

DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECIFICOS Y SEGURIDAD SOCIAL

Rosa Quesada Segura
Catedrática de Derecho del Trabajo y SS
Universidad de Málaga

I. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El propósito de la protección social no es la mera supervivencia, sino la integración social y la preservación de la dignidad humana.

Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2001 sobre Seguridad Social

La aspiración humana de convivir en paz, dignidad y derechos toma cuerpo en el siglo XX cuando, como reacción de las naciones vencedoras de la segunda guerra mundial, y a fin de evitar las causas que la hubieran generado, surge la necesidad de crear un nuevo orden social mediante la constitución de una gran organización internacional con carácter universal cuyos principios se recogen en la trascendental Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Antes, ya la Sociedad de Naciones (1918), y en su seno, la Organización Internacional del Trabajo (1919) se había constituido con igual finalidad¹. Si bien es a partir de los años cuarenta cuando realmente se producen una serie de cambios fundamentales que dieron lugar a los nuevos compromisos de los Estados – europeos, principalmente-: el modelo keynesiano de política económica basado en el estímulo público del crecimiento económico (*The General Theory of Employment, Interest and Money* (1936) y la creación de la Seguridad Social actual (Informes Beveridge: *Social Insurance and Allied Services* (1942) y *Full Employment in a Free Society*, (1944) como instrumento esencial para la garantía de las condiciones de existencia de los individuos y por ello núcleo del Estado Social.

La intención estratégica de la política económica que propuso Keynes era promover el crecimiento y el pleno empleo. La intención estratégica de la sociedad de Bienestar que defendía Beveridge era la protección de aquellos afectados por los riesgos y

¹ Preámbulo de la Constitución de la OIT, aprobado en 1919: “Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo en lo concerniente a... la lucha contra el desempleo...”.

contingencias de la sociedad industrial y crear un patrón de igualdad social². Estrategias directamente condicionadas ya que la segunda solo es factible en la medida en que la primera triunfe, proporcionando de este modo los recursos necesarios para su consecución. Y, en ambos casos su finalidad era – es- la de prevenir y evitar el conflicto social mediante la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los individuos y la estabilidad a las economías desconectando, en parte, los cambios en el empleo de la demanda efectiva³. En suma, la finalidad de permanencia de las democracias capitalistas avanzadas mediante formulas de reparto más justo de la riqueza y la garantía de derechos.

De este modo la Seguridad Social se conforma como una pieza imprescindible del entramado normativo e institucional de todo Estado civilizado y decente (digno)⁴ y así se recoge en los textos internacionales en donde el derecho a la Seguridad Social se define como derecho subjetivo o como objetivo protector del Estado. Y en este doble aspecto la definió Beveridge, *“la seguridad del individuo, organizada por el Estado, contra los riesgos a los que está expuesto” (Full Employment in a Free Society).*

Como derecho de la persona, el derecho a la Seguridad Social es uno de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de Naciones Unidas – *“toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social” (artículo 22)*. Enumerando a continuación los derechos básicos que se incluyen como contenido de la declaración inicial y programática - *“toda persona tiene derecho a la asistencia médica y a los servicios sociales necesarios, a la seguridad en el caso de enfermedad, discapacidad, viudez, vejez y desempleo y a los cuidados y asistencia especiales a la maternidad y a la infancia” (artículo 25)*. Y en igual sentido aparece recogido en los grandes Pactos Internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) -*“los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” (artículo 9) -*.

Como obligación de los Estados de crear los medios necesarios para garantizar el derecho a la Seguridad Social de los ciudadanos, se consagra en el Convenio OIT 102 (1952), norma mínima de Seguridad Social, único instrumento internacional basado en

² Este era el ideal que Beveridge impulsó: la ordenación de un verdadero Sistema a partir de los Seguros Sociales y la Asistencia Pública, no como resultado de la suma de ambas en un conjunto unitario sino como creación de un Sistema propio – *“una función nueva necesita un nuevo ordenamiento, que debe ser unitario y al que hay que atribuirle una identidad propia” -*. En definitiva, el sistema de Seguridad Social asume un criterio novedoso de estructuración e integración que consiste en el reconocimiento de una responsabilidad social, por parte del Estado, sin ningún límite debido a la naturaleza de los riesgos, a las distintas categorías sociales, profesionales... (en VENTURI, A: *“Los fundamentos científicos de la Seguridad Social”* (traducción de Tudela Cambronero, G.), Madrid, 1994, pp. 285,286, refiriéndose al Informe Beveridge *“Seguro Social y Servicios Afines”*).

