

EN BUSCA DE LA IGUALDAD MATERIAL DE LAS MUJERES: IGUALDAD FORMAL Y MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón

ABSTRACT

■ *Partiendo de la irrelevancia teórica del sexo del trabajador en orden a la protección del sistema español de Seguridad Social, el trabajo analiza los distintos supuestos en los que todavía existe, sin embargo, una discriminación material, derivada de la existencia de normas que, aunque enunciadas en términos neutros, perjudican en mayor medida a las mujeres, así como las medidas de acción positiva arbitradas jurisprudencial y normativamente para su eliminación.*

Palabras clave: igualdad, no discriminación por razón de sexo, medidas de acción positiva, trabajo a tiempo parcial, empleados de hogar, trabajadoras del campo, explotaciones de titularidad compartida, maternidad, excedencia para el cuidado de hijos y familiares

■ *Teorian, langileen sexuak ez dauka inolako garrantzirik Espainiako gizarte-segurantzako sistema babesteko. Ideia hori abiapuntutzat hartuta, oraindik gertatzen diren diskriminazio materialeko zenbait kasu aztertuko ditugu lan honetan. Diskriminazio horien jatorria termino neutroetan adierazita egon arren emakumeei kalte handiagoa ematen dieten arauetan dago. Bestetik, jurisprudentzian eta araudietan diskriminazio-kasu horiek ezabatzeke hartu diren ekintza positiboko ekintzak aztertuko ditugu.*

Gako-hitzak: berdintasuna, sexuagatiko diskriminaziorik eza, ekintza positiboko neurriak, lanaldi partzialeko lana, etxeke langileak, nekazariak, titulartasun partekatuko ustiategiak, amatasuna, seme-alabak eta senideak zaintzeko lan-utzialdia.

■ *Starting from the theoretical irrelevance of the gender of the worker with regard to protection under the Spanish social security system, this work analyzes the different grounds on which there still nonetheless exists material discrimination deriving from the existence of norms which, although stated in neutral terms, are to a greater extent detrimental to women, in addition to positive measures which have been arbitrated both from a jurisprudential and regulatory standpoint to eliminate them.*

Key words: equality, non-discrimination on grounds of gender, positive measures, part-time work, female field workers, shared ownership concerns, maternity, leave of absence to take care of children and family members.

1. Seguridad Social y derecho de igualdad ante la ley y no discriminación por razón de sexo. Igualdad formal e igualdad material: algunos datos estadísticos. Manifestaciones de «discriminación indirecta» en el ordenamiento español de seguridad social y sus medidas correctoras.

Si atendemos a la regulación positiva en materia de Seguridad Social, son pocos los supuestos en los que el sexo constituye en la actualidad, o ha constituido en el pasado, motivo de diferenciación expresa respecto del acceso a las prestaciones de Seguridad Social y concretamente, que se erija o se haya erigido como requisito de acceso a alguna de ellas. Así, en el pasado sí se exigió como requisito el sexo femenino, entre otros varios, para el acceso a la pensión de viudedad así como para el acceso a las pensiones a favor de otros familiares pero, como es sabido, la intervención del Tribunal Constitucional¹ declarando la inconstitucionalidad de dicho requisito por contrario al principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE supuso su supresión, en lo que respecta a la pensión de viudedad, lo que sin embargo, no aconteció respecto de las pensiones a favor de otros familiares, en los que la exigencia de requisitos adicionales a los varones (ser mayores de 60 años o estar incapacitados para el trabajo) no recibió la misma consideración, exigiéndose todavía en la actualidad respecto de las madres y abuelas para causar derecho a la pensión a favor de otros familiares, que, alternativamente, sean viudas, estén casadas con incapacitado para el trabajo o solteras, mientras que a los padres y abuelos se les exige tener cumplidos los 60 años de edad o estar incapacitados para el trabajo, además de los requisitos de convivencia con el causante, ausencia de derecho a pensión pública y la carencia de medios de subsistencia así como la inexistencia de familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según lo previsto en la legislación civil, exigibles estos últimos exigibles en ambos casos (art. 22 Orden de 13 de febrero de 1967)². Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí consideró discriminatoria la exclusión de los hijos y hermanos varones de los pensionistas de

¹ STC 103/1983, de 22 de noviembre (Pleno), con voto particular en contra. También STC 104/1983, de 22 de noviembre.

² Sobre la misma, y descartando la existencia de discriminación, vid. STS de 24-2-1995 (RJ 1995, 2557).

jubilación e incapacidad permanente por actuar el sexo como un criterio de desigualdad no justificado objetiva y razonablemente en comparación a la protección dispensada a las hijas y hermanas³. También el sexo femenino se exigió en el pasado, aunque no de forma explícita, como requisito para el acceso al subsidio de maternidad (antes de la Ley 42/1992, de 30 de diciembre, integrado como causa determinante de la incapacidad laboral transitoria) en tanto que la única maternidad protegida era la biológica lo que excluía al progenitor varón, incapaz biológicamente para tal función. La extensión de la protección a la maternidad no biológica, incluyendo además el acogimiento, ha acabado anulando completamente esta exigencia en la maternidad no biológica y el acogimiento y, también, aunque sólo parcialmente, en la maternidad biológica, en la que todavía se reserva a favor de la madre el descanso de las seis semanas posteriores al parto —y consiguiente prestación económica a cargo de la Seguridad Social— diferenciación que responde al bien jurídico protegido, cifrado durante este periodo en la recuperación de la salud por la madre, frente al cuidado del hijo que se erige en el fundamento del resto del periodo de descanso por maternidad, el denominado periodo voluntario, en el que ya tiene cabida el padre (más ampliamente, el otro progenitor, cualquiera que sea su sexo) aunque hay que anticipar ya que como derecho derivado y por tanto, no en condiciones de igualdad respecto de la madre. En la paternidad pese a su denominación, no se atiende a razones de sexo pues si bien es cierto que es un derecho irrenunciable para el «otro progenitor», este puede ser tanto de sexo femenino como masculino, y tanto en la maternidad por adopción como en la maternidad biológica aceptada ya la posible inscripción de la filiación en el caso de la «maternidad por subrogación»⁴ y aceptada igualmente la filiación biológica del hijo a favor de la esposa de la madre biológica en el caso de maternidad en aplicación de técnicas de reproducción asistida⁵.

La misma situación señalada respecto de la maternidad biológica se da en la actualidad en las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de las que están excluidos los varones en base a razones puramente biológicas, por su incapacidad de gestar y consiguientemente, de amamantar o lactar.

Es evidente que las razones que justifican una y otra diferenciaciones son muy diferentes. En el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia la exi-

³ STC 3/1993, de 14 de enero (Pleno), con voto particular en contra.

⁴ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 7 de octubre de 2010).

⁵ Artículo 7.3 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

gencia de sexo femenino para ser beneficiario de la pensión de viudedad derivaba de factores sociales: la nula o escasa incorporación de la mujer al mercado de trabajo y su confinamiento a las tareas reproductivas y de atención al hogar y a la familia la convertían en dependiente económicamente de las rentas o ganancias de su marido, cuya pérdida por su fallecimiento venía a cubrir la pensión de viudedad y en su caso, pensión o pensiones de orfandad. Por el contrario, razones biológicas son las que se encontraban y encuentran todavía en la regulación de la prestación de maternidad biológica, dada la imposibilidad biológica del varón para la gestación y lactancia.

Así pues, nuestro ordenamiento de Seguridad social nunca ha contemplado, como así han hecho y todavía hacen algunos países de nuestro entorno, grandes diferenciaciones expresas por razón de sexo —por ejemplo, estableciendo diferentes edades mínimas para la jubilación⁶ posiblemente por la prácticamente nula tasa de actividad femenina en los momentos en los que se estaba construyendo el sistema de seguros sociales y posterior Sistema de Seguridad Social—. Esta regulación normativa de corte «igualitario», sin embargo, no excluye la existencia —en el pasado y en presente— de una desigualdad material por razón de sexo derivada de razones de distinta índole pero que, en todo caso, conectan con la especial situación de desigualdad de la mujer en el mercado de trabajo, tanto en su acceso como incluso durante la ejecución de la relación laboral, y el hecho de que nuestro sistema de Seguridad Social sea contributivo-profesional y, por tanto, utilice para la articulación de su protección principios claramente dependientes de esta naturaleza contributivo-profesional, como son los principios de contributividad y proporcionalidad, además del presupuesto básico de la realización de actividad profesional como elemento determinante del encuadramiento del sujeto en el ámbito del sistema de Seguridad Social. No es este el momento de abordar las causas que determinan que el acceso de la mujer al mercado de trabajo se realice en peores condiciones que los varones: lo cierto es que los datos estadísticos ponen claramente de manifiesto varios fenómenos que caracterizan el empleo de la mujer:

- a) Están sujetas a una mayor dificultad de acceso al mercado de trabajo y de hecho, su tasa de empleo es bastante inferior en comparación con la de los varones mientras que, por el contrario, su tasa de paro es sustancialmente más elevada aunque curiosamente, la brecha se ha reducido desde el inicio de la crisis económica.

⁶ Entre otros, Bulgaria, Suiza, República Checa (donde la edad de la mujer se reduce en función del número de hijos), Estonia, Grecia (pero sólo los afiliados al sistema antes de 1-1-1993), Italia, Lituania, Malta (sólo personas nacidas antes de 1-1-1952), Austria, Polonia, Rumanía y Reino Unido. Vid. Base de Datos MISSOC (Sistema de Información Mutua sobre Seguridad Social), julio de 2011. Puede consultarse en http://www.missoc.org/MISSOC/INFORMATIONBASE/informationBase_fr.jsp

Así, la tasa de paro (total) de las mujeres fue, durante el tercer trimestre de 2005, de 11,19% frente al 6,49% de los varones mientras que en el mismo periodo del año 2011 la tasa total de paro de las mujeres es del 22,10% frente al 21,04% de los varones⁷. Por lo que se refiere a la tasa de empleo, la diferencia era aún mayor: durante el tercer trimestre del año 2005, la tasa de empleo total de mujeres era del 41,13% frente al 64,56% de los varones aunque la diferencia se ha atenuado en los años de crisis económica y no tanto porque haya aumentado la tasa de empleo total de las mujeres (que prácticamente están en el mismo nivel) sino porque claramente ha disminuido la tasa de empleo de los varones: así, para el tercer trimestre del año 2011 la tasa de empleo femenino se sitúa en el 41,23% frente al 53,41% de la tasa de empleo masculino.

- b) Cuando acceden al mercado de trabajo, sus tasas de temporalidad y de parcialidad son mayores que las de los varones, especialmente la de parcialidad, dado la alta tasa de temporalidad de nuestro mercado de trabajo.

Así, del total de ocupados durante el primer trimestre del año 2008 que ascendía a 20.402.300 (de los cuales, 11.923.900 eran varones y 8.478.400 eran mujeres), 11.430.100 varones lo eran a tiempo completo y sólo 493.800 eran trabajadores a tiempo parcial (es decir, sólo el 4,14% era a tiempo parcial) mientras que para el mismo periodo de tiempo, 6.522.300 mujeres lo eran a tiempo y 1.956.000 a tiempo parcial (es decir, el 23,07 lo eran a tiempo parcial). Estos mismos datos se reproducen para el tercer trimestre del 2011: de un total de 18.156.300 de trabajadores (de los cuales 10.034.000 eran varones y 8.122.200 mujeres), 9.454.400 varones lo son a tiempo completo y 579.600 a tiempo parcial, lo que nos da una tasa de parcialidad en los varones de 5,77% mientras que en el caso de las mujeres, 6.522.300 lo son a tiempo completo y 1.818.900 a tiempo parcial, lo que arroja una tasa de parcialidad femenina de 22,39%. Por lo que respecta a la temporalidad, y con abstracción ahora de la jornada de trabajo, para el primer trimestre de 2008, partiendo de un total de 16.817.400 asalariados de ambos sexos (de los cuales 9.451.500 eran varones y 7.365.900 eran mujeres) 6.737.300 varones tenían contrato indefinido (por tanto, 2.714.200 temporales) frente a 5.009.800 de mujeres con contratos indefinidos y 2.256.100 temporales, lo que nos da unas tasas de temporalidad respectivas de 28,71% y de 30,62%. Estos mismos datos se repiten para el año 2011 (tercer trimestre): sobre un total de 15.179.400 asalariados (8.067.800 varones y 7.111.600 mujeres), 6.045.600 varo-

⁷ Datos extraídos de la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es). Fecha consulta: 1-12-2011. Todos los datos que se recogen a continuación, salvo que se indique lo contrario, están extraídos de la misma fuente.

nes tienen contrato indefinido (es decir, 2.022.200 contratos temporales) mientras que 5.183.400 mujeres tienen contratos indefinidos (1.928.200 contratos temporales), lo que nos da unas tasas de temporalidad masculina y femenina de 25,06% y 27,11% respectivamente.

