedentes, la situación de Seguridad Social del excedente por cuidado de hijos bien pudiera ser calificada de discriminación indirecta, en

tanto, si las estadísticas no fallan, las mujeres aparecen como las principales destinatarias de sus normas, y éstas bien podrían llevar a una situación de desprotección en los derechos pasivos de este colectivo, singularmente en la calificada como "prestación [contributiva] no económica" (arts. 180 LGSS y 15 a 20 RD 356/1991). Por suerte muchos defectos arrastrados a lo largo de una década entera han sido corregidos a través de la disposición adicional 3ª RD 1251/2001; subsisten, no obstante, en materia de desempleo, por continuar en vigor la Ley 4/1995, de 23 de marzo, a la cual remite aquella disposición. El literal de ésta (el período de excedencia "no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo") parece concluyente y ha servido para que algunos autores, acudiendo a la fuerza del tenor --y lamentándolo--, den por cerrado el debate y afirmen por vía tácita la derogación del art. 180. b) LGSS en cuanto hace a las prestaciones de desempleo; otros, más cautos, abrían una puerta a una interpretación extensiva (histórica, teleológica y sistemática) y a la esperanza, considerando (como hacía, por cierto, el Proyecto de Directiva sobre la materia) que la no consideración como período cotizado a efectos de desempleo sólo queda referido a la excedencia que supera el primer año de duración, pero no a ese primero. Los Tribunales tienen la palabra y en este caso parecen extraordinariamente celosos en su interés por tutelar a la mujer<sup>60</sup>.

9) Los arts. 134 y 135 LGSS (desarrollados por RD1251/2001, de 6 de noviembre) regulan la protección en el supuesto de riesgo durante el embarazo. Tras establecer que los términos y condiciones para lucrar la prestación económica correspondiente serán equivalentes a los fijados para la incapacidad temporal derivada de enfermedad común (una vez más se asemejan dos situaciones sin comparación posible, en tanto la mujer cuyo embarazo es incompatible con el trabajo debido a los riesgos laborales de éste derivados no sufre, en realidad, patología alguna), los preceptos recogen ciertas particularidades capaces de conformar una contingencia intermedia entre la baja por maternidad y la derivada de IT.

Sin ánimo exhaustivo, parece preciso detenerse, al menos, en sendas consideraciones: en primer lugar, la remisión efectuada a los requisitos previstos para la incapacidad temporal derivada de enfermedad común trae como consecuencia que las trabajadoras de baja o sin cubrir la carencia pertinente quedarán fuera del ámbito de tutela, inconveniente éste solventable si la equiparación se hubiera efectuado con la de carácter profesional; en segundo término, la prestación económica (el 75% de la base reguladora) resulta dudosamente compatible con la pretensión manifestada por el legislador de que la mujer no sufra detrimento económico alguno por su embarazo.

---

<sup>59</sup> STS 18 septiembre 1991 (Ar. 6469).

## **2.2.- Jubilación**

Ninguna norma general de Seguridad Social supone, en principio, un atentado directo a la regla de igualdad por razón de sexo en materia de pensión de jubilación. Las sectoriales heredadas del anterior régimen --mantenidas por muchos convenios-- han llevado, empero --sólo en ocasiones puntuales--, a la necesidad de pronunciarse sobre la posible ventaja injusta de las mujeres en el acceso a esta prestación; pero, sobre todo, serán una serie de condiciones y prácticas en la relación laboral de este colectivo las capaces de incidir de forma indirecta en su derecho. Baste con imaginar la dificultad práctica a la cual han de hacer frente muchas madres para cubrir los largos períodos de carencia exigidos, no en vano las suspensiones de trabajo que excedan de la maternidad y de la excedencia para cuidado de hijo no quedan a estos efectos cubiertas por la asimilación al alta; desventajosa situación que aboca el discurso a la noción de acción positiva, conforme hace el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre pensiones de jubilación anticipada más favorables para las trabajadoras y concluir cómo, "lejos de crear discriminación alguna, se limita[n] a otorgar determinadas ventajas a un colectivo que, en un análisis de sus situación global y laboral, está claramente discriminado"<sup>61</sup>.

El estudio de la incidencia del principio de igualdad en la protección de la vejez prescinde en estas páginas de cualquier ánimo exhaustivo, pudiendo ceñir su remisión a dos resoluciones paradigmáticas: las diferencias de edad para la jubilación en el histórico convenio de Iberia<sup>62</sup> y las excedentes por matrimonio de Telefónica<sup>63</sup>.

## **2.3.- Incapacidad**

Volviendo a observar la posición de la mujer en la sociedad, cabrá apreciar cómo, por ejemplo, el art. 145.6 LGSS y el RD 357/1991, de 15 de marzo, condicionan el complemento para la pensión de invalidez no contributiva a que la unidad económica dentro de la cual vive el solicitante no alcance el nivel de recursos personales fijado por el legislador. Como es lógico, tal limitación no juega cuando de la pensión contributiva de gran invalidez se trate y, en consecuencia, "en la mayoría de las ocasiones en las cuales el beneficiario conviva dentro de una unidad económica como la descrita..., irá destinada a pagar a un familiar con independencia de los ingresos que aquél tenga... Puede existir discriminación indirecta en aquel

---

<sup>60</sup> Baste remitir a la STSJ Madrid 5 noviembre 1996 (*AL*, núm. 14, 1997).

<sup>61</sup> STCo 19/1989, de 31 de enero.

<sup>62</sup> STCo 207/1987, de 22 de diciembre.

<sup>63</sup> STCo 185/1996, de 25 de noviembre.

caso, pues cuando el beneficiario sea un hombre, lo más probable es que su mujer --no trabajadora-- (o hija no trabajadora) le atienda, lo cual rara vez sucederá en caso contrario, cuando se trate de mujer, habida cuenta lo habitual en tales casos es que el cónyuge trabaje, y sus ingresos determinen la posible pérdida de esa prestación. Tendríamos, y procedería comprobarlo objetivamente en la aplicación de la ley, cómo rara vez la mujer casada gozaría de esta prestación"<sup>64</sup>.