³ OFFE, C.: *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Alianza Universidad, 1990, pág. 136.

⁴ MONEREO, J.L.: Artículo 34. Seguridad Social y ayuda social, en *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Dir. y coor. Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L.), Comares, 2012, pág. 910.

principios fundamentales de seguridad social⁵, que establece normas mínimas aceptadas a nivel mundial para las diferentes situaciones de desprotección que pueden afectar al ser humano⁶.

Todo ello implica una profunda transformación del Estado mismo que, *a fin de garantizar derechos subjetivos a prestaciones públicas, exige poner en pie una institución que cree un campo jurídico en el que se integren los ciudadanos y en el que se establezcan cargas y ventajas – obligaciones y derechos-, una institución que necesite disponer de enormes recursos económicos para hacer frente a los estados de desprivación de los individuos*⁷. La organización, por tanto, de una formidable estructura pública que debe contribuir a paliar los estados de necesidad por los que puede transitar las personas.

Se está reconociendo, pues, la Seguridad Social como un derecho subjetivo que debe expresarse en el ámbito de la sociedad. La Seguridad Social es, en consecuencia, una obligación que se encomienda a los Estados como derecho instrumental, procedimental, al servicio del derecho de toda persona a la dignidad humana y, a su vez, un derecho individual de los sujetos que se ejercita en el seno de la sociedad. Frente a los derechos intrínsecos de la persona individual – a la vida, a la dignidad, a la salud, a la educación...- que se agotan en si mismos, *los derechos ligados a la convivencia necesitan establecer la relación o finalidad que a través de los mismos se garantizan*⁸ - esencialmente, aquí, la consecución de la equidad a través del reparto social de la riqueza a fin de paliar estados de carencia de las personas que integran dicha sociedad.

De esta forma la Seguridad Social se ha convertido en un valor universal en si mismo, en tanto en cuanto es instrumento de garantía de derechos y prestaciones que hacen posible el acceso a la dignidad que como persona compete a todo ser humano, a la vez que como una estructura social que se construye a fin de garantizar la efectividad de tales derechos.

⁵ Respecto a derechos específicos incluidos dentro del sistema de Seguridad Social la acción de la OIT ha sido muy numerosa, especialmente en materia de protección por desempleo. Así el Convenio 2 OIT (1919), sobre desempleo, el Convenio 44 OIT (1934) igualmente sobre desempleo, y el Convenio 168 OIT y la recomendación 176 (1988) que lo acompaña sobre el fomento del empleo y la protección por desempleo (1988). Sobre

⁶ En la Declaración de Filadelfia (1944), la Conferencia Internacional del Trabajo reconoció la obligación de la OIT de *“extender las medidas de Seguridad Social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa”*. En este sentido, el Convenio 102 OIT, adoptado en la Conferencia de 1952, tiene como objetivo que los sistemas de seguridad social se pongan en practica en todos los países, para lo cual establece cual sea el conjunto de riesgos sociales que generan estados de necesidad contra los cuales deben organizarse los sistemas nacionales: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, prestaciones de sobrevivientes. Si bien, en principio, los Estados cumplen aceptando la previsión únicamente de tres de estos.

⁷ ALONSO OLEA, M.: La política de la Seguridad Social”, Boletín de Estudios Económicos”, Deusto, 1965, nº. 64, pág. 33.

⁸ PECES BARBA, G. :Lecciones de Derechos Fundamentales, Dykinson, 2004, pág. 284

La ubicación del derecho a la Seguridad Social en la Constitución española, relegada al Capítulo III y no a los dos anteriores del Título I, supuso la opción del constituyente por no reconocer la misma transcendencia a estos derechos que a los derechos civiles y políticos. De esta forma el derecho a la Seguridad Social queda fuera del círculo privilegiado de las garantías constitucionales recogidas en el art. 53.1 y 2 CE, y, en consecuencia, se limita su efectividad - el carácter vinculante y su alegación directa ante los Tribunales de Justicia - *a lo que dispongan las leyes que lo desarrollan* - de acuerdo con el art. 53.3 CE.

Por otra parte la consideración de los derechos sociales como principios inspiradores que deben informar su posterior desarrollo legal apenas si encuentra fundamento en el art. 41 CE, al menos en un sentido riguroso y positivo –sí lo tiene en cuanto a las líneas orientadoras que en todo caso le vincula- lo que los convierte, en la práctica, en una construcción del derecho positivo. Así lo entendió el Tribunal Constitucional al reconocer que el derecho de la Seguridad Social *...es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel* -STC 65/1987-; sin que pueda ser suficiente por sí mismo para basar las alegaciones ante los Tribunales de Justicia: *las normas que contienen derechos sociales o de prestación...únicamente cobrarán peso específico autónomo en la medida en que su contenido se lleve a la práctica en aplicación o desarrollo del postulado de Estado social...* -STC 215/1994-.