- c) Interrumpen con mayor frecuencia sus carreras profesionales, normalmente porque abandonan su trabajo por motivos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar, tanto para la crianza y educación de los hijos como para el cuidado de otros familiares dependientes. Los datos disponibles sobre excedencias voluntarias son los siguientes⁸:

	2008			2009			2010		
	Varones	Mujeres	Total	Varones	Mujeres	Total	Varones	Mujeres	Total
Cuidado de hijos	1.471	36.300	37.771	1.393	32.549	33.942	1.573	33.239	34.812
Cuidado de otros familiares	880	4.784	5.664	768	4.534	5.302	927	5.209	6.136

Los datos son bastante significativos: las excedencias para el cuidado de hijos y familiares están especialmente feminizadas. Así, en lo que respecta a las excedencias para el cuidado de hijos, los porcentajes de disfrute por las madres fueron del 96,10% (2008), 95,89% (2009) y del 95,48% (2010). Por lo que respecta a las prestaciones por cuidado de otros familiares, los porcentajes son algo inferiores: 84,46% (2008); 85,51% (2009) y 84,89% (2010).

- d) En determinados sectores, especialmente en el ámbito del trabajo por cuenta propia, aún contribuyendo con su trabajo al sostenimiento de la unidad familiar, no quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del sistema, lo que puede acontecer por varios motivos entre los que los económicos pesan especialmente pero no son los únicos, y que acaban perjudicando la generación de derechos propios en materia de Seguridad social por las mujeres.
- e) A lo anterior hay que añadir otro elemento claro de diferenciación que no es otro que el diferente nivel salarial o la denominada «brecha salarial» entre hombres y mujeres. En tanto nuestro sistema de Seguridad Social es contributivo y toma como base de cotización la remuneración percibida, es lógico que la eventual menor retribución de las trabajadoras se acabe trasladando también a la intensidad de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social.

⁸ Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales Ministerio de Trabajo e Inmigración (2010). Puede descargarse en www.mtin.es

Pero los motivos que acaban determinando una desigualdad material de las mujeres en materia de seguridad social no se acaban con los que están conectados con sus dificultades de acceso al mercado de trabajo y las condiciones en las que acceden. En otros casos, es el propio ordenamiento de seguridad social el que, por razones diversas, acaba consagrando una auténtica discriminación de las mujeres y aunque no sea expresamente el sexo el elemento determinante de ese tratamiento desigual, lo cierto es que la diferenciación normativa peyorativa acaba perjudicando en mayor medida a las mujeres por ser el colectivo al que esa regulación normativa afecta en mayor medida. Ejemplo paradigmático de esta situación es el ya extinto Régimen Especial de Empleados de Hogar con su tradicional infraprotección y aunque su campo de aplicación no se restringía a las mujeres, y estando las razones que justificaban su existencia simplemente vinculadas al azaroso desarrollo de nuestro sistema de Seguridad Social, lo cierto es que se ha tratado tradicionalmente de un sector claramente feminizado lo que ha acabado determinando una infraprotección de Seguridad Social de un colectivo muy importante de mujeres. Igual consideración puede realizarse de la protección social del trabajo a tiempo parcial: la menor protección social que nuestro ordenamiento jurídico dispensa al trabajo a tiempo parcial (D.A.7.^a LGSS), aunque extensible a ambos sexos, acaba perjudicando en mayor medida a las mujeres que son quienes fundamentalmente se ven obligadas —pues en pocos casos el trabajo a tiempo parcial es realmente voluntario en términos económicos— a desempeñar su actividad profesional a tiempo parcial.

De hecho, las estadísticas confirman que la intensidad de la protección dispensada a las mujeres es bastante inferior a la de los hombres. Con abstracción ahora de los datos relativos a la afiliación al sistema y atendiendo sólo a la intensidad de la acción protectora percibida por quienes están comprendidos en el sistema de seguridad social y perciben prestaciones por derecho propio, los datos son elocuentes: según se desprende de la tabla abajo recogida (Fuente: Ministerio de Trabajo e Inmigración) en todos los regímenes de la Seguridad Social la cuantía media de las pensiones es sustancialmente inferior en las mujeres, diferencia que es especialmente manifiesta en el caso de la jubilación posiblemente porque la pensión de jubilación es dependiente tanto de la cotización realizada como del tiempo cotizado frente a la incapacidad permanente, en la que sólo desde la Ley 40/2007 y muy limitadamente la duración de la carrera del seguro se traslada a la determinación de la cuantía de las prestaciones. Así, en términos relativos, la pensión media de jubilación de las mujeres en el Régimen General es un 28,59% inferior a la pensión media de los hombres, diferencia que en materia de jubilación se mantiene en el resto de los Regímenes de la Seguridad social aunque no siempre en los mismos porcentajes: en el RETA este porcentaje es de 25,40%, de 18,80% en el REA; de 45,24% en el RETM; de 35,72% en Minería del Carbón; de 3,71% en REEH; de 12,87 en Accidentes de Trabajo y de 37,29 en Enfermedades Profesionales. Por lo que respecta a las pensiones de

incapacidad permanente, aunque se mantiene la menor cuantía de las pensiones de las mujeres, la diferencia es menor: en el Régimen General, la pensión de incapacidad permanente de las mujeres es inferior en un 14,92%, un 15,10 en el RETA; un 13,86 en el REA; un 29,33% en el RETM; un 1,50% en REEH; un 14,69% en accidentes de trabajo y un 31,27% en enfermedades profesionales. Sólo en Minería del Carbón las pensiones de las mujeres son un 0,98% superiores a la de los hombres.

Regímenes	Incapacidad permanente				Jubilación			
	Hombres		Mujeres		Hombres		Mujeres	
	Núm.	P. media	Núm.	P. media	Núm.	P. media	Núm.	P. media
General	394.959	1.012,27	203.181	851,19	2.278.297	1.226,37	761.055	875,69
Autónomos	87.114	663,00	43.751	562,88	658.654	704,01	526.255	525,20
Agrario	33.956	537,90	30.904	463,33	221.605	623,46	125.776	506,27
T. del mar	7.697	854,17	1.106	603,57	66.568	1.127,09	4.696	617,21
M. del carbón	3.635	1.343,51	39	1.356,73	37.187	1.871,79	601	1.203,36
E. de hogar	343	493,86	11.956	486,41	2.798	518,49	152.512	499,27
A. de trabajo	75.617	1.048,26	10.464	894,24	42.279	930,71	4.969	810,99
E. profesionales	9.812	1.169,47	3.507	803,74	11.235	1.634,00	652	1.024,74
SOVI	1.236	362,78	21.246	371,57	51.095	367,81	311.619	368,49
Total sistema	614.369	941,85	326.154	737,47	3.369.718	1.073,82	1.888.135	638,63

Nuestro ordenamiento jurídico ha respondido a estas situaciones de desigualdad material de forma variada. Especialmente importante ha sido la doctrina constitucional —inspirada en la jurisprudencia comunitaria⁹— sobre la «discriminación indirecta» y la consagración de la validez de las acciones de «discriminación positiva». Como es sabido, se considera discriminación indirecta *«la situación en que una disposición, criterio, o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas*

⁹ Entre muchas, STJCE de 27-6-1990 (Asunto Kowalska), STJCE de 7-2-1991 (Asunto Nimz), STJCE de 4-6-1992 (Asunto Bötel) y STJCE de 9-2-1999 (Asunto Seymour-Laura Pérez). Esta construcción jurisprudencial acabó recogida en Directivas diversas, entre otras, la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y la Directiva 2002/73/CE que modifica la Directiva 76/2007/CEE, de 9 de febrero relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» «(...) es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que aunque esté formulada de una manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». Así pues, lo relevante en la doctrina de la discriminación indirecta es el resultado que genera la aplicación de una norma neutra exigiendo que esa norma supere un canon de igualdad en su confrontación con el resultado que produce sin que ello implique, no obstante, el carácter absoluto del concepto, excluyendo la legitimidad de cualquier diferencia de trato en atención al resultado pues la justificación objetiva de una finalidad legítima y la adecuación y necesidad de los medios para alcanzar dicha finalidad justifica desde la normativa comunitaria el resultado de la desventaja producido por una norma neutra y de hecho no faltan sentencias del TJCE que en sentido contrario¹⁰ admitiendo que no existe discriminación indirecta en un supuesto respecto del que ha ido conformando la doctrina de la discriminación indirecta, el trabajo a tiempo parcial y que, como luego se expondrá, el Tribunal Constitucional¹¹ sí ha concluido en su existencia¹² y en base precisamente a esa doctrina de la discriminación indirecta¹³.

Pero si la doctrina de la discriminación indirecta ha sido importante, no ha sido menos el papel directamente ejercitado por los poderes públicos en la conformación de medidas de discriminación positiva en lo que ha constituido un instrumento fundamental para la consecución de la igualdad material. La idea básica de las medidas de discriminación positiva no es otra que la corrección, mediante la desigualdad normativa, de las consecuencias desfavorables que se derivan de la aplicación de una normativa que garantiza la igualdad formal pero que no puede corregir, sin medidas adicionales, la desigualdad real. Las medidas de acción positiva están aceptadas desde los primeros tiempos de la construcción europea admitiéndose la validez de las medidas encaminadas «(...) a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres (...)»

¹⁰ STJCE de 14-12-1995 (Asunto Megner y Scheffer) y STJCE de 14-12-1995 (Asunto Nolte). La reciente STJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos Bruno y Pettini) sin embargo, sí considera discriminatorio la regulación italiana referida al trabajo a tiempo parcial «vertical» en lo a las consecuencias que tiene en materia de acceso a la protección social. Vid. un comentario sobre la misma en Fotinopoulou Basurko, O. (2011).

¹¹ STC 253/2004, de 22 de diciembre, STC 49/2005, de 14 de marzo, y STC 50/2005, de 14 de marzo.

¹² Vid. un resumen, aunque algo antiguo, en Ballester Pastor (1994). Vid., también, un resumen de la evolución del principio de igualdad en la normativa comunitaria (que no en la jurisprudencia) en Rojas Rivero, G. (2006). Vid., también, CGPJ (2006).

¹³ Vid. un comentario a dichas sentencias en Vicente Palacio, A. (2005).