#### ***2.4.- Lesiones, mutilaciones y deformidades no invalidantes***

Una vez modificadas algunas de las indemnizaciones otorgadas en atención a estos daños, a fin de suprimir la distinción injustificada entre hombre y mujer en cuanto a determinadas deformaciones (las referidas a nariz y rostro), fijando la cuantía para el futuro (a partir de la fecha de efectos de la norma reformadora, 7 de junio de 1988) en la antes más alta prevista para las trabajadoras, pendiente quedó la deliberación sobre si tal adecuación ha sido o no completa y suficiente. Conforme postula parte de la doctrina, la desigualdad injustificada sigue presente, en tanto vienen valoradas de manera distinta la pérdidas del aparato genital masculino y femenino, pese a responder a igual función<sup>65</sup>.

#### ***2.5.- Asistencia sanitaria y recuperadora***

Pese a tratarse de una cuestión que no debería ofrecer mayores dificultades desde la perspectiva del principio de igualdad, procede hacer referencia a una doble situación: en primer lugar, el art. 100.1 c) LGSS 1974 preveía el mantenimiento en la condición de "beneficiarias" de "las esposas" en el supuesto de separación de hecho; en consecuencia, varón y mujer quedaban equiparados en derechos en caso de separación judicial, pero subsistía una situación discriminatoria para los "esposos" en la separación "de hecho". No obstante, conviene recordar cómo la Ley 26/1990 procedió a alterar la regulación contenida en el antiguo art. 100.1 LGSS para pasar a reconocer, por igual, que el derecho a la asistencia sanitaria corresponde a los esposos de trabajadores o de mujeres pensionistas y a las esposas de causantes varones.

En segundo término, aún cuando el art. 155.1 LGSS establezca, respecto a las prestaciones de recuperación, que para fijar el plan o programa individual debe tomarse en

---

<sup>64</sup> LANDA ZAPIRAIN, J.P.: "Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad...", cit., pág. 166.

<sup>65</sup> PEREZ DEL RIO, T.: "El principio de igualdad en la Seguridad Social: no discriminación por razón de sexo", *RT*, núm. 71, 1983, pág. 51.

consideración --entre otros factores-- el sexo, tal referencia no atenta en sí misma contra la regla de igualdad, pues únicamente obliga a ponderar aquella condición como un elemento más a sopesar en el momento de fijar su contenido, pero sin influencia en cuanto hace al derecho a la recuperación, extendido a ambos sexos<sup>66</sup>.

## ***2.6.- Desempleo***

Las discriminaciones más significativas en esta materia, como en las anteriores, provienen más de los hechos que de las normas: mayor incidencia del paro en el colectivo femenino, menor posibilidad de acceder a la prestación contributiva debido a la superior incidencia de la temporalidad y la parcialidad... No obstante, conviene no olvidar determinados datos vinculados al Derecho, en tanto para poder acceder al subsidio por desempleo se exige tomar en consideración la existencia de determinadas responsabilidades familiares, entendiendo por tales el tener a cargo al cónyuge; en consecuencia, cuando la potencial beneficiaria fuera la mujer, difícilmente concurriría tal circunstancia, habida cuenta el sujeto en quien inspira esta regulación asistencial es, precisamente, un varón cabeza de familia, sobre todo con más de cuarenta y cinco años.

## ***2.7.- Prestaciones de muerte y supervivencia***

La situación de necesidad creada por la muerte, lejos de ser atendida como conviene por la Seguridad Social, presenta diversas fallas: en primer lugar, la cuantía manifiestamente insuficiente de las prestaciones (ridículas la de auxilio por defunción y la indemnización por fallecimiento; extremadamente cicateras las de viudedad y orfandad); en segundo término, la anacrónica visión de la familia, con total olvido a las monoparentales o a las uniones de hecho; en fin, la corrección sólo parcial de elementos de discriminación, bajo el intento de igualar al varón discriminado, han podido desequilibrar la posición jurídica de la mujer, al eliminar medidas de acción positiva previstas a su favor y crear nuevos focos de potencial discriminación indirecta. Tales afirmaciones podrán ser constatadas al ir analizando cada una de las prestaciones previstas para el supuesto de muerte.

1) En cuanto hace al auxilio por defunción, los problemas de interpretación surgían a partir de la presunción legislativa de que los gastos generados han corrido a cargo, por este orden, de la viuda, de los hijos o de los parientes del difunto que convivan con él. La

---

<sup>66</sup> AZNAR LOPEZ, M.: "La interdicción de la discriminación por razón de sexo y el sistema de Seguridad Social", *DA*, núm. 204, 1985, págs. 147-148.



Ley 26/1990 procede a modificar el término viuda por el de cónyuge, permitiendo salvar así una aparente discriminación del varón, pero olvidando otras realidades como las parejas de hecho.

Por su parte, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional han sido foco de especial atención doctrinal en tanto, una vez realizada la oportuna rectificación del término viuda (sustituido por el de cónyuge), también cabe dar cuenta de una corriente doctrinal postulando su ampliación a las uniones *more uxorio*, en decisión beneficiosa sobre todo para las mujeres<sup>67</sup>. Haciéndose eco de tal postulado, el Anteproyecto de Ley en virtud del cual se reconocen determinados efectos jurídicos a tales uniones pretendió incluir entre los beneficiarios a la "persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual"; sin embargo, el tenor del art. 177 LGSS continúa siendo concluyente, al exigir un vínculo precisamente matrimonial.