Pero, pese a todo, ello no significa la arbitrariedad legal en el desarrollo de los mismos. Como puso de manifiesto Vida Soria, los “principios rectores” son algo más que meras formulas programáticas, son principios claramente configurados que vinculan al legislador en la regulación legal o reglamentaria posterior, aunque no puedan ser directamente invocados por los ciudadanos ante los Tribunales más que a través de las normas legales que los contemplan⁹. En este caso, la garantía constitucional se extiende al desarrollo de la ley que regule tales derechos o que ponga en marcha los postulados de política social, por lo que la norma legal se ve compelida en su desarrollo, al menos en sentido negativo, al no poder contradecir el principio constitucional o –por omisión- al no atender al mandato de los poderes públicos – como se confirma en SSTC 24/1982, 103/1983, 74/1987, 116/1987, 45/1989 -.

O dicho de otro modo y con fundamento en el artículo 41 CE, el Estado se compromete en la realización de los fines de la Seguridad Social, y por tanto, *no sólo es responsable de la organización de un régimen público de Seguridad Social, sino responsable de una protección concreta que se satisface a través de un régimen público de la Seguridad Social*¹⁰. Es decir existe una auténtica “garantía institucional”, como factor de

⁹ VIDA SORIA, J., “Artículo 41. Seguridad Social”, en Comentarios a la Constitución (Dir. Alzaga Villamil, O.), Edersa, Madrid, 1984, págs. 83 y ss.

¹⁰ VIDA SORIA, J., “Artículo 41. Seguridad Social”, en Comentarios a la Constitución... op.cit., pág. 101: “Esta será por tanto –continúa el autor- “directa función del Estado en cuanto que es su responsabilidad. La tímida y supuesta privatización de la Seguridad Social quedaría así en cierto modo conjurada por el Texto constitucional, en cuanto que, en síntesis, toda acción de Seguridad Social es tarea del Estado. De donde se deduciría una interpretación correctora de la

protección de una determinada institución social –en sus caracteres básicos, tal y como son entendidos y reconocidos por la conciencia social-, frente a las decisiones modificadoras del poder legislativo¹¹. Incluso, desde la perspectiva de derechos a prestaciones económicas, el reconocimiento constitucional supone la limitación al Estado en orden a dictar disposiciones que supriman ese derecho, lo hagan inútil o ineficaz –como sería, sencillamente, suspender el pago de las prestaciones públicas a fin de reducir el déficit público -.

Por lo demás, el artículo 10.2 CE obliga a la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España¹². Regla hermenéutica que también vincula en este caso, aunque los derechos a interpretar sean derechos sociales no incluidos entre los derechos fundamentales. Ello supone a más de un estándar de interpretación, la garantía de que el alcance que se dé a estos derechos por normas positivas o por resoluciones judiciales no podrá contradecir o limitar el alcance previsto para estos derechos en las normas Internacionales ratificadas por España.

En consecuencia el deber que recae sobre los poderes públicos se corresponde con un derecho del ciudadano que va más allá del desarrollo de una norma de carácter programático. Ciertamente nuestra Seguridad Social es el resultado de la acción legislativa. Pero también es cierto que el legislador se ve compelido por el mandato constitucional interpretado de acuerdo y con el alcance que presta el Convenio 102 OIT. En este sentido el Convenio 102 no solo es regla de derecho positivo a nivel interno de cada Estado que lo haya ratificado, sino también fuente valiosa en el ámbito comunitario. Debe recordarse como la Carta Social Europea (1961) establece la obligación para los signatarios de sostener Sistemas de Seguridad Social, tomando como referencia el Convenio 102, si bien con el compromiso adicional de su perfeccionamiento progresivo¹³. Y, especialmente el Convenio 102 OIT se considera

última frase del artículo 41: “sólo” la actividad complementaria (voluntaria, privada, es decir “no Seguridad Social” será libre. Todo lo que sea, por el contrario, “Seguridad Social” es necesariamente, por cuanto será necesariamente función del Estado”.

¹¹ En este sentido ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, Revista de Seguridad Social, núm. 15, 1982, págs. 77 y ss.; RODRIGUEZ-PIÑERO, M.-GONZALEZ ORTEGA, S., “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”, en II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Instituto de Estudios Laborales, Madrid, 1985, págs. 271 y ss.; APARICIO TOVAR, J., La Seguridad Social y la protección de la salud”, Civitas, Madrid, 1989, págs. 66 y ss.