(Directiva 76/207/CE). También el Tribunal Constitucional las admitió y tempranamente¹⁴, sobre la base del art. 9.2 CE que, como es sabido, impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

Estas medidas pueden ser de muy diferente tipo: en tanto la desigualdad real de la mujer se produce en su acceso al mercado de trabajo, las escasas medidas que originariamente se establecieron en nuestro país se limitaron al establecimiento de medidas tendentes a fomentar la contratación de mujeres y siempre desde una perspectiva voluntaria o de fomento, excluyendo medidas imperativas de imposición de cuotas de contratación femenina. Por el contrario, la normativa de seguridad social ha sido tradicionalmente bastante impermeable a las medidas normativas de acción positiva, con la salvedad del establecimiento de bonificaciones en la cotización a la seguridad social por la contratación de mujeres en tanto las bonificaciones constituyen técnicas habituales en las medidas de fomento del empleo pero no constituyen, en sentido estricto, medidas de acción positiva en materia de Seguridad social, al tener carácter meramente instrumental. No obstante, esta situación ha cambiado sustancialmente en los últimos años y aunque con motivaciones diferentes, lo cierto es que ya es posible identificar auténticas medidas de acción positiva en el ordenamiento de seguridad social: es decir, medidas normativas dirigidas directamente a corregir las situaciones de desigualdad material que se producen por la aplicación de una normativa igualitaria en términos formales. En este sentido, la Ley Orgánica 4/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOIEMH) constituye sin duda un referente básico, fundamentalmente por la idea de transversalidad que viene a introducir, además de por las medidas específicas que estableció en materia de Seguridad Social, pero con anterioridad a la LOIEMH ya se implementaron diversas medidas de acción positiva y aunque en algunos casos esas acciones no han tenido como destinatarias única y exclusivamente a las mujeres lo cierto es que éstas han acabado siendo sus efectivas beneficiarias pues han actuado sobre aquellos factores que dificultan su acceso al mercado de trabajo, fundamentalmente la maternidad y las responsabilidades o cargas familiares. En este sentido, las distintas medidas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar incluyendo las que atienden a un mejor reparto de las cargas familiares entre los ambos componentes de la pareja (iniciadas con la Ley 39/1999, de 11 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar), deben interpretarse en este sentido pues toda medida que redunde en un reparto más equitativo de las cargas familiares entre los miembros de la unidad familiar coadyuda a la remoción de los obstáculos que dificultan el acceso de la mujer al trabajo y consiguientemente, a su protección en materia de seguridad

¹⁴ Vid. una exposición de la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este particular en Ballester Pastor, A. (1994). Vid., también, Ferreras Alonso, F. (2003).

social. En otros casos, las medidas implementadas sí contemplan como exclusivas destinatarias a las mujeres en atención a determinada realidad sociológica —la primacía fáctica del varón en la titularidad del negocio familiar que excluye la afiliación de las mujeres al sistema de seguridad social—. Finalmente, otras medidas, aunque han tenido una motivación muy diferente a la consecución de la igualdad material (la simplificación de la compleja estructura del Sistema de Seguridad Social), lo cierto es que indirectamente han redundado en una consecución de esa igualdad material (la integración en el Régimen General del Régimen Especial de Empleados de Hogar).

A continuación, se hace un breve repaso de los distintos fenómenos señalados.

2. Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial. Un claro ejemplo de discriminación indirecta reconocida —parcialmente— por el Tribunal Constitucional

Como es sabido, el trabajo a tiempo parcial tiene dos efectos distintos sobre la protección social de los trabajadores. En primer lugar, incide directamente sobre la base reguladora de las prestaciones en tanto que al calcularse la cotización sobre los salarios reales y las bases reguladoras de las prestaciones sobre la cotización realizada, las prestaciones económicas a percibir resultan de cuantía inferior a las causadas por un trabajador a tiempo completo. Pero además, y a resultas de la D.A.7.^a LGSS, el trabajador a tiempo parcial se ve penalizado también en el momento del acceso a las prestaciones, al exigirse también, como regla general, para el cómputo del periodo de carencia determinante del acceso a las prestaciones derivadas de enfermedad común (salvo pensión de orfandad), una regla de proporcionalidad estricta, es decir, el cómputo exclusivo de las cotizaciones realizadas en función de las horas trabajadas (ordinarias y complementarias), para lo cual se calcula la equivalencia en días teóricos de cotización mediante la técnica de dividir por 5 (equivalente diario de las 1826 horas anuales) el número de horas efectivamente trabajadas. Se consigue así proyectar la jornada real del trabajador a tiempo parcial calculando la equivalencia en días teóricos de cotización de un trabajador a tiempo completo, partiendo de la hipótesis de una jornada máxima legal (40 horas semanales). Sólo tres prestaciones se excluyen de esta dura regulación: en primer lugar, las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación, en las que la regla anterior se matiza por la vía de multiplicar los días teóricos de cotización resultantes de la aplicación de la regla anterior por un coeficiente de 1,5, resultando así el número de días que se consideran acreditados para la determinación de los periodos de carencia. Se aplica, pues, también una regla de proporcionalidad, pero relativa, al matizarse o atenuarse la proporcionalidad mediante la aplicación del coeficiente señalado.

En segundo lugar, el desempleo está totalmente excluido de la aplicación de la regla de la proporcionalidad —tanto la absoluta como la relativa—, al computarse cada día trabajado como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada¹⁵.

En definitiva, proporcionalidad absoluta para las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad y muerte y supervivencia; proporcionalidad relativa para incapacidad permanente y jubilación, y ruptura de la proporcionalidad en materia de desempleo.

La regulación a tiempo parcial ha sido objeto de constantes modificaciones normativas. Concretamente la regla de la proporcionalidad absoluta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, el Real Decreto 2919/1993, de 29 de diciembre, y la Ley 10/1994, de 19 de mayo, normas todas ellas que pasaron, modificadas por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores siendo también recogida también por la redacción originaria de la LGSS en el momento de su promulgación (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio de 1994). Posteriormente el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, modificó parcialmente su contenido sin afectar a la regla de la proporcionalidad para el cómputo del periodo de carencia siendo el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, el que vino a matizar, respecto de las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación, la regla de la proporcionalidad absoluta, prescribiendo la aplicación del coeficiente señalado.

Pues bien, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse —en la STC 253/2004, de 22 de diciembre¹⁶— sobre la constitucionalidad de esta regulación pero con la particularidad de que la cuestión de constitucionalidad planteada lo fue contra el párrafo segundo del art. 12.4 ET —con el mismo contenido que la D.A.7.^a LGSS— en la redacción operada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y previamente a su modificación por el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, es decir, previamente a la incorporación normativa de la regla de proporcionalidad relativa para las prestaciones

¹⁵ La regla cuarta de la D.A.7.^a LGSS remite a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica lo que se reitera por el art. 2.2. Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre. Esta remisión lo es, por tanto, al art. 2.3 Real Decreto 625/1985, de 2 de abril. Hay que señalar que se trata de una situación cuanto menos curiosa pues las sucesivas reformas que se han llevado a cabo sobre el trabajo a tiempo parcial incluían entre las prestaciones a las que aplicar la regla de la proporcionalidad absoluta las prestaciones por desempleo, pero ninguna de esta normas fue finalmente incorporada ni al Título III LGSS ni al RD 625/1985, de 2 de abril.

¹⁶ También STC 49/2005 y 50/2005, ambas de 14 de marzo.

de incapacidad permanente y jubilación¹⁷. Pues bien, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de dicha regulación —recuérdese que no es la vigente en el momento del pronunciamiento de la sentencia— tanto por violación del principio de proporcionalidad como por violación del principio de no discriminación por razón de sexo en la construcción jurisprudencial del concepto de discriminación indirecta, al afectar en mayor medida esta modalidad de contratación al colectivo de mujeres. Según la STC 253/2004, el principio de contributividad del que deriva el de proporcionalidad entre cotización y prestaciones que rige nuestro sistema no puede justificar un diferente trato en lo que se refiere al cumplimiento del periodo de carencia para el acceso a las prestaciones aunque sí avaló su constitucionalidad en lo que se refería a la menor cuantía de las prestaciones resultante de la aplicación de la regla de proporcionalidad que inspira nuestro sistema de Seguridad Social.

Con todo, la doctrina constitucional no sirvió para un cambio normativo pues, como se ha señalado, la cuestión de inconstitucionalidad se presentó contra una regulación que ya no era la vigente en el momento de dictarse la sentencia, momento en el que ya se recogía el principio de proporcionalidad relativa y la STC 253/2004 parecía matizar su declaración de inconstitucionalidad pues la predicaba en principio, de aquéllas prestaciones contributivas que exigen amplios periodos de cotización, con expresa referencia a las pensiones de incapacidad permanente y jubilación. Podría entenderse así que la reforma operada por el Real Decreto Ley 15/1998 salvaba dicha inconstitucionalidad, por lo menos, desde la perspectiva de la regla de la proporcionalidad. El Tribunal Constitucional eludió expresamente manifestarse por las consecuencias que, en sede judicial ordinaria, pudieran hacerse derivar de su pronunciamiento en la resolución de los recursos de amparo remitiendo a los órganos judiciales la cuestión de integrar por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que, en orden al cómputo de los periodos de carencia, pudiera producir la anulación de dicho precepto, de igual forma que en la STC 253/2004 consideró que se mantenía la utilidad de resolver la cuestión de inconstitucionalidad pese a la existencia —con otra redacción— de la D.A.7.^a LGSS. Con independencia de estas cuestiones procesales, en mi opinión, y como expuse ya en su momento, la D.A.7.^a es claramente discriminatoria por el resultado al que conduce en aplicación de la doctrina de la discriminación indirecta sin que dicha discriminación quede salvada con la regulación actual que establece la regla de proporcionalidad relativa para el acceso a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente.

Pues bien, también como futura medida de acción positiva, aunque habrá que ver el alcance real de la misma, debemos entender el anuncio, recogido en

¹⁷ Sobre el particular, vid. Vicente Palacio, A. (2005).

la D.A.29.^a Ley 27/2011, de 1 de agosto, relativa a la cotización de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos. Según dicha D.A.29.^o, el Gobierno debe presentar, en el plazo de un año, y previa discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley que mejore la consideración de los periodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial y en los contratos fijos discontinuos señalando expresamente entre dichas medidas, además de otras de naturaleza laboral, «la mejora de la protección social del trabajo a tiempo parcial, en particular, mediante el incremento del coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente» [D.A.29.^ac) Ley 27/2011]. Parece claro el propósito del legislador de acabar con la actual situación de desprotección de los trabajadores a tiempo parcial: el alcance concreto de esta mejora está por determinar. En mi opinión, aunque el precepto legal se refiere expresamente al incremento del coeficiente multiplicador no se restringe su aplicación exclusivamente a las pensiones de incapacidad permanente y jubilación por lo que perfectamente cabría —y sería lo deseable— una elevación de ese coeficiente —e incluso su supresión— y su extensión a todas las prestaciones dispensadas por el sistema a fin de anular el efecto perverso que el trabajo a tiempo parcial tiene sobre el acceso a las prestaciones de Seguridad Social, perjuicio que sufren especialmente las mujeres. El periodo de carencia, aun siendo un requisito clásico de naturaleza contributivo/profesional, no debe conformarse por reglas de proporcionalidad y ello en atención a la finalidad que cumple en nuestro ordenamiento jurídico. El periodo de carencia efectivamente es una puerta de acceso a las prestaciones (derivadas de enfermedad común, con la salvedad de la pensión de orfandad) que pretende excluir a sujetos que no acreditan vinculación con el sistema pero esa vinculación no está en relación, tanto con lo aportado como con la propia vinculación temporal al Sistema. Sólo en el caso del trabajo a tiempo parcial el periodo de carencia se encuentra afectado por criterios proporcionales: no se aplica tal proporcionalidad cuando el trabajador a tiempo completo realiza una jornada anual convencional inferior a la jornada máxima legal ni tampoco se aplica la regla de proporcionalidad en el caso de las pagas extraordinarias obligatorias pues para algunas prestaciones (jubilación, tras la Ley 49/2007) las pagas extraordinarias no computan para la acreditación del periodo de carencia exigida, falta de cómputo extensivo a las pagas extraordinarias adicionales a las legales, por citar sólo algunos ejemplos de clara ruptura de la proporcionalidad en lo referente al periodo de carencia.

Pero los efectos negativos que el trabajo a tiempo parcial despliega sobre el periodo de carencia como requisito de acceso a las prestaciones no se agotan aquí sino que pueden prolongarse incluso más allá de la extinción del contrato y ello en virtud de dos normas especialmente duras, ambas del RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial.

En primer lugar, el art. 3.4 RD 1131/2002 dispone que, a efectos de los periodos que legalmente se asimilan a cotizados que suceden a periodos trabajados a tiempo parcial, se computan en forma idéntica a la utilizada en relación con el último periodo trabajado. Esto supone que cualquier ficción de cotización o cualquier periodo que se considere cotizado que haya seguido a un trabajo a tiempo parcial se computa también a tiempo parcial. No obstante, y como luego se expondrá detalladamente, algunas ficciones de cotización —y precisamente como medida de acción positiva— inciden sobre esta previsión y elevan al 100% estos periodos de cotización ficticia cuando la jornada parcial anterior obedece a algunos motivos de atención de hijos y familiares.