2) La figura de la pensión de viudedad quedó normativamente encaminada, en un principio, a proteger a la esposa-viuda, considerando cómo en la mayor parte de los casos era aquella una mujer económicamente dependiente de su marido y de quien en muy raras ocasiones cabría esperar un posible esfuerzo productivo a la muerte de su cónyuge para poder sostenerse; bajo tal perspectiva tampoco sorprende la cristalización de tales ideas en desigualdades jurídicas flagrantes. Huelga insistir en el anacronismo latente en el planteamiento anterior, habida cuenta el profundo cambio operado tanto en la situación socioeconómica general como en la normativa civil y social: la paridad de la mujer dentro del matrimonio queda garantizada, el trabajo de la casada asume idénticas condiciones al del marido y el salario de ambos subviene al objetivo compartido de satisfacer las necesidades comunes de los miembros de la familia. En tal contexto, causa perplejidad la pasividad del legislador en materia de Seguridad Social, en particular en cuanto hace a la pensión de viudedad; no tanto el hecho de que fuera el Tribunal Constitucional quien procediera a reformar lo calificado como una situación discriminatoria sufrida por el varón-viudo<sup>68</sup>: mientras la situación de dependencia de la mujer se presumía, accediendo a la prestación de viudedad sin más exigencia, aquél sólo alcanzaría la pensión de estar afectado por incapacidad permanente absoluta.

---

<sup>67</sup> GARCIA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, M<sup>a</sup>.P.: *Las prestaciones de supervivencia en el sistema de la Seguridad Social*, Barcelona (Cedecs), 1996, p. 200.

<sup>68</sup> El "varón discriminado", como lo denomina ALONSO OLEA, M., en su comentario a la STCo 81/1982, de 21 de diciembre, y continúa haciéndolo en los realizados a las SSTCo 103 y 104/1983, de 22 y 23 de noviembre; 42/1984, de 24 de marzo; 235/1988, de 5 de diciembre; 144 y 176/1989, de 18 de septiembre y 30 de octubre; 142 y 158/1990, de 20 de septiembre y 18 de octubre; 58/1991, de 14 de marzo, y 109/1992, de 25 de junio; ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Madrid (Civitas), Ts. I, II, III, VI, VII, VIII y IX.

Si la pensión aparece orientada a situaciones de necesidad, y dado que éstas pueden afectar tanto al varón como a la mujer, no es cabe encontrar motivos para sostener un tratamiento diferente de los viudos en relación con las viudas, "exigiéndose los mismos requisitos tanto a aquéllos como a éstas"<sup>69</sup>. Partiendo de esta premisa, el Constitucional considera que la norma presenta una situación de igualdad de partida (fallecimiento de un trabajador afiliado y el derecho de su cónyuge a la pensión) y, por consiguiente, la exigencia de requisitos adicionales a los varones en tal estado civil constituye una discriminación por razón sexual<sup>70</sup>. Rechaza así la justificación histórica de la pensión, y lo hace tanto porque la opción tradicional trae aparejada la discriminación de los individuos del género masculino como por considerarla contraria a la evolución sociológica de los últimos tiempos.

La decisión final del Constitucional choca, empero, con los argumentos de quienes consideran la alternativa contraria, a saber, exigir a las viudas iguales requisitos que a los varones supervivientes. Cuando el Tribunal prefirió ignorar el dato de la situación de necesidad (con el consiguiente privilegio de esta pensión respecto a otras, tanto desde el punto de vista del acceso como del régimen de compatibilidades), creó un régimen de pensionabilidad por muerte prácticamente absoluto, lo cual, sin duda (y como en su momento hicieron constar los votos particulares), no constituye tarea propia de un legislador negativo. Desde este punto de vista, debió limitarse a declarar la derogación *ex CE* del precepto en el cual quedaba consagrada la discriminación, sin sucumbir a la tentación de introducir una alteración del Derecho de la Seguridad Social.

A la crítica precedente procede añadir otras vertidas en su momento, y también con una indiscutible trascendencia jurídica: en primer lugar, el precepto derogado respondía a una realidad social de desigualdad por razón de sexo y aspiraba a corregir tal estado de hecho, convirtiéndose así en medida de acción positiva; en segundo término, el reconocimiento de un derecho absoluto a los viudos trae aparejadas consecuencias financieras cuyo resultado vendrá dado, bien por una nueva desdeñable carga para el sistema, bien por una minoración general de la cuantía de las pensiones.

Una reflexión se hace de todo punto necesaria: "el impulso reformador del Tribunal Constitucional se caracteriza por una irrefrenable obsesión principalista, con desprecio de la enseñanzas de la experiencia ajena... Todas las sociedades europeas desarrolladas repudian la tradicional discriminación social y familiar de la mujer...; [a todas] les obliga, en los mismos términos que a España, la Directiva CE 79/7. Y sin embargo, en casi todos ellos se mantienen aún diferencias en el acceso de los sexos a la pensión de viudedad. En el panorama

---

<sup>69</sup> STCT de 24 de febrero de 1984 (Ar. 1712).

europeo se juzga, empero, que el trato igual a los socialmente desiguales es un modo encubierto de discriminación"<sup>71</sup>; tal cuanto sucede con viudas y viudos<sup>72</sup>.

La dificultad apuntada no es, empero, la única generada en el régimen de la pensión analizada. Brevemente cabe hacer mención a la surgida a partir de la exigencia de vínculo matrimonial, con las consecuencias acarreadas tanto en el supuesto de convivencia de hecho como en el de separación o divorcio:

En primer lugar, aun cuando --desde la Ley 30/1981-- el requisito de matrimonio "actual" hasta entonces firmemente exigido se relativiza, y resulta suficiente su existencia en cualquier momento anterior al fallecimiento (modificación incorporada formalmente al art. 174 LGSS en 1994), admitiendo el acceso a la pensión en el caso de separación o divorcio, en verdad la Administración y los Tribunales han debido proceder a una constante labor de esclarecimiento sobre el alcance último de la reforma para, por ejemplo, reconocer su aplicación a los fallecimientos previos a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, a la pensión de viudedad del SOVI y a los supuestos de matrimonio declarado nulo. La prestación queda convertida así, con todas sus virtudes y defectos, en la forma de compensar un estado civil "antes que en un remedio para una situación de necesidad real"<sup>73</sup>, pues difícilmente cabría situar su finalidad en la necesidad surgida de la previa dependencia del supérstite respecto al fallecido.