En segundo lugar, el art. 3.3 RD 1131/2002 según el cual los periodos de incapacidad temporal, maternidad, riesgo por embarazo durante los que pervive el contrato de trabajo a tiempo parcial, así como los periodos de desempleo determinados por la extinción de una relación laboral a tiempo parcial tendrán la misma consideración también, a efectos de lo previsto anteriormente, que el periodo precedente a la baja médica, al descanso o a la extinción del contrato. Esto supone el mantenimiento de la condición de trabajador a tiempo parcial —a efectos de cotización— durante los periodos de suspensión del contrato por incapacidad temporal, maternidad, y riesgo durante el embarazo (y riesgo durante la lactancia natural, habría que añadir) así como el desempleo subsiguiente a la extinción de un contrato a tiempo parcial. Esto supone un doble perjuicio derivados ambos de la cotización a tiempo parcial. En primer lugar, en el momento del cálculo de la base reguladora de las prestaciones que pudieran causarse en el futuro, pues todo esos periodos se consideran a tiempo parcial, lo que implica unas bases reguladoras inferiores, sin que opere aquí el mecanismo de integración de lagunas pues no son periodos de «lagunas de cotización». En segundo lugar, y ya respecto del periodo de carencia para el acceso a futuras prestaciones, también su cómputo a tiempo parcial lo que determina la aplicación de las reglas de la D.A.7.^a LGSS señaladas.

Pero el tratamiento peyorativo del trabajo a tiempo parcial no se agota aquí. Para el cálculo de la base reguladora, el art. 211.1 LGSS dispone, en materia de desempleo, que la base reguladora será el promedio de la base por la que se haya cotizado por la contingencia de desempleo durante los 180 días del periodo de carencia a que se refiere el art. 210 LGSS. Pues bien, esta previsión, unida a las anteriormente señaladas, determinaba un claro perjuicio en el momento del cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo de la trabajadora que hubiera hecho uso de una reducción de jornada para el cuidado de hijos y familiares. Nuevamente tratándose de una previsión enunciada en términos neutros desde el punto de vista de género, podía resultar discriminatoria desde la perspectiva de doctrina de la discriminación indirecta, al ser las mujeres el colectivo que hace mayor uso —casi exclusivo— de esta reducción de jornada. No fue este, sin embargo, el parecer del Tribunal Constitucional (ATC 30/2009,

de 27 de enero)¹⁸ —aunque con dos votos particulares en contra— quien, aplicando el principio de correspondencia entre cotización y prestación, inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad presentada por notoriamente infundada. Hubo de ser nuevamente el legislador el que, con la LOIEMH, adicionara un nuevo apartado 5 al art. 211 LGSS prescribiendo, para el cálculo de la base reguladora en los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del art. 37 LET, el cómputo de las cotizaciones incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Con todo, hay que insistir en que no se trata de una previsión que anule los efectos negativos del trabajo a tiempo parcial en lo que se refiere al cálculo de la cuantía de la prestación por desempleo, en general, sino que únicamente tiene por objeto anular los efectos negativos del disfrute de los citados permisos en el cálculo de la prestación por desempleo, ya sea el trabajador a tiempo completo o parcial.

3. El Régimen Especial de Empleados de Hogar y su inferior acción protectora. Un ejemplo paradigmático de regulación diferente que se ha traducido en una posible «discriminación indirecta» no reconocida jurisprudencialmente.

Su corrección con su reciente integración en el Régimen General de la Seguridad Social por la Ley 27/2011, de 1 de agosto

Es de sobra conocido que el ya extinto Régimen Especial de Empleados de Hogar se caracterizó por ofrecer una protección social muy disminuida tanto en las situaciones de necesidad protegidas como en la cuantía de las prestaciones económicas dispensadas. Por lo que respecta al ámbito de la acción protectora dispensada y sin ánimo de exhaustividad, el REEH no dispensaba prestaciones por desempleo ni atendía a la protección privilegiada de los riesgos profesionales y, además, excluía de la protección económica los veintiocho primeros días de incapacidad temporal al cifrar en el día vigésimo noveno a contar desde la baja el nacimiento del derecho a la prestación económica de incapacidad temporal. Por lo que respecta a la intensidad de la protección dispensada, esta era inferior a la otorgada, desde luego, por el Régimen General pero también por cualquier otro Régimen, debido fundamentalmente a la menor cotización resultante de la aplicación de un tipo inferior de cotización (22%) a una base de cotización muy baja (y fija) coincidente con la cuantía de la base mínima de cotización del Grupo 10 del Régimen General, es decir, la más baja del Régimen General y si bien esta menor intensidad de la acción protectora se atenuaba por la vía de los

¹⁸ BOE de 26 de febrero de 2009.

complementos por mínimos, este correctivo era limitado, al alcanzar exclusivamente a las pensiones y no a todas.

Pues bien, aunque ninguna norma restringía, lógicamente, el ámbito de aplicación de este ya extinto Régimen Especial a las trabajadoras¹⁹, lo cierto es que se ha tratado desde sus mismos orígenes de un sector de actividad fundamentalmente femenino. Así, a 31-10-2011, el total de afiliados en alta en el REEH fijos ascendía a 213.110, de los que 198.347 eran mujeres y sólo 14.749 eran varones situación que se repite en el caso de discontinuos en los que de un total de 83.875 afiliados, 77.974 eran mujeres y sólo 5.898 eran hombres. En términos relativos esto supone que a 31-10-2011, el 93,07% de los afiliados al REEH fijos eran mujeres, frente a un escaso 6,92% de varones; mientras que en los trabajadores discontinuos el 92,96% eran mujeres y el 7,03 eran varones²⁰. Si atendemos a las prestaciones dispensadas, la cuantía de la pensiones en el REEH ha sido siempre bastante inferior a las causadas en cualesquiera otros Regímenes del Sistema de Seguridad Social y aunque las comparaciones no resultan fáciles pues los datos disponibles se refieren a «pensiones medias», incluso si atendemos al

Número y cuantía de pensiones en vigor por regímenes y clases

Datos a 1 de noviembre de 2011

Regímenes	Incapacidad permanente		Jubilación		Viudedad	
	Número	P. media	Número	P. media	Número	P. media
General	599.802	961,38	3.061.393	1.143,17	1.446.090	651,55
Trabajadores autónomos	130.632	631,36	1.188.411	626,87	483.096	437,17
Agrario	64.648	503,31	346.946	580,85	195.868	470,20
Trabajadores del mar	8.699	823,72	71.411	1.096,56	45.482	583,99
Minería del carbón	3.640	1.349,69	37.824	1.868,80	23.831	762,75
Empleados de hogar	12.201	486,77	154.771	499,05	10.181	291,39
Accidentes de trabajo	86.073	1.031,70	47.440	924,31	61.559	732,25
Enfermedades profesionales	13.285	1.071,85	11.854	1.602,27	15.511	824,06
SOVI	21.934	370,80	361.844	368,14	35.151	340,71
Total sistema	940.914	872,39	5.281.894	921,73	2.316.769	588,33

¹⁹ Con la salvedad a la que luego se hace referencia de exigencia de sexo femenino para la familiar que cuide del sacerdote célibe.

²⁰ Las estadísticas se pueden consultar en la página web del Ministerio de Trabajo e Inmigración (www.mtin.es)

Régimen en el que la base de cotización puede hallarse más cerca de la prevista en el REEH como es la del RETA (al optar buena parte de los autónomos por la base mínima prevista), la diferencia es sustancial.

Como se desprende de la tabla anterior²¹, tanto en incapacidad permanente, como en jubilación y en muerte y supervivencia es el Régimen Especial de Empleados de Hogar el que presenta (pensión media) las pensiones más bajas, inferiores incluso a las dispensadas en el Régimen Especial Agrario.

Esta misma conclusión se obtiene de los datos relativos a las pensiones complementadas con mínimos aunque con alguna pequeña diferencia pues mientras en incapacidad permanente sí es el REEH el que presenta un mayor número de pensiones complementadas con mínimos (53,91%) seguida ya de lejos por el REA (36,44%) y RETA (19,63%), en jubilación es el REA en donde los complementos por mínimos tienen mayor incidencia (62,96%) seguidos de cerca por REEH (59,62%) y algo más alejado por RETA (41,94%). En materia de viudedad es lógico que el porcentaje de pensiones complementadas por mínimos sea el más bajo de todos los regímenes pues el hecho de que se causen fundamentalmente a favor de varones que con toda probabilidad serán trabajadores

Pensiones en vigor con complemento a mínimos, por clases y regímenes

Datos a 1 de noviembre de 2011

Clases de pensión	Incapacidad permanente		Jubilación		Viudedad	
	Número	%/Total clase	Número	%/Total clase	Número	%/Total clase
Regímenes						
General	45.425	7,31	566.147	16,64	410.081	27,75
Trabajadores autónomos	25.697	19,63	500.951	41,94	198.887	41,08
Agrario	23.663	36,44	220.104	62,96	122.962	62,41
Trabajadores del mar	767	8,77	13.690	19,08	18.504	40,38
Minería del carbón	31	0,83	948	2,44	4.482	18,29
Empleados de hogar	6.579	53,91	98.290	59,62	981	9,63
Accidentes de trabajo	1.435	1,67	8.353	17,61	18.241	29,63
Enfermedades profesionales	83	0,62	923	7,79	4.641	29,92
Total sistema	103.680	11,02	1.409.406	26,68	773.779	33,61

²¹ Extraída de la página web del Ministerio de Trabajo e Inmigración (www.mtin.es).

o en su caso, pensionistas de jubilación o incapacidad permanente, determina la no generación del derecho a los complementos por mínimos.

Como es sabido la existencia del Régimen Especial de Empleados de Hogar obedece a razones históricas que tuvieron mucho que ver mucho con la exclusión de la condición laboral de esta prestación de servicios llevada a cabo por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que exceptuó la inicial calificación como laboral que llevara a cabo la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 rompiendo así, sólo esporádicamente, con la tradicional exclusión del personal al servicio del hogar familiar del ámbito laboral y de la incipiente normativa de previsión social²². Esta exclusión fue, posiblemente, lo que determinó que los servidores domésticos, es decir, «*quienes prestaban servicios mediando retribución para un amo de casa que no persiguiera ánimo de lucro y para trabajar en una morada o casa particular*» [art. 2.c) LCT-44] quedaran excluidos del sistema de seguros sociales que estaba implantándose y determinara la creación el año 1959 de un sistema específico de previsión social: el Montepío Nacional del Servicio Doméstico²³. Esta situación sólo se corrigió con la Ley de Relaciones Laborales de 1976 pasando al Estatuto de los Trabajadores de 1980, aunque configurada como relación laboral especial²⁴. La exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo de esta prestación de servicios no impidió que la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 ya se refiriera al Régimen de servidores domésticos entre los Regímenes Especiales que iban a integrar el sistema de Seguridad Social que venía a anunciar, lo que fue efectivamente concretado por el Decreto de 21 de abril de 1966, por el que se aprobó el I Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social y por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de Empleados de Hogar, que se ha mantenido vigente hasta la actualidad. Con lo anterior quiere significarse que fueron razones ajenas al sexo femenino predominante en este sector de actividad las que determinaron la creación de este Régimen Especial.

Y también es de sobra conocida la doctrina del Tribunal Constitucional negando la existencia de discriminación prohibida derivada de la existencia de Regímenes Especiales. Para el Tribunal Constitucional «*(...) la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico*» (STC 103/1984, de 12 de noviembre) así como que «*(...) no puede alegarse discriminación como resultado de la comparación de regímenes de Seguridad Social distintos, dado que no son términos homogéneos y que las peculiaridades de cada sector de actividad y las diferencias entre trabajadores de unos y otras son muy*

²² Vid. in extenso, García Ninet, J.I. (dir.) (2007).

²³ Decreto 385/1959, de 17 de marzo.