En segundo término, la constatada flexibilidad respecto al requisito de convivencia no ha trascendido a la exigencia de vínculo matrimonial, impidiendo acceder a la prestación a quienes no estuvieran unidos legalmente con el causante, aun cuando mediara una unión de hecho consolidada por la convivencia y también concurriera una situación de necesidad provocada por el fallecimiento de un miembro de la pareja. El argumento legal apenas encuentra fisuras: en la CE el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes, habida cuenta el primero --y no la segunda-- es una institución social garantizada por la Norma Fundamental, cuya ordenación jurídica corresponde a la Ley, la cual

---

<sup>70</sup> STCo 103/1983, de 22 de noviembre, luego reiterada por STCo 253/1988, de 20 de diciembre.

<sup>71</sup> GONZALO GONZALEZ, B.: "La Seguridad Social de las mujeres en España...", cit., pág. 39.

<sup>72</sup> "La equiparación entre viudas y viudos que hizo la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 1983, sin duda obedecía a una buena intención de servir al principio de igualdad y no discriminación de sexos, pero... el buen sentido se quedó en los votos particulares contrarios a esta equiparación forzada que trataba de igualar lo que es desigual, forzando lo que era una discriminación legal, en el buen sentido, que trataba de buscar la igualación real suplementando a la parte menos favorecida", GOMEZ DE ARANDA Y SERRANO, L.: "Prólogo", en MARTINEZ CALCERRADA, L.; GOMEZ DE ARANDA, L. y ZORRILLA RUIZ, M.M<sup>a</sup>.: *Nueva pensión de viudedad (Doctrina general. Comentarios a la Ley 7 de julio de 1981. Jurisprudencia)*, Madrid (Colex), 1986, pág. 6.

<sup>73</sup> GONZALO GONZALEZ, B.: "El principio constitucional de indiscriminación de los sexos en los planes de reforma de la Seguridad Social; su aplicación a las pensiones de viudedad", *AL*, núm. 54, 1985, pág. 2710.

le reconoce la virtualidad de generar *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y obligaciones que no se produce de modo jurídicamente necesario entre quienes mantienen otra forma de convivencia estable; "tales diferencias... pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia"<sup>74</sup>. Frente a tal tesis se elevan dos votos particulares, cuyo razonamiento cabría sintetizar en las dos ideas siguientes: de un lado, y constitucionalmente, "tan familiar es la unión de dos cónyuges que en su día suscribieron el correspondiente convenio de matrimonio como la unión efectiva y estable de una pareja"; de otro, no cabe "duda alguna sobre cómo dicho daño lo sufre por igual tanto la viuda de una familia matrimonial como la de una natural". Para tratar de encontrar un equilibrio dialéctico entre la tesis mayoritaria y los votos particulares, la doctrina se atreve a proponer un tercer voto particular conforme al cual hubiera sido necesario reconocer que la resolución adoptada era la única posible, pues la familia del art. 39.1 CE no puede ser otra distinta a la prevista en el art. 31.2 CE, pero también parece conveniente admitir al mismo nivel que el matrimonial la existencia de otras familias distintas, para lo cual sería precisa la reforma radical del legislador ordinario, pero también la actuación del constituyente. A mayor abundamiento, otros argumentos permiten confirmar la afirmado:

En primer lugar, la unión fáctica como manifestación del libre desarrollo de la personalidad no puede olvidar que éste es un valor constitucional inseparable del alcance adquirido en un contexto político y de paz social normativamente consolidado.

En segundo término, las libertades religiosa, ideológica y de culto "nada tienen que ver con la percepción de una pensión de viudedad"; "el contenido del derecho a no contraer matrimonio no incluye el [de] un sistema estatal de previsión social destinado a cubrir el riesgo de fallecimiento de una de las partes integrantes de [estas] uniones"<sup>75</sup>.

En tercer lugar, no media quiebra alguna al principio de igualdad, pues quienes deciden unirse a través de lazos fácticos lo hacen voluntariamente, lo cual permite al legislador ponderar que la unión libre sencillamente no es matrimonio y, en consecuencia, constituye una situación absolutamente distinta y no equivalente, abierta a consecuencias jurídicas diferenciadas. El problema viene dado por cuantos quieren y jurídicamente no pueden contraer matrimonio, como ocurre con los homosexuales, frente a los cuales la respuesta no difiere: tal situación *de facto* no es querida *de iure*; resulta distinta, por tanto, y ha de ser tratada de modo diferente.

---

<sup>74</sup> STCo 184/1990, de 15 de noviembre.

<sup>75</sup> STCo 29/1991, de 14 de febrero.

En fin, "la protección social, económica y jurídica de la familia" alcanza especial sentido al acompañarla el adjetivo "jurídica", el cual no debería ser considerado sobrante y habría de ser puesto siempre en conexión con el art. 32 CE para diferenciar entre las modalidades de "familia". Así lo hace el Constitucional: "el grado de protección de las diversas familias puede ser distinto... La existencia o no de matrimonio, al sostener a la pareja conviviente a estatutos dispares, puede justificar que las prestaciones, las ayudas y los estímulos sean diversos, siempre en ventaja de la relación conyugal que es un valor positivo, mientras la no conyugal es un valor neutro, una manifestación indiferente de la autonomía de la pareja que decide cohabitar"<sup>76</sup>.