²⁴ Sobre la evolución histórica, vid. in extenso, García Ninet (1998).

claras» (STC 173/1988, de 3 de octubre) o que «(...) constituye doctrina reiterada de este Tribunal que el art. 14 CE en principio no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos regímenes que integran la Seguridad Social. La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justifica por las peculiaridades socio-económicas, laborales, productivas o de cualquier otra índole que concurren aún cuando la legislación posterior tienda a conseguir la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras» (STC 268/1993, de 20 de septiembre). Conclusión que no se ve afectada por pronunciamientos posteriores aunque sí se matiza la doctrina anterior excluyendo la exclusión automática y general de la discriminación por el hecho de que derive de regímenes jurídicos distintos porque ello sería tanto como dejar al arbitrio del legislador la eficacia del principio de igualdad cuya aplicación podría verse excluida por el simple procedimiento de crear regímenes legales diferentes que actuarían como justificación de tratamientos diferentes, aunque no concurriesen razones sustantivas que legitimaran sus diferencias (STC 39/1992, de 30 de marzo, y STC 184/1993, de 14 de junio).

Siendo esto así, también es verdad que en el caso concreto del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el que se trata de un Régimen altamente feminizado, la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Constitucional referidas a la discriminación indirecta podría haber constituido un buen campo de aplicación pues se daban todas las notas que la citada jurisprudencia exige para la aplicación de la citada doctrina, pero no fue esto lo que aconteció. Declarada la constitucionalidad de la existencia de regímenes jurídicos diferentes, sólo la intervención normativa podía acabar con esta injustificable diferenciación y así, dentro de las orientaciones del Pacto de Toledo tendentes a simplificar la estructura del sistema de Seguridad Social y a homogenizar la acción protectora, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, ha terminado definitivamente con el Régimen Especial de Empleados de Hogar procediendo a su integración con efectos de 1-1-2012 en el Régimen General mediante la creación de un Sistema Especial para empleados de hogar en el que, en general, aunque en algunos casos de manera progresiva y gradual, la acción protectora coincide con la dispensada por el Régimen General, incluso en lo que se refiere a las contingencias profesionales²⁵, salvo en lo relativo a la protección por desempleo aunque se anticipa ya la posible previsión de iniciativas en este sentido en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial al servicio del hogar familiar. Y sobre este particular hay que significar que la Disposición Adicional 2.ª Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, prevé la realización de un Informe por una Comisión de Expertos para que analice, entre otras cuestio-

²⁵ D.A.53.ª LGSS introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Se ha desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre (BOE de 2 de febrero de 2011).

nes, «*la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera*». Así pues, es posible que en el futuro —el Informe debe estar elaborado con anterioridad a 31-12-2012— los empleados de hogar también cuenten con un sistema de protección del desempleo, medida que sin duda beneficiara fundamentalmente a un colectivo importante de mujeres trabajadoras que hasta ahora han tenido muy reducida su protección social²⁶. Por lo que respecta a la cotización, la idea base de la reforma es que la cotización del empleado de hogar también se realice sobre las retribuciones reales, con el límite de la base mínima que se establezca legalmente (lo cual acontecerá a partir de 1-1-2019) aunque se prevé un sistema transitorio de bases de cotización fijadas legalmente en función de las retribuciones mensuales percibidas. También en el año 2019 será de aplicación el tipo de cotización para contingencias comunes y su distribución entre empleador y empleado previstos con carácter general, previendo hasta entonces un incremento del 0,90% anual desde el año 2013 al año 2018 partiendo del actualmente vigente 22%. Para la cotización por contingencias profesionales sin embargo se aplica desde el 1-1-2012 el tipo previsto en la tarifa de primas aprobado por la D.A.4.^a Ley 42/2006, de 28 de diciembre.

4. Supuestos de inclusión o exclusión en el sistema de Seguridad Social que atendieran o atiendan al sexo del trabajador. Algunos otros supuestos de discriminación indirecta y su corrección (reciente) por vía normativa

El art. 7 LGSS declara comprendidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de la modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, a los españoles que residan en España y a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España siempre que, en ambos casos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén

²⁶ En materia de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, el nacimiento del derecho se cifra en el día 9 de la baja en el trabajo imputando al empleador el abono de la prestación del trabajador desde los días cuarto al octavo, ambos inclusive. Se traslada así al ámbito de este Sistema especial las previsiones del Régimen General aunque reduciendo los días de responsabilidad directa a cargo del empleador de los 12 días previstos en el Régimen General a los 5 días previstos en este Sistema Especial. En todo caso, la intensidad de la protección para el trabajador es idéntica pues el derecho al subsidio nace a partir del cuarto día de la baja en el trabajo en ambos casos.

Igualmente, en materia de contingencias profesionales, la incapacidad temporal también se abona a partir del noveno día de la baja estando a cargo del cabeza de familia el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive (art. 5 RD Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre).

incluidos en alguno de los apartados que el propio precepto enumera. En principio, por tanto, el sexo del trabajador no puede constituir elemento determinante de su inclusión o exclusión del sistema de Seguridad Social. Esta misma previsión se hallaba ya en el Decreto de 21 de abril de 1966 por el que se aprobó el I Texto Articulado de la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963. Con ser esto así, lo cierto es que esta afirmación debe ser matizada pues, además de que existe alguna excepción directa que exige la condición femenina a quien ejecuta el trabajo en orden a determinar la inclusión en el sistema de seguridad social, existen otras previsiones que, aunque atienden a criterios neutros en orden a su establecimiento respondiendo argumentos razonables teleológicamente, inciden en mayor medida —y negativamente— sobre las mujeres, determinando nuevas situaciones de «discriminación indirecta».

Así, por lo que respecta a la excepción directa, aunque de forma análoga al resto de Regímenes del sistema, se excluye de su campo de aplicación a los familiares por consanguinidad y afinidad del empresario²⁷, en el caso específico del Régimen Especial de Empleados de Hogar se exceptuaba de esta exclusión a los familiares del sexo femenino de sacerdotes célibes que convivieran con ellos y que reunieran las demás condiciones exigidas, siempre que no tuvieran ningún empleado de hogar a su servicio. El sexo aparece en una doble dimensión: por un lado, respecto del servidor doméstico y por otro lado, respecto del amo de casa, al que se exige —implícitamente— el sexo masculino pues según los preceptos de la Iglesia Católica sólo pueden ser sacerdotes los varones. Pues bien, el Tribunal Constitucional (STC 109/1988, de 8 de junio) denegó, en contra de la opinión del Ministerio Fiscal, el amparo constitucional solicitado por una sobrina carnal que prestaba sus servicios para una religiosa (célibe) de la Institución Teresiana, con la que convivió y de la era empleada de hogar única, con la argumentación, respecto de la exigencia del sexo femenino de la empleada, que no procedía entrar en su análisis en el marco de un recurso de amparo puesto que tal circunstancia concurría en la recurrente. Respecto de la limitación de este supuesto a los «sacerdotes célibes» —lo que excluía según la recurrente a las religiosas de vida monástica— el Tribunal Constitucional concluyó en la imposibilidad de entender dicha previsión como discriminatoria por razón de sexo puesto que también excluía a los religiosos de vida doméstica «(...) *encontrando la razón y el fundamento último de la norma (...) como un favorecimiento del ejercicio de la función sacerdotal con referencia a los clérigos que ejerzan tal ministerio; e impone, necesariamente, la no inserción dentro de la norma excepcional de los religiosos y de las religiosas (...)*» y todo ello «(...) *con fundamento en el art. 17 de*

²⁷ Exclusión que debe ser matizada pues en todo caso debe poder probarse, tal y como dispone el Estatuto de los Trabajadores, la condición de asalariado de quien presta servicios, siendo inconstitucional por discriminatoria la exclusión incondicionada por la simple concurrencia del requisito. Sobre el particular, vid. entre otras, STC 79/1991, de 15 de abril; STC 92/1991, de 6 de mayo; STC 59/1992, de 23 de abril; STC 49/1994, de 16 de febrero.

la Constitución y en las relaciones de cooperación entre el Estado español y la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas pues se trata de favorecer, dentro de los esquemas de la regulación de ese ministerio y de las consideraciones de decoro que en ella rigen, el ejercicio de la función sacerdotal».

De otra índole son otras previsiones que, en este caso de carácter neutro, han determinado tradicionalmente la exclusión del ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social de un colectivo importante de mujeres trabajadoras, y no por no realizar actividad profesional elemento determinante básico para la inclusión en nuestro sistema contributivo-profesional, sino por realizarla en la «sombra». Efectivamente, y como trasunto de la presunción de no laboralidad del art. 1.2.c) ET de los trabajos familiares, la LGSS excluye del ámbito de aplicación del Régimen General al cónyuge y parientes por consanguinidad y afinidad hasta el 2.º grado inclusive, ocupados en el centro de trabajo cuando convivan en el hogar del empresario y estén a su cargo. Por su parte, los Regímenes Especiales que integran trabajadores por cuenta propia (Régimen de Trabajadores Autónomos, Régimen Especial de Trabajadores del Mar y Régimen Especial Agrario hasta su integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por la Ley 18/2007, de 4 de julio) conceptúan como parientes colaboradores del empresario —disponiendo su inclusión obligatoria en el correspondiente Régimen Especial— al cónyuge y familiares hasta el tercer grado que trabajen con ellos en sus explotaciones de forma habitual, convivan con el cabeza de familia y dependan económicamente del titular del negocio o explotación²⁸. Con independencia ahora de la exigencia de los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida que se venía exigiendo tradicionalmente a los trabajadores por cuenta propia para quedar incluidos en dichos Regímenes Especiales y que determinó la exclusión de las mujeres del campo cuando el cónyuge era trabajador no agrario o pensionistas de jubilación o incapacidad per-

²⁸ Así se regula en el art. 3 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y se regulaba también en el artículo tercero del Decreto 2121/1971, de 23 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, norma esta última derogada por la Ley 28/2007, de 22 de septiembre, aunque con anterioridad fue modificada en lo referente a la definición del trabajador por cuenta propia por la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Por lo que respecta al RETA, el art. 3 b) Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, incluye dentro del RETA al cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive de los trabajadores determinados en el número anterior que, de forma habitual, personal y directa, colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto a aquéllos.

manente²⁹, lo que quiere significarse ahora es, en lo que respecta a la condición de propietario (armador —en el caso del RE de Trabajadores del Mar— y titular de pequeña explotación agraria —en el caso del R.E. Agrario—), que esta condición es que la determinaba la inclusión como trabajador por cuenta propia en el ámbito de dichos regímenes especiales irradiando a los familiares en los términos señalados la posibilidad de quedar comprendidos en dichos regímenes como «parientes colaboradores».

Pues bien, con respecto al Régimen Especial Agrario (no así respecto del R.E. de Trabajadores del Mar en el que se exige para quedar encuadrado la realización de la actividad profesional enrolado, lo que no es frecuente en el caso de la mujer colaboradora del armador) la realidad es que la mujer, aún realizando labores agrarias que hubieran debido determinar su inclusión en el Régimen Especial como pariente colaborador, su afiliación no es habitual fundamentalmente por razones de tipo económico lo que unido a la tradicional titularidad masculina de las explotaciones agrarias ha determinado la expulsión de la mujer del campo del ámbito de la protección de la Seguridad Social más allá de su mera condición de beneficiaria por derecho derivado. Esta misma situación se produce también —aunque quizá en menor medida— en lo que respecta al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en el que, aún trabajando ambos cónyuges en la actividad por cuenta propia, es el varón el que normalmente ostenta la titularidad del negocio y resulta el único afiliado al sistema de Seguridad Social.

²⁹ Este requisito pretendía restringir estos Regímenes Especiales —especialmente asistencializados— a quienes efectivamente ligaban su vida y destino al sector primario (agricultura y pesca) dada su debilidad económica. Fue la Ley 40/2007 (D.A.16.^a) la que modificó la redacción de este requisito para el RETM de forma que ya no se exige para quedar encuadrado como trabajador por cuenta propia en el RETM que la actividad pesquera fuera la predominante y que constituyera la principal fuente de ingresos como hasta entonces venía exigiéndose de forma que ahora basta con que de las actividades marítimo pesqueras se obtengan ingresos para atender sus propias necesidades o, en su caso, las de la unidad familiar, aun cuando con carácter ocasional o permanente realicen otros trabajos no específicamente marítimo-pesqueros determinantes o no de su inclusión en cualquier otro de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social». Con anterioridad las actividades no marítimo-pesqueras debían ser sólo ocasionales.