Los argumentos precedentes no obstan para la existencia de algunos de signo contrario (con el aval de la relevancia dada a la convivencia *more uxorio* en otros sectores del ordenamiento, pero también con la contradicción derivada de su irrelevancia en otros), destinados a denunciar abiertamente la injusta desprotección de las parejas de hecho y a reclamar una interpretación del concepto "cónyuge" capaz de abarcar también al superviviente de una unión puramente fáctica; se afirma, incluso, la posibilidad de contemplar un "matrimonio de hecho", para así poder defender convenientemente una equiparación en sí misma deseable a fin de evitar situaciones absurdas y de claro agravio comparativo a situar, por ejemplo, entre viudas legales de acreditan una poco significativa convivencia con el cónyuge fallecido en relación con quien convivió de hecho durante un período notoriamente más importante<sup>77</sup>. En cualquier caso, la doctrina legal acaba negando cualquier aplicación analógica de lo previsto respecto a las pensiones de viudedad a quienes no hubieran contraído matrimonio, admitiendo una única excepción --legal-- a favor de "quienes [queriendo] no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha [a saber, casados sin posibilidad de divorciarse para contraer nuevas nupcias por no permitirlo la normativa previa<sup>78</sup>], pero hubieran vivido como tal" (Ley 30/1981).

3) Legalmente subsanada la cuestión de los "descendientes naturales no reconocidos del causante" (por regla general varón y, a resultas de ello, clara discriminación indirecta de la madre de un hijo natural no reconocido por el causante de la pensión), cuya equiparación plena a los "descendientes legítimos" y a los "descendientes legítimos o naturales" sólo tiene lugar, no obstante, a través de la Ley 11/1981; es menester dejar breve constancia de cómo el establecimiento de una edad máxima para poder acceder a la pensión de orfandad ha dado lugar a interesantes problemas directamente relacionados con la discriminación sexual, sea por el establecimiento de edades diversas en atención al género para

---

<sup>76</sup> STCo 190/1990, de 19 de noviembre.

<sup>77</sup> Así sucedió en el caso resuelto por STSJ Andalucía/Sevilla de 27 de febrero de 1995 (Ar. 126).

lucrar el derecho<sup>79</sup>, sea por la disparidad de régimen jurídico en función del sexo del beneficiario<sup>80</sup>.

4) En cuanto hace a las prestaciones a favor de familiares, tanto la pensión como el subsidio temporal ofrecen muestras, históricas y actuales (sólo en la norma, no en la aplicación jurisprudencial) de discriminación.

En primer lugar, la pensión ofrece una diferente regulación para las madres, de un lado, y para los padres y abuelos, de otro. El Tribunal Supremo, cuando aborda esta diferencia la justifica ubicando "su explicación lógica en las circunstancias socioeconómicas del momento en que se publicó la norma", pues en aquél "no se había producido todavía la incorporación de la mujer al ámbito laboral en los términos actuales y la mayor parte de ellas vivían a expensas de los ingresos aportados por el marido a la sociedad conyugal"<sup>81</sup>. De este modo, y hasta tanto el legislador reaccione, persiste un distinto tratamiento por razón de sexo absolutamente injustificable: mientras el estado civil constituye condición de acceso a la prestación de la mujer, la imposibilidad para el trabajo por edad o por incapacidad lo es para el hombre.

Por su parte, para ser beneficiarios, los nietos y hermanos han de cubrir un requisito de edad o de incapacidad y ser huérfanos totales. Queda solventado, así, cualquier tipo de duda derivada de la redacción original, conforme a la cual se concedía sólo a los huérfanos de padre, sin mencionar a los de madre cuyo padre careciera de medio de vida; paradójicamente, el cambio normativo resuelve el problema, pero en sentido diferente a los Tribunales, los cuales, estando incapacitado el padre o careciendo de trabajo, apreciaban analogía con la orfandad y concedían la pensión.

---

<sup>78</sup> Unicos beneficiados por la excepción, STCo 184/1990, de 15 de noviembre.

<sup>79</sup> Ante el privilegio que el Reglamento de la Sociedad de Servicios Mutuos de Empleados Municipales de Pamplona de 1943 concedía a huérfanas en este sentido, el colectivo desfavorecido pretendió una equiparación a la baja; la solución fue compartida por el Tribunal Supremo [SSTS, sala 3ª, de 24 de marzo de 1988 (Ar. 2433) y de 14 de octubre de 1991 (Ar. 7869)], pero no por el Constitucional, al rechazar que a aquéllas les pueda ser negado un derecho que la norma les concedería si no fuera discriminatoria, STCo 68/1991, de 8 de abril.

<sup>80</sup> Así, por ejemplo, el Régimen de Funcionarios Civiles del Estado, con anterioridad a la Ley 30/1984, contemplaba una regulación diferente en función del sexo del huérfano: la mujer conservaba la pensión toda la vida con el solo hecho de no contraer matrimonio, pero el varón --excepto si incapacitado-- la perdía al cumplir los 23 años.

<sup>81</sup> STS de 24 de febrero de 1995 (Ar. 2557).

En fin, el Tribunal Constitucional ha debido emitir su parecer sobre la disparidad de trato derivada de las diferentes versiones del art. 176.2 --LSS y LGSS--, para declarar inconstitucional la primera, "en cuanto excluye a hijos y hermanos"<sup>82</sup>.

En segundo término, respecto al subsidio temporal, conviene significar cómo antes de alcanzar su actual tenor legal debió pasar por varias depuraciones previas relacionadas de forma significativa con el principio de igualdad por razón de sexo y entre individuos del mismo género. Así, en su redacción original sólo aparecían como beneficiarias "las hijas y hermanas mayores de dieciocho años que sean solteras o viudas"; más tarde, la protección fue ampliada a las separadas y divorciadas; finalmente, el beneficio se extiende a todos los hijos y hermanos mayores de 21 años.

## ***2.8.- Protección familiar***

La reordenación del sistema de Seguridad Social operado por la LSS y la LGSS 1974 sirvió para modificar el cuadro de prestaciones de la denominada protección a la familia, pero no alteró, empero, su papel histórico, desincentivando el trabajo de la mujer fuera del hogar y arrinconando las expectativas de desarrollo personal que, a través del trabajo, aquélla pudiera obtener. Así ocurría de forma significativa con la asignación de "cónyuge a cargo" --también con la obsoleta de "nupcialidad"--, otorgada "con la sola condición de que la esposa no trabaje, aunque sea capaz, con independencia de que el matrimonio tenga o no hijos menores a cargo"<sup>83</sup> y sin ponderar si aquélla tenía bienes o ingresos de otro tipo diferentes a los obtenidos del trabajo.

A la luz de tales postulados, no puede extrañar la desaparición de los premios de natalidad y de promoción familiar, así como el de nupcialidad; subsiste, sin embargo, bajo nueva forma y con nuevo contenido, la ayuda por cónyuge a cargo (complemento de pensiones mínimas por tal razón) y por hijo a cargo, y sobre ellos se proyecta una potencial --real-- discriminación por razón de sexo a la que es necesario hacer mención. En efecto, la Orden de 28 de diciembre de 1966 contenía una diferencia de trato tan palmaria (consideraba beneficiario de la asignación por cónyuge a cargo al padre, salvo cuando los esposos opten por la madre, "en virtud de razones fundadas, como trabajo eventual del marido u otras de análogos efectos") que su desaparición sólo era cuestión de tiempo, como también lo era especialmente la derogación de la derivada del antiguo art. 168.2 LGSS, conforme al cual mientras a las viudas se les otorgaba el derecho por el solo hecho de serlo, a los viudos les era

---

<sup>82</sup> STCo 3/1993, de 14 de enero.

exigido acreditar ciertos requisitos. Sin embargo, la Ley 26/1985, de 31 de julio, suprimió un supuesto discriminatorio creando otro, al prever la percepción de las asignaciones mensuales por esposa reconocidas a los pensionistas hasta el 31 de diciembre de 1985, así como la incorporación de la cuantía de tal asignación a la pensión a partir de tal fecha.

Por lo demás, se comparte plenamente la opinión de quienes valoran que estos complementos de pensiones mínimas por cónyuge a cargo fijados anualmente en la Ley de Presupuestos pueden ser considerados como una rehabilitación parcial de aquella desigualdad-discriminación indirecta a evitar, aun cuando cuenten con el respaldo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual deja a un lado el indicado riesgo sobre el argumento de tratar de garantizar una base mínima de subsistencia para un conjunto o sociedad de personas.

En fin, en el afán por conservar alguna de estas prestaciones, a partir de la Ley 26/1985 sólo subsiste aquella por hijo a cargo, pero fue preciso esperar a su desarrollo para erradicar las discriminaciones contenidas en la OM de 28 de diciembre de 1966, merced a la cual la asignación se abonaba al padre "salvo que los esposos opten porque lo sea la mujer por razones fundadas". La situación alcanza normalidad desde el punto de vista de la igualdad en D Ley 1/2000 y RD 1368/2000, mejorándose sustancialmente su régimen cuando alguno de los hijos sea minusválido en la disposición adicional 2ª Ley 52/2002 y en la disposición adicional 6ª y anexo II RD 1425/2002.

### **3.- DOS REGIMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL SINGULARMENTE AFECTADOS POR LA DISCRIMINACION**

Las situaciones discriminatorias descubiertas en el Régimen General de la Seguridad Social no sólo se reproducen en los Especiales, sino que cobran nuevas formas peligrosamente más graves. Basten como muestra dos botones.

#### ***3.1.- Régimen Especial Agrario***

La regulación del Régimen Especial Agrario contempla algún ejemplo paradigmático de cómo una norma de protección social enmascara una discriminación indirecta que enlaza con el papel tradicional de la mujer como esposa relegada a tareas del hogar y subordinada a su marido. En este sentido, merece una mención específica el art. 2.2 Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, cuando, tras referir su aplicación a quienes "en forma habitual

---

<sup>83</sup> Libro Rojo de la Seguridad Social: "Alternativas para la racionalización y mejora de la Seguridad Social", /ESS, 9 de septiembre de 1981, pág. 392.



y como medio fundamental de vida realizan labores agrarias", añade: "se entenderá que concurren los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida... cuando el trabajador dedique su actividad predominante [a tales tareas y de ellas] obtenga los principales ingresos para atender a sus propias necesidades y las de los familiares a su cargo, aun cuando con carácter ocasional realice otros trabajos no específicamente agrícolas"; concluye, en fin, cómo, por cuanto a los trabajadores por cuenta propia se refiere, "se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos ingresos no constituyen su principal medio de vida cuando el trabajador, su cónyuge o los parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que con él convivan sean titulares de un negocio mercantil o industrial".

Con tales premisas legales de partida, y para el concreto supuesto de un trabajador agrícola por cuenta propia integrado en una unidad familiar, conviene resaltar la inconveniencia de la norma y una probable discriminación indirecta de poder probar (y se puede<sup>84</sup>) que a tal previsión sigue un efecto expulsión superior en las mujeres respecto a los hombres en cuanto del ámbito subjetivo de aplicación del Régimen Especial, pues la discriminación late de no entender los ingresos de uno y otro cónyuge como una aportación al sostenimiento de la familia. En efecto, los resultados de una previsión trasladando de lo individual a lo familiar el módulo de referencia relativo a la exigencia de los ingresos derivados de tareas agrarias no son satisfactorios a la luz del art. 14 CE y, en consecuencia, los parámetros legales deberán ser leídos bajo nuevos términos: de un lado, "la exigencia de ser las labores agrarias el medio fundamental de vida ha de entenderse cumplida cuando de ellas obtenga ingresos que, de no estar el trabajador integrado en una familia, serían suficientes para atender a sus propias necesidades"; de otro, "la circunstancia de que [alguno de los familiares citados] sean titulares de un negocio mercantil o industrial no puede operar como presunción de ausencia de fundamentalidad de las labores agrícolas"<sup>85</sup>.