Igualmente este requisito también se flexibilizó en el REA por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma económica con expresa referencia a que esta modificación tenía por finalidad facilitar la inclusión en el REA de las mujeres del campo. Posteriormente, la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos define el campo de aplicación del Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta propia agrarios en términos más amplios admitiendo la inclusión en este Sistema Especial aunque la actividad agraria no sea exclusiva, nueva definición que incluso (D.F.1.^a) transitoriamente traslada para la definición de los criterios de habitualidad y la definición del pariente colaborador para que resulten aplicables hasta que entre en vigor el Sistema Especial.

Sobre los efectos perjudiciales de esta exigencia de medio fundamental de vida y su carácter discriminatorio hacia la mujer, vid. entre otras, STSJ Andalucía de 18-1-2001 (AS 2001, 2903), STSJ Galicia de 2-3-2001 (AS 2001, 1792) y STSJ Galicia de 30-4-2008 (AS 2008, 1271).

Pues bien, también en este aspecto se han adoptado medidas normativas claramente incardinables en el ámbito de la «acción positiva» en materia de Seguridad Social y ello recientemente.

Primeramente, en una concepción muy tradicional —aunque no por ello, no apta para la finalidad pretendida— mediante el establecimiento de bonificaciones a la Seguridad Social respecto de la cotización del cónyuge (también descendientes) de titular de la explotación agraria que se encuentre dado de alta en el RETA a través del Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios, siempre que tengan cuarenta o menos años de edad en el momento de la incorporación, que debe realizarse a partir de 1-1-2008. La bonificación se aplica sobre la cotización por contingencias comunes de cobertura obligatoria consistiendo en una reducción equivalente al 30% de la cuota que resulte de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo del 18,75%, y con una duración de cinco años. No obstante, también se aplica esta bonificación a quienes se incorporaron con anterioridad a 1-1-2008 y venían disfrutando de la bonificación prevista en la disposición transitoria segunda y el apartado b) de la disposición derogatoria única de la Ley 18/2007, y que, a partir del 1 de enero de 2008, queden incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en tanto mantengan las condiciones exigidas para quedar encuadradas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios. En definitiva, estas medidas tenían y tienen pues siguen en vigor —incluso la Ley 35/2011 de 4 de octubre ha elevado la edad a los 50 años (entrada en vigor el 5-1-2012)— la finalidad de fomentar la afiliación en el sistema de seguridad social mediante la reducción del coste del cónyuge pariente colaborador del titular de explotación agraria. Contrasta esta previsión con la, en apariencia similar, prevista en la D.A.35.^a LGSS pues aunque ésta establece bonificaciones a la Seguridad Social aplicables a los nuevos trabajadores incluidos en el RETA a partir de la entrada en vigor del LETA, para autónomos con 30 o menos años de edad (elevando esta edad a 35 en el caso de mujeres) esta previsión carece de la naturaleza de medida de acción positiva en favor de las mujeres y antes bien constituye una medida de fomento del autoempleo de los jóvenes, hombres y mujeres, aunque la edad máxima prevista para las mujeres sea más elevada y por tanto, más favorecedora de su autoempleo.

De otra naturaleza, bastante más innovadora y ambiciosa, son las medidas tendentes a modificar el régimen mismo de la titularidad de las explotaciones agrarias. Se pretende así actuar directamente sobre la titularidad de la unidad económica agraria dando entrada a la misma a la mujer rural, sin que, sin embargo, quede afectado el régimen de la titularidad dominical de los bienes que integran esa unidad económica agraria. Mediante dos normas diferentes, primero el RD 297/2009, de 6 de marzo, y más recientemente la Ley 35/2011, de 4 de octubre, se ha iniciado un nuevo camino en la implantación de medidas

de acción positiva a las que ya se refería la LOIEMH (art. 30)³⁰. Efectivamente, iniciadas por el RD 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias³¹ que recogía medidas puramente administrativas, la Ley 35/2011, de 4 de octubre, necesaria por razones de rango al afectar a aspectos que precisan de reserva de ley formal (norma legal de cuya promulgación ya anticipaba el RD 297/2009), ha venido a dar una nueva vuelta de tuerca a las medidas de acción positiva. La Ley 35/2011 expresamente invoca en su Preámbulo la necesidad de promover una acción positiva para dar visibilidad a las mujeres del campo y para que éstas puedan ejercer y disfrutar de todos los derechos derivados de su trabajo en las explotaciones agrícolas en términos de igualdad con respecto a los hombres, favoreciendo la asunción de decisiones gerenciales y de los riesgos y responsabilidades derivados de aquéllas. La regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias tiene el objetivo, por tanto, de promover y favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico de su participación en la actividad agraria con la particularidad de que, siendo como es una figura de constitución meramente voluntaria, también contempla otras medidas de acción positiva para aquellos supuestos en los que no se constituya dicha titularidad compartida, reconociendo derechos económicos generados a favor del cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, frente al titular de la explotación agraria, como contraprestación por su actividad agraria, efectiva y regular en la explotación. Así, la particularidad en materia de Seguridad Social de la titularidad compartida es que, imputándose como se imputan los rendimientos de la explotación agraria a los dos titulares al 50%³², ambos deben quedar comprendidos en el ámbito del sistema de Seguridad Social. Pero no sólo eso: además, extiende al cónyuge y pareja de hecho³³ del titular de la explotación agraria que se constituya a su vez en titular de la explotación agraria de titularidad compartida, el derecho a los beneficios en la cotización a la Seguridad

³⁰ Art. 30: 1. A fin de hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales desarrollarán la figura jurídica de la titularidad compartida, para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento de su trabajo.

³¹ Habilitación al Gobierno que deriva de la Disposición Final 4.^a Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural.

³² La explotación agraria de titularidad compartida es la unidad económica, sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad, para la gestión conjunta de la explotación agraria (art. 2 Ley 35/2011).

³³ Respecto de la pareja de hecho, el art. 10.3 Ley 35/2011 dispone: «Lo previsto en el apartado anterior será aplicable al miembro de la pareja de hecho que se constituya en titular de la explotación agraria en régimen de titularidad compartida, una vez que se regule, en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social y de los Regímenes que lo forman, el alcance del encuadramiento de las parejas de hecho de los titulares de explotaciones agrarias, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional segunda de la citada Ley 18/2007, de 4 de julio».

Social a que se refiere la Disposición Adicional Primera de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, siempre que se cumplan las condiciones en ella establecidas y que además, eleva el límite de edad para disfrutar de dicha bonificación a 50 o menos años de edad (entrada en vigor el 5-1-2012). Es decir, que las bonificaciones no se aplican al cónyuge sólo en el supuesto de pariente colaborador del titular sino que, buscando el legislador como busca la titularidad compartida, las extiende también al cónyuge si se constituye en titularidad de la explotación agraria de titularidad compartida, pues no hacerlo así hubiera sido contrario al designio del fomento de esta nueva figura de titularidad de las explotaciones agrarias.

Pero las medidas no se agotan en lo señalado: aunque no sea propiamente una medida de seguridad social, el art. 13 reconoce al cónyuge o pareja de hecho del titular de la explotación agraria, cuando no se ha constituido el régimen de titularidad compartida de la explotación agraria, cuando participe de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación sin percibir pago o contraprestación por el trabajo realizado, el derecho a una compensación económica a cargo del titular de la explotación agraria o de sus herederos, en casos de transmisión de la explotación agraria, de nulidad o disolución del matrimonio o de la pareja de hecho por separación, nulidad o muerte, o en los supuestos de liquidación del régimen económico del matrimonio o de las relaciones patrimoniales establecidas por la pareja de hecho. Es importante resaltar que esta previsión no prejuzga ni se refiere en ningún caso —para condicionar, limitar o excluir el derecho a esta compensación económica— a la situación a efectos de Seguridad Social de esta participación «de forma efectiva y regular» en la actividad agraria del cónyuge o pareja de hecho del titular: sólo se refiere a la ausencia de pago o contraprestación por el trabajo realizado sin que, a mi parecer, quepa encuadrar en dicho concepto las cuotas que —eventualmente— hubieran podido satisfacerse por dicho trabajo como pariente colaborador del titular de la explotación agraria puesto que, si participa de forma regular en la actividad agraria del titular de la explotación estamos claramente ante un cónyuge colaborador, que debe cursar el alta en la Seguridad Social en concepto de tal.

Precisamente, a la cotización del cónyuge del titular del negocio se refiere, también en lo que constituye claramente una disposición de seguridad social, la Disposición Adicional 52.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (entrada en vigor el 1-1-2013). Según esta disposición, en los supuestos de separación, divorcio o nulidad, cuando quede acreditado que uno de los cónyuges ha desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio familiar sin que se hubiese cursado la correspondiente alta en la Seguridad Social, en el régimen que correspondiente, se impone al juez que conozca de la separación, divorcio o nulidad la obligación de comunicar tal hecho a la Inspección de Trabajo

y Seguridad Social al objeto de que ésta lleve a cabo las actuaciones que correspondan, referencia sin duda a la posibilidad de levantamiento de, cuanto menos, actas de liquidación (y es de suponer que también de infracción). La norma dispone que las cotizaciones no prescritas que, en su caso, se realicen por los periodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento jurídico a efectos de causar las prestaciones de seguridad social e imputa el importe de tales cotizaciones al negocio familiar imputando su abono al titular del mismo. Como antes se ha señalado, se trata de una medida enunciada en términos de género neutro pero no cabe duda que va a beneficiar grandemente a las mujeres quienes normalmente no son las titulares del negocio familiar.

5. Medidas de acción positiva en relación con la maternidad y la atención y el cuidado de hijos y familiares.

El establecimiento de ficciones de cotización para determinados periodos relacionados con la atención de hijos y familiares

Sin duda, uno de los principales inconvenientes a los que se han tenido que enfrentar las mujeres ha sido el hacer compatible la maternidad —tanto la gestación y atención del menor durante los primeros meses como durante los primeros años de vida del menor— con el trabajo fuera del hogar familiar, así como la atención de otros familiares dependientes, pues por razones históricas y sociológicas sobre la mujer han recaído normalmente estas obligaciones además de las obvias biológicas en el caso de la gestación. Desaparecidas ya las discriminaciones por razón de sexo que prohibían a las mujeres la realización de determinados trabajos sobre la base de una legislación paternalista fundada en la menor fortaleza física de la mujer y trasladado el centro de imputación de la normativa de prevención de riesgos laborales a la tutela de la maternidad, la realidad es que ésta —y por extensión, el sexo femenino en cuanto portador de esa posibilidad— se ha erigido desde siempre como un obstáculo para el acceso de la mujer al mercado de trabajo cuando no directamente como una causa de extinción de la relación laboral. En este sentido, han sido numerosas las medidas arbitradas por el ordenamiento jurídico y no sólo a nivel normativo sino también jurisprudencial para, por un lado, fomentar la contratación de mujeres, especialmente a través de bonificaciones a la seguridad social, y por otro lado, para evitar que la maternidad pueda constituir causa de extinción de la relación laboral, configurando un estatuto jurídico muy protector de la maternidad desde la perspectiva laboral, en una larga evolución que ha culminado, como es sabido, con una tutela reforzada de la situación contractual tanto de la mujer durante el embarazo como durante el disfrute y una vez acabado éste, del permiso de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, así como durante las posibles enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural,

adopción o acogimiento [art. 55.1.a), b) y c) ET] salvo que el despido no tenga motivos relacionados con el embarazo o con el ejercicio de esos permisos o excedencias. A esto se añaden otras medidas de tutela como, entre otras, las relativas al disfrute del periodo de vacaciones incluso fuera del año natural al que corresponden, cuando el periodo de vacaciones fijado coincida con una incapacidad temporal derivado del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato por maternidad (art. 38.3 ET).

Estas medidas, por tanto, han tenido dos objetivos distintos.