Otro foco de discriminación, en este caso de sentido contrario, se aprecia en el art. 5.3 del Decreto, cuando, primero, exige al autónomo la realización de la actividad en forma personal y directa, sin servirse de trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo o de eventuales cuyos jornales totales superen anualmente la cuantía prevista para un indefinido; más tarde, sin embargo, excluye la operatividad de tales limitaciones, salvo de mediar hijos o parientes varones mayores de dieciocho años conviviendo con la familia, "si el trabajador de la explotación, varón, se encuentra imposibilitado para el trabajo" o cuando "el titular que sea

---

<sup>84</sup> Estadísticas harto elocuentes en LOUSADA AROCHENA, J.F.: "A parcial inconstitucionalidade e inadecuación ó Dereito Comunitario, por constituir unha discriminación sexual indirecta, do artigo 2.2 do Regulamento Xeral do Réxime Especial Agrario da Seguridade Social", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 1, 1995, págs. 99-100.

<sup>85</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La prohibición de la discriminación sexual indirecta y su aplicación al Derecho de la Seguridad Social", *AL*, núm. 9, 1996, pág. 277.

mujer se encuentra en estado de viudedad o imposibilitada para el trabajo". Salta a la vista el privilegio derivado para la viuda, sin justificación alguna, excepto --si se quiere-- el derivado de vincular este trato privilegiado con la necesidad de colaboración de alguien para realizar cuantas tareas exijan esfuerzos físicos notables; discutible argumento para hacer de mejor derecho a la mujer e introducir una discriminación al varón con carácter genérico (y a las mujeres no viudas). Esta desigualdad no sólo atenta contra el art. 14 CE, sino contra la propia regulación del REA, en tanto, como expresamente declara, incluye a todos cuantos realicen labores agrarias "cualquiera que sea su sexo y estado civil". Por otra parte, la excepción dada por la existencia de hijos o parientes varones mayores de edad parece llevar a que, fallecido el padre, los hijos (no las hijas) se apresuren "a ocupar su puesto si quieren salvar el encuadramiento de su madre en el Régimen de la Seguridad Social 'barato'... aun a costa de abandonar sus propias ocupaciones, las cuales no tienen por qué estar relacionadas con la empresa paterna, ni con el hecho agrario siquiera"<sup>86</sup>.

Los apuntes anteriores sirven para reflexionar sobre el déficit de afiliación del colectivo femenino en la agricultura, sancionando así el carácter "dependiente" de cuantos únicamente disfrutan de derechos derivados. En cualquier caso, la situación sería aceptable si el grado de aseguramiento social de la mujer fuera el correspondiente a su implicación en el trabajo agrario; la realidad, empero, es otra muy distinta y la relación afiliación-trabajo dista de ser directa, al influir de forma decidida distintos factores: la edad (el tramo entre 25 y 45 es el más reticente a la afiliación, pues en principio se acepta una dependencia paterna provisional capaz de justificar la decisión de no cotizar, pero en momento la perspectiva de la pensión de jubilación sirve de estímulo a la afiliación), la titularidad de la explotación (la mujer-empresario en el sector es una figura marginal, máxime entre las casadas) y la entidad económica de la explotación (en las de tamaño medio o grande se incrementa la afiliación femenina).

### ***3.2.- Empleadas de hogar***

"La impresentable regulación [ofrecida] a los empleados de hogar, que sin rubor cabría calificar más propiamente como Régimen especial de las empleadas de hogar... no se justifica en última instancia por motivos independientes de la consideración del menor valor atribuido a las mujeres sin cualificación en el mercado laboral... A nivel de Seguridad Social, ese valor menor se traduce en prestaciones garantizadas de valor inferior, justificadas en base al hecho de que será [la] familia patriarcal quien en la realidad cubrirá sus verdaderas

---

<sup>86</sup> CUBAS MORALES, A.: "El campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", *RTSS*, núm. 12, 1993, pág. 39.

necesidades"<sup>87</sup>. Sobre esta consideración general, puede intentarse un análisis somero de algunos de los elementos más significativos de desigualdad; entre otros, los siguientes:

1) En tanto la norma común de Seguridad Social mantiene la negativa a reconocer la condición de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, al cónyuge y "demás parientes del empresario, por consanguinidad y afinidad y, en su caso por adopción hasta el segundo grado inclusive...", cuando convivan en su hogar y estén a su cargo", y el Decreto 2346/1969 excluía expresamente de su ámbito de aplicación "al cónyuge, descendientes y demás parientes del cabeza de familia por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive", sin condicionar dicha exclusión a la residencia en el propio hogar y a la dependencia económica, aparece claro el desajuste entre el art. 7.2 LGSS y la norma destinada a ordenar el Régimen Especial de Empleados de Hogar. El intento de la doctrina legal por encontrar justificación no sólo no lo consiguió, sino que abrió el problema desde la estricta legalidad a la cuestión constitucional.

El intérprete oficial de la Norma Fundamental, al abordar la cuestión en el marco de un asunto diferente, sienta incidentalmente una doctrina perturbadora, pues mantiene la presunción *iuris et de iure* relativa a la exclusión del trabajo familiar hasta el tercer grado<sup>88</sup>. Frente a tal pronunciamiento, "hubiese sido más coherente... el interpretar la norma... de acuerdo y por analogía con la misma del régimen general y admitir la posibilidad de demostrar la existencia de ajenidad en esta relación cuando se den los dos presupuestos exigidos en el régimen común y constituidas en las notas que sirven para diferenciar, de forma general y para todos, el trabajo familiar del trabajo por cuenta ajena: el vivir con independencia y el percibir remuneración"<sup>89</sup>.