Por un lado, vencer las reticencias empresariales para la contratación de mujeres en general, de mujeres de determinada edad, o de mujeres en profesiones en las que se hallaban subrepresentadas. En este sentido, las medidas articuladas en materia de Seguridad Social lo han sido mediante la técnica habitual en el marco de las políticas de fomento de empleo de establecimiento de bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social bonificando la contratación de mujeres (en general, en determinados supuestos o en determinadas profesiones en las que estaba subrepresentadas) e incluso mediante la medida conocida como el «coste cero» de la maternidad, es decir, la bonificación completa de la cotización a la Seguridad Social de la persona contratada con un contrato temporal de interinidad para cubrir el periodo de baja por maternidad, paternidad o riesgo durante el embarazo o la lactancia, de la trabajadora o la subvención directa de la contratación de mujeres con contrato suspendido (indefinido o temporal que se transforme en indefinido) reincorporadas tras la maternidad o incluso, de manera más general, bonificando los contratos de interinidad suscritos con beneficiarios de prestaciones por desempleo para sustituir a trabajadores en situación de excedencia para el cuidado de hijos, lo que, en general, como ya se ha dicho, beneficia especialmente a las mujeres en cuanto que estas son las que principalmente hacen uso de esta excedencia³⁴. En este sentido hay que recordar que las

³⁴ En la actualidad, no obstante, la Ley 35/2010 ha efectuado una importante reordenación de las bonificaciones y ha suprimido algunas de las bonificaciones y subvenciones establecidas con carácter general para las mujeres aunque ha dejado subsistentes algunos supuestos de bonificación anteriores y todo ello sin perjuicio de que se siga contemplando entre los colectivos prioritarios de las políticas de empleo a las mujeres, aunque también y fundamentalmente a los parados de larga duración y los jóvenes. Esta preferencia suele concretarse en una mayor cuantía de la subvención o bonificación en los casos establecidos cuando la contratación lo es de mujeres. Así, en la actualidad, las bonificaciones y subvenciones vigentes en la actualidad relativas a las mujeres o relativas a la conciliación de la vida laboral o familiar, son: a) mujeres con contrato suspendido (indefinido o temporal que se transforme en indefinido) reincorporadas tras la maternidad (1.200 euros, durante 4 años) [ex Ley 43/2006]; b) contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad (biológica o por adopción o acogimiento), paternidad, o riesgo durante el embarazo o la lactancia (100% cuota empresarial de interino incluyendo las contingencias profesionales y los conceptos de recaudación conjunta) y el 100% de la cuota del trabajador en situación de maternidad (incluyendo contingencias profesionales y conceptos de recaudación conjunta), mientras dure la sustitución [RDL 11/1998 y Ley 12/2001]; c) contratos de interinidad con beneficiarios de prestaciones por desempleo para sustituir a trabajadores en

medidas de acción positiva están plenamente aceptadas en el marco de las políticas activas de empleo previéndose entre las medidas aptas a tales fines «*las oportunidades de empleo y fomento de la contratación definidas como aquellas que tengan por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, ya sea con carácter general o dirigida a sectores o colectivos específicos*» y «*el fomento de la igualdad de oportunidades en el empleo de mujeres y hombres*», así como «*las oportunidades para colectivos con especiales dificultades*» (art. 25 Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo).

El otro objetivo ha sido proteger a la mujer embarazada a fin de evitar que la situación de gestación pudiera determinar la extinción de su contrato. En este sentido, primero jurisprudencialmente mediante la creación de la figura del despido radicalmente nulo y después legislativamente, mediante la protección reforzada en el momento de la extinción del contrato de trabajo de la mujer embarazada o durante el disfrute del permiso de maternidad o riesgos durante el embarazo o lactancia o incluso por enfermedades causadas por el embarazo, parto, o lactancia natural, e incluso tras la reincorporación al trabajo tras las citadas suspensiones [art. 55.1.a), b) y c) ET], recogiendo la jurisprudencial constitucional y comunitaria.

También el ordenamiento de la Seguridad Social reaccionó a la protección de la maternidad mediante el establecimiento de la prestación sustitutiva de la renta perdida por la suspensión del contrato por maternidad, con sus abundantes y sucesivas modificaciones normativas, siempre dirigidas a mejorar el estatuto jurídico protector de la prestación económica de maternidad, en muchos casos también mediante el reconocimiento del derecho a esta prestación a favor del varón, en un intento de lograr una mayor implicación de éste en la atención del recién nacido. En todo caso, desde el punto de vista de la generación de futuros derechos de Seguridad Social por parte de su titular, la suspensión del contrato por maternidad carecía de efectos negativos, al mantenerse la obligación de alta y cotización (art. 106.4 LGSS), lo que se extiende incluso al desempleo

situación de excedencia para el cuidado de familiares (95%, 60% y 50% de la cuota por contingencias comunes durante el primer, segundo y tercer año respectivamente de excedencia) mientras dure la excedencia [ex D.A.14 ET]; d) Trabajadoras autónomas que cesen la actividad por encontrarse en periodo de descanso por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural y que sean sustituidos por desempleados con contrato de interinidad bonificado (100% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda al tipo de cotización establecido como obligatorio durante la sustitución) durante todo el tiempo que dure la sustitución [D.A.2.^a Ley 12/2011, modificada por LOIEMH]; e) Mujeres reincorporadas a la actividad autónoma en los dos años siguientes al parto (100% de la cuota por contingencias comunes correspondiente a la base mínima de autónomos durante cinco años [ex Ley 45/2002]).

Además de estos supuestos, las subvenciones previstas para jóvenes de entre 16 y 30 desempleados durante más de doce meses, mayores de 45 años desempleados durante más de doce meses, personas con discapacidad, en determinados supuestos de conversión de contratos las subvenciones son más elevadas en caso de mujeres.

durante la situación de maternidad y tanto si la maternidad es previa al desempleo como si se inicia una vez la trabajadora ya está en situación de desempleo (art. 222.2 y 222.3, párrafos tercero y quinto, LGSS). Así pues, nada reseñable desde el punto de vista aquí considerado: igualdad formal que se traduce, durante el periodo de descanso por maternidad, también en igualdad material, por la vía de la prestación económica por maternidad y el mantenimiento de la obligación del alta y cotización durante dichos periodos o en su caso las ficciones de cotización señaladas durante la prestación de maternidad una vez extinguido el contrato de trabajo. O dicho de otra manera: puesto que la prestación de maternidad sólo mantiene su condición femenina en el caso de maternidad biológica y exclusivamente durante el periodo de descanso obligatorio, la realidad es que no existe ninguna diferencia por razón de sexo en esta materia. La implantación de la prestación por paternidad como forma de implicar al otro progenitor en la atención del menor y en tanto medida dirigida a lograr un mejor reparto de las cargas familiares se enmarca en esa misma política de acciones de promoción de la igualdad de responsabilidades en materia familiar y por tanto, puede entenderse también como una medida —indirecta— de acción positiva.

En todo caso, y fuera ya del ámbito estricto de la maternidad, la atención y cuidado de los hijos y familiares constituye también una función que tradicionalmente han asumido las mujeres y que tiene como efecto la retirada de la mujer del mercado de trabajo y consiguiente interrupción de su carrera de seguro, bien a través de la figura de la excedencia para el cuidado de hijos o para el cuidado de familiares, bien directamente mediante la extinción del contrato de trabajo. Tampoco se puede olvidar las varias posibilidades de reducción de jornada con reducción de salario que tienen en la atención de hijos o menores y familiares su causa, reducción de salario que también tiene consecuencias negativas en materia de protección social. En este sentido, aunque originariamente estuvieron configuradas mas como medidas de corte natalista que de acción positiva en favor de la mujer, el ordenamiento de la Seguridad Social contempla desde hace tiempo el establecimiento de ficciones de cotización (es decir, la atribución de periodos de cotización no realizados efectivamente) en determinados supuestos de reducción de jornada, suspensión o extinción del contrato a fin de anular los efectos negativos que, en materia de seguridad social, se derivan de esas reducciones, suspensiones y extinciones cuando su finalidad o su causa ha sido la atención y cuidado de hijos y familiares. Con todo, fue fundamentalmente la LOIEMH la que viró el fundamento de estas medidas dotándolas de una naturaleza de acción positiva y aunque, como he señalado, todas estas medidas no limitan su destinatarios a las mujeres pues estas instituciones jurídicas se reconocen en términos de igualdad formal con independencia del sexo, las mujeres acaban siendo sus directas beneficiarias pues los datos estadísticos disponibles ponen de manifiesto que son ellas quienes hacen prácticamente uso exclusivo de estas posibilidades al recaer sobre ellas el grueso de las responsabilidades familiares.

No cabe duda que las ficciones de cotización son un sistema útil para anular el perjuicio que sobre las carreras del seguro tienen estas situaciones, y, además, barato a corto plazo pues se trata de un derecho que tiene un plazo de efectividad diferido e incluso, en algunos casos puede que no llegue a tener efectividad como es el caso de carreras contributivas insuficientes para causar derecho a prestaciones incluso con las cotizaciones ficticias o los supuestos de carreras de seguros a las que nada añaden dichas ficciones.

Así, en primer lugar, el art. 180 LGSS establece como prestación familiar contributiva la consideración de periodo de cotización efectiva —a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad— de una parte del periodo de excedencia para el cuidado de hijos o menor acogido (tanto acogimiento familiar permanente o preadoptivo aunque sea provisional) y otros familiares. La diferente consideración de uno y otro colectivo (hijos o menores acogidos y otros familiares) es significativa: hasta la última modificación —la operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto— la consideración como periodo cotizado se extendía con carácter general a dos años, aunque se elevaba a 30 meses en caso de familia numerosa general o 36 meses en caso de familia numerosa especial. La Ley 27/2011 (con entrada en vigor en este aspecto el 1-1-2013) ha elevado hasta los tres años —es decir, todo el periodo de la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos o menores acogidos— la consideración de este periodo como de cotización efectiva, lo que implica el efecto 0 de la excedencia para el cuidado de hijos en el ámbito de la Seguridad Social pues tal consideración lo es para todas las prestaciones salvo la incapacidad temporal, y tanto para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización efectiva como, en el supuesto de la jubilación (y la incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, tras la reforma operada por la Ley 40/2007), para el cálculo de la cuantía de la pensión.

Igual periodo de consideración efectiva, a resultas de la LOIEMH, se aplica al primer año del periodo de excedencia para el cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, cuando no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida (art. 180.2 LGSS). Además, el tiempo de esta excedencia que excede del periodo considerado como de ocupación cotizada tiene la consideración de situación asimilada al alta a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, con la salvedad de la prestación de incapacidad temporal y maternidad³⁵. Esto supone que, aunque el efecto negativo que sobre la carrera del seguro despliega la pérdida de la

³⁵ Esta previsión se introdujo por la D.A.3.º RD 1251/2001, de 16 de noviembre, en su nueva redacción operada por el RD 1335/2005, de 11 de noviembre. En la actualidad, se encuentra recogida en la D.A.4.ª Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural que deroga el RD 1251/2001, de 16 de noviembre.

cotización durante la excedencia voluntaria para el cuidado de estos familiares para el resto del periodo respecto del que no opera la ficción no se anula, por lo menos durante esta situación la trabajadora puede acceder a la protección derivada de las pensiones en situación más ventajosa que si no existiera esta asimilación al alta pues las carencias exigidas cuando el trabajador está en alta son inferiores a las exigidas cuando el trabajador no está de alta (con la salvedad de jubilación, que en todo caso son 15 años). En esta misma línea, por lo que respecta a la protección por desempleo, aunque no le alcanza la ficción de cotización señalada, el periodo de excedencia no superior a tres años sí se considera situación asimilada al alta a efectos de obtener la prestación por desempleo, pudiendo retrotraerse el periodo de seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar por todo el periodo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en situación de excedencia forzosa³⁶.

Pero la atribución de cotizaciones para compensar la discontinuidad de la carrera profesional de la mujer en el ámbito de la Seguridad Social debida a motivos o responsabilidades familiares comprende más supuestos que los señalados de suspensión y extinción del contrato de trabajo alcanzado también a determinados supuestos de reducciones de jornada por motivos vinculados con la atención de hijos o menores acogidos y otros familiares.