La rectificación tiene lugar en sendos pronunciamientos conforme a los cuales<sup>90</sup> el ordenamiento laboral no proporciona al pariente en tercer grado "un tratamiento distinto al dispensado a los empleados domésticos sin vinculación familiar alguna con el titular del hogar familiar... Ni siquiera han de demostrar su condición de asalariados, como es, en cambio, el caso de los parientes hasta el segundo grado del empleador si conviven con el mismo"; por esta razón tampoco lo puede hacer el ordenamiento de la Seguridad Social, como efectivamente no hace el art. 7.2 LGSS. Sobre la consideración precedente, la expulsión de la protección dispensada por la Seguridad Social al pariente de tercer grado del titular del hogar familiar por

---

<sup>87</sup> LANDA ZAPIRAIN, J.P.: "Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad...", cit., pág. 688.

<sup>88</sup> STCo 109/1988, de 8 de junio.

<sup>89</sup> QUESADA SEGURA, R.: *El contrato de servicio doméstico*, Madrid (La Ley), 1991, pág. 225.

<sup>90</sup> SSTCo 79 y 92/1992, de 15 de abril y mayo.

el solo hecho de la relación de parentesco existente entre ambos resulta "pura y simplemente inaceptable desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución". En efecto, "si el ordenamiento jurídico permite que entre el titular del hogar familiar y un pariente de tercer grado del mismo se concierte una relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no [puede impedir] radicalmente, y en todo caso, la afiliación al correspondiente régimen de la Seguridad Social, y con ello provocar una injustificada desprotección por parte del sistema..., sin que ni siquiera se permita al interesado probar su condición de asalariado..., bastando para denegar la afiliación y el alta, o para anular la previa afiliación, la sola constancia de la existencia del vínculo familiar citado".

2) El Decreto 2346/1969 contiene una excepción a la general por parentesco antes aludida, refiriéndola en este caso al familiar femenino de sacerdotes célibes que convivan con ellos y reúnan las demás condiciones exigidas, siempre y cuando no tengan ningún empleado de hogar a su servicio, con el máximo de un familiar por cada sacerdote. El precepto deja al descubierto tres situaciones de discriminación posible:

En primer lugar, la disposición incita a pensar en el sacerdote célibe como único protegido, quedando excluidos los ministros de culto que no reciben tal denominación y no deben guardar celibato. En un contexto de libertad religiosa, la justificación proporcionada por el Tribunal Constitucional es de todo punto insatisfactoria, pues supone una discriminación a los ministros no católicos, sean o no célibes.

En segundo término, tampoco cabe compartir el criterio del Tribunal Central de Trabajo, avalado por el Constitucional, conforme al cual no es posible equiparar el concepto de sacerdote célibe al de religioso célibe, pues la vida monástica y en comunidad "excluye el trabajo doméstico, que como cualquier otro se realiza también en comunidad", razón por la cual, si efectúan este trabajo terceros ajenos a la comunidad (persona jurídica excluida *ex art.* 2.1 del Decreto), la relación sería común. Olvida el Tribunal Constitucional cómo las comunidades religiosas actuales admiten la vida separada ocasional de sus miembros ("inserción seglar") sin renunciar a su condición de religioso/a. En este caso, la discriminación resulta evidente, en tanto las religiosas no pueden acceder a la condición de sacerdotes y, por tanto, mientras éstos pueden mantener personal a su servicio cotizando a la Seguridad Social, aquéllas no.

En fin, cabría aludir a una discriminación directamente sexual cuando se restringe la inclusión a los trabajadores femeninos y no a los masculinos. A este respecto, es menester compartir con la mejor doctrina, cómo "no parece razonable el mantenimiento actual de tal excepción que responde, evidentemente, a una rémora de nuestro pasado histórico y,

además, conlleva una serie de connotaciones inadmisibles en el terreno de cuanto se justifica como trabajos propios por razones de sexo"<sup>91</sup>.

3) La exclusión de las asistentes o externas a tiempo parcial cuando presten servicios domésticos durante menos de setenta y dos horas o doce jornadas por mes, o superando tal límite no lleguen a alcanzar el grado de fijas o interinas, limita el acceso al Régimen Especial a quien no desarrolle esta ocupación de forma habitual y de manera exclusiva. Además, mientras que cuando los servicios sean en exclusiva y de forma permanente el titular del hogar tendrá la obligación de solicitar la afiliación, dar de alta y cotizar por el trabajador, si son de carácter parcial o discontinuo a uno o más titulares, el empleado será responsable de complementar las formalidades propias de su encuadramiento y cotización como si de un autónomo se tratara.

4) Un fundamental foco de discriminaciones hacia el servicio doméstico deriva del alcance objetivo de la protección dispensada, tanto por la no previsión de ciertas contingencias, como por el establecimiento de peculiaridades en las incluidas. Entre las exclusiones, dejando al margen algunas afortunadamente a calificar de históricas, no puede dejar de mencionarse el desempleo, contributivo y asistencial. En cuanto a los singularidades, el último obstáculo a superar viene dado por las dudas constitucionales que, en tanto discriminación sexual indirecta sin justificación razonable aparente, envuelven al art. 30 D. 2346/1969 (la prestación económica por incapacidad temporal se percibe "desde el vigésimo noveno día, contado a partir de la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente"), máxime teniendo en cuenta la onerosidad derivada del deber (excepcionado en algún caso) de asumir el pago total de la cuota durante aquel mes.

\* \* \* \* \*

Terencio sentenció: "son para lo que son; si así no fuera, y alcanzaran cuanto pretenden, ¿qué haríamos con las mujeres?".

---

<sup>91</sup> QUESADA SEGURA, R.: *El contrato de servicio doméstico*, cit., pág. 228.