Así, en primer lugar, el art. 180.3 LGSS (con origen en la LOIEMH) considera como periodo de cotización efectiva el periodo de reducción de jornada por guarda legal de menor de 8 años o de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial siempre que no desempeñe actividad retribuida previsto en el art. 37.5 ET. Este artículo, como es sabido, consagra un derecho a la reducción de la jornada entre 1/8 y 1/2 de su duración por tales razones con la consiguiente reducción del salario. Esta reducción de salario lleva aparejada una reducción de la cotización e, indirectamente, una reducción de las futuras prestaciones si el periodo a tomar en consideración para su cálculo comprendiera ese periodo dentro del periodo computable. Esta ficción de cotización consiste en considerar como cotizado al 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada sin reducción de las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada por cuidado de menor. La ficción de cotización se limita al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en dicho art. 37.5 ET con la salvedad del nuevo supuesto de reducción de jornada para el cuidado de menores a cargo enfermos de cáncer u otra enfermedad grave (párrafo tercero art. 37.5 ET

³⁶ Ex Ley 4/1995, de 23 de marzo, de Regulación del permiso parental y por maternidad. A esta norma se remite la D.A.4.ª.2 RD Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

introducido por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre) en el que nuevamente las cotizaciones realizadas durante dicho periodo de reducción de jornada se computarán incrementadas al 100% de la cuantía que le hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo y en este caso a los efectos de todas las prestaciones (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural e incapacidad temporal. La exclusión de este listado de la prestación por desempleo no implica un perjuicio para el trabajador para el acceso a esta prestación pues hay que recordar que la prestación por desempleo está excluida de la regla de proporcionalidad prevista para el trabajo a tiempo parcial de la D.A.7.^a LGSS, como antes se ha señalado.

También el art. 180.4 LGSS (con origen nuevamente en la LOIEMH) dispone medidas tendentes a evitar los perjuicios que pueden derivarse para el trabajador de la reducción de jornada pero, en este caso, cuando con carácter previo se haya disfrutado de una excedencia. Como durante la situación de excedencia ni se percibe salario ni existe, por tanto, cotización, el establecimiento de las ficciones de cotización a las que se ha hecho referencia obliga a establecer algún sistema para determinar por qué base de cotización hay que computar dicho periodo. El art. 7 RD 1335/2005, de 11 de noviembre disponía (y dispone) que a tales efectos —se refería a los efectos de la consideración de los periodos de excedencia como cotizados— la base de cotización estaría constituida por el promedio de las bases de cotización del interesado correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del periodo de excedencia laboral para el cuidado del hijo, del menor acogido o de otros familiares. El art. 180.4 LGSS lo que dispone ahora es que, para el supuesto de que dicha excedencia hubiera estado precedida de una reducción de jornada en los términos señalados en el art. 37.5 ET —es decir, para el cuidado de hijos, menores o familiares—, las cotizaciones realizadas durante la reducción de la jornada se computarán también incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

Pero sin duda, un nuevo avance en las medidas de acción positiva arbitradas en los últimos años lo constituye la directa atribución de cotizaciones para acceder a determinadas prestaciones por el hecho mismo de la maternidad, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo o directamente, cuando no existe relación laboral o profesional determinante de la inclusión en el sistema de Seguridad Social. En este sentido, hay que señalar dos medidas normativas recientes de muy diferente alcance. En primer lugar, la asimilación a periodo de cotización de 112 días por cada parto de un solo hijo (y 14 días más por cada hijo más en caso de parto múltiple) a favor de la mujer solicitante de pensión de jubilación o incapacidad permanente, con la única salvedad de si esos periodos ya estuvieran cotizados por haber disfrutado del permiso de maternidad (D.A.44.^a

LGSS añadida por LOIEMH). Con esta medida³⁷ claramente de acción positiva, que alcanza a todos los efectos (periodo de carencia y efectos sobre la cuantía de la prestación) para el acceso a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social —lo que la jurisprudencia ha extendido también al SOVI³⁸— se atribuyen cotizaciones por el simple hecho del parto e implícitamente está presente el hecho de que la mujer no estaba en tal momento en situación de alta que determinara el derecho a disfrutar del permiso de maternidad. En segundo lugar, la Ley 27/2011 ha introducido una nueva Disposición Adicional en la LGSS —la D.A.60.^a— por la que se atiende ahora específicamente al supuesto de extinción del contrato de trabajo por razones vinculadas con la maternidad (biológica o por adopción o acogimiento) atribuyendo nuevamente cotizaciones ficticias, regulación que lo es «sin perjuicio de lo dispuesto en la D.A.44.^a LGSS» lo que viene a significar la compatibilidad de ambas previsiones. Según esta disposición adicional 60.^a (que entra en vigor el 1-1-2013) en los supuestos de interrupción de la cotización por extinción de la relación laboral o finalización del cobro de prestaciones por desempleo producidas entre los 9 meses anteriores al nacimiento o los 3 meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente (con exclusión por tanto, del acogimiento simple) y la finalización del sexto año posterior a dicha situación, se atribuyen 112 días de cotización, días que se irán incrementando gradualmente hasta alcanzar 270 días por hijo en el año 2019³⁹ sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Es decir, el supuesto de hecho que motiva la atribución de cotizaciones ficticias es que la cotización real del trabajador se interrumpa en el periodo comprendido desde el inicio del embarazo (los 9 meses anteriores al parto) o los tres meses anteriores a la adopción y los 6 años siguientes al parto o adopción, pérdidas de cotización que se cubren con las cotizaciones ficticias que esta nueva medida viene a establecer. Estas cotizaciones lo son a todos los efectos salvo para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido y en cualquier régimen de la seguridad social. Además aunque desde el punto de vista del género la medida es neutra pues se reconocerá a cualquiera de los progenitores pero sólo a uno de ellos, existe una cierta feminización, pues en caso de controversia el derecho se otorga a la madre, previsión de difícil concreción en caso de que ambos progenitores sean de sexo femenino en caso de maternidad por adopción o acogimiento (pues en caso de maternidad biológica la madre será una de ellas). En cualquier caso se establece un límite máximo de consideración como periodo cotizado por cuidado

³⁷ Tortuero Plaza (2006), p. 100.

³⁸ SSTS de 21-12-2009 (Rcud 201/2009) y 21-12-2009 (Rcud 426/2009), dictadas ambas en Sala General.

³⁹ La propia D.A.60.^a dispone en su apartado 2 que en función de las disponibilidades económicas del Sistema de Seguridad Social podrán anticiparse la implantación de esta medida antes del año 2018 en los supuestos de familias numerosas.

de hijo en 5 años por beneficiario, límite que se aplicará también cuando esta previsión concurren con el beneficio de atribución de cotizaciones previsto en el art. 180.1 LGSS.

Las medidas señaladas parece que no agotan el propósito del legislador de continuar en la implantación de medidas de acción positiva a favor de las mujeres que les permitan incorporar a sus carreras de seguro los periodos de atención a hijos y familiares. Además de las previsiones ya señaladas recogidas en el art. 9 Ley 27/2011 (nueva D.A.60.^a LGSS y modificación art. 180.1 LGSS) la Disposición Adicional 5.^a Ley 27/2011, de 1 de agosto, encomienda al Gobierno para que, en el plazo de un año, presente en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, un estudio sobre las medidas a adoptar para impulsar los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos, de las personas con discapacidad o personas en situación de dependencia, como elementos a considerar en las carreras de cotización de las mujeres, estudio que deberá contener una evaluación económica de las medidas que se propongan, así como la regulación contenida actualmente en la LGSS especialmente en el art. 180 LGSS y en el art. 9 de la propia Ley 27/2011. Es claro el propósito del legislador de fomentar la generación de derechos propios por parte de las mujeres sobre quienes, como se ha apuntado anteriormente, recaen en su mayor parte las responsabilidades familiares impidiéndoles en muchos casos desarrollar sus propias carreras de seguro. Con medidas de este tipo no cabe duda que se compensa a las mujeres de ese esfuerzo en un trabajo no retribuido que, sin embargo, tiene un gran peso en el producto interior bruto de nuestro país y que está llamado a precisar en el futuro de una mayor atención por obvias razones demográficas. Generación de derechos propios que, por otro lado, tampoco sin duda hay que conectar con las futuras reformas que se avecinan en materia de la protección por viudedad. Un endurecimiento de su régimen jurídico —reservándola a quienes efectivamente dependen de las rentas del causante también en el ámbito matrimonial como así se ha hecho en su extensión a las parejas de hecho—, unido a la importante restricción también en su acceso para los ex cónyuges, obliga a prever mecanismos que compensen en el ámbito de la Seguridad Social a las mujeres por la realización de unos trabajos de gran valor social y económico. En definitiva, medidas de acción positiva que permitan restablecer una igualdad material más allá de la aparente igualdad formal existente en nuestro ordenamiento de seguridad social.

* * *

En definitiva, el ordenamiento de seguridad social está asumiendo nuevas funciones que superan la clásica de reparación de situaciones de necesidad vinculadas a la pérdida de los ingresos en el marco de la realización de activida-

des laborales o profesionales: la promoción de la igualdad material de las mujeres mediante la articulación de medidas de acción positiva en su lucha contra la discriminación por razón de sexo. Esta nueva función no concurre, a mi parecer, en aquellos casos en los que el ordenamiento de la seguridad social se limita a establecer mecanismos correctores sobre los parámetros que utiliza para el reconocimiento de las prestaciones dispensadas, medidas que, con ser importantes, responden a la misma lógica del sistema contributivo-profesional. Sí ocurre, sin embargo, en las más recientes —y posiblemente también futuras— reformas con las que se ha puesto en valor el trabajo realizado por las mujeres por el hecho mismo de la maternidad y el cuidado y atención de los hijos y acogidos menores y otros familiares dependientes de cara a la generación de futuros derechos propios en materia de seguridad social y ello cuando esta actividad no ha determinado una suspensión de una relación laboral y profesional por ser esta inexistente. Se reconoce así un importante trabajo social no remunerado de gran impacto en el Producto Interior Bruto del país que normalmente viene recayendo sobre las mujeres sin ningún reconocimiento social. En el futuro el número de personas mayores dependientes va a alcanzar niveles muy elevados y con toda probabilidad, su asistencia continuará recayendo sobre las unidades familiares y con independencia de que resultaría conveniente un mejor reparto de estas obligaciones en el seno de la unidad familiar mediante una modificación profunda de los estereotipos sociales, lo cierto es que estos precisan para su modificación de algo más que medidas normativas y con toda probabilidad, mayoritariamente estas responsabilidades van a continuar recayendo sobre las mujeres. Compensar en el ámbito de la Seguridad social ese esfuerzo permitiéndoles el reconocimiento de ese trabajo para la generación de sus propios derechos de seguridad social parece un camino que merece la pena emprender, extensivo, por supuesto, a aquellos varones que quieran compartir también estas responsabilidades.

Bibliografía utilizada

- BALLESTER PASTOR, A. (1994): *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch).
- CGPJ (2006): *La discriminación positiva*, Madrid (CGPJ).
- FERRERAS ALONSO, F. (2003): «La igualdad de trato de mujeres y hombres en la Seguridad Social: de la realidad constitucional a la realidad diaria», *Relaciones Laborales*, n.º 17.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O. (2011): «La definitiva superación de la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial en materia de protección social. Comentario a la STJUE de 10 de junio de 2010», *Revista General de Derecho del Trabajo* (IUSTEL), n.º 23.
- GARCÍA NINET, J.I. (1998): «El Régimen Especial de Empleados de Hogar», en AA.VV. (dir. GARCÍA NINET): *Los regímenes especiales de la Seguridad Social*, Valencia (CISS).
- GARCÍA NINET, J.I. (dir.) (2007): *Propuestas para un cambio jurídico del Régimen Especial de Empleados de Hogar*, investigación financiada mediante subvención recibida de acuer-

do con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social —FIPROS—). Puede descargarse de la página web del Ministerio de Trabajo e Inmigración: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/FondodeInvestigacio48073/EstudiosFIPROS/tema2/index.htm

ROJAS RIVERO, G. (2006): «La igualdad entre hombres y mujeres. Comentarios al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad», *Revista General de Derecho del Trabajo (Iustel)*, n.º 11.

TORTUERO PLAZA (2006): *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Madrid (Thomson-Civitas).

VICENTE PALACIO, A. (2005): «Trabajo a tiempo parcial y determinación del periodo de carencia para el acceso a la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y de jubilación. Comentario a las SSTC 253/2004, 49/2005 y 50/2005», *Revista General de Derecho del Trabajo (IUSTEL)*, n.º 9.