¹² Virtualidad hermenéutica del precepto que confirma nuestro Tribunal Constitucional de forma reiterada. Entre otras, SSTC 78/1982; 84/1989 y 139/1989.

¹³ RODRIGUEZ- PIÑERO BRAVO- FERRER, M.: “Sobre la configuración constitucional de la Seguridad Social”, Comares, 1999, pág. 103, criticando que el artículo 41 CE, directamente condicionado por el artículo 12 de la Carta Social Europea, no haya avanzado más al hilo de esta: “Nuestro precepto constitucional utiliza el calificativo de público – que asegura la configuración de la seguridad Social como servicio público – y suficiente, en lugar de “satisfactorio” – que emplea la Carta Social Europea, lo cual contiene un elemento de exigencia, pero no el mandato de optimización o elevación progresiva que contiene la Carta”.

guía en el significado y alcance de los derechos sociales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en varias de sus normas. En el artículo 12, en donde se garantiza *el derecho a la Seguridad Social en un nivel satisfactorio equivalente, por lo menos al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social*, así como *a elevar progresivamente su nivel de protección*; en el artículo 13 en donde se declara *el derecho a la asistencia social y médica, velando porque toda persona que no disponga de recursos suficientes...pueda obtener una asistencia adecuada*, y, de forma particular, en el artículo 34 referido a la Seguridad Social y ayuda social cuando, en la garantía de los derechos sociales de prestación que enumera, lo hace con una doble virtualidad: por un lado, en cuanto constituyen un límite para las políticas públicas que han de respetarlos; y por otro, en cuanto imponen, por su propia naturaleza, un programa de acción positiva por parte de los poderes públicos¹⁴

De tal forma que la garantía constitucional que confiere el artículo 41 CE obliga en el desarrollo legislativo del sistema de Seguridad Social al respeto a tres principios claros:

-El carácter público de la Seguridad Social. Todo lo que sea Seguridad Social es necesariamente público, por cuanto que será necesariamente función del Estado. Lo que garantiza el carácter obligatorio del sistema -para todos los sujetos comprendidos en el nivel contributivo-, y el establecimiento de un mecanismo básico de tutela -para todos los sujetos comprendidos en el nivel asistencial-, así como el tratamiento bajo los principios de igualdad formal -no se puede tratar de forma desigual sin justificación objetiva razonable- y de igualdad sustancial -es posible el trato preferente de colectivos tradicionalmente peor tratados con fundamento en la igualdad de oportunidades-. Y finalmente, su carácter público es sinónimo de financiación presupuestaria¹⁵.

-El carácter universal de la Seguridad Social. Lo que supone la declaración del derecho subjetivo de todos los ciudadanos frente a los poderes públicos. O dicho de otra forma, la deslaboralización en el plano constitucional de la política de Seguridad Social¹⁶. En esta idea, lo importante es la ausencia de recursos y no la existencia de contribución previa como consecuencia de una actividad profesional.

¹⁴ MONEREO, J.L.: Artículo 34. Seguridad Social y ayuda social, en La Europa de los Derechos, op. cit., pág. 899.

¹⁵ VIDA SORIA, J., “Artículo 41. Seguridad Social”, en Comentarios a Constitución... op. cit., “De esta forma “carácter público de la Seguridad Social” va unido al “sistema de financiación presupuestario”, más moderno, más perfecto y más progresista que el contributivo. “Hoy día está casi unánimemente aceptado que transferir la carga económica de la Seguridad Social al presupuesto es un elemento decisivo para la supervivencia empresarial, y en suma, para el relanzamiento económico”.

¹⁶ DE LA VILLA GIL, L.E., DESDENTADO BONETE, A.: Manual de Seguridad Social, 2º ed. Pamplona, 1979

-La suficiencia en las prestaciones. Lo que quiere decir que debe atenderse a la realidad de la situación de necesidad y a la carencia de ingresos propios –función de compensación de rentas- trasladando a un segundo plano la función meramente sustitutiva de rentas en activo, propia de los sistemas contributivos¹⁷ -.

A lo que debe añadirse, especialmente a partir del nuevo artículo 135 de nuestra Constitución, un principio de racionalización económica basado en la consecución del equilibrio financiero por el que el legislador nacional se verá compelido. Y que a la postre va a suponer un cambio trascendente en el sistema mismo.

Porque ahora el sacrificio que se pide va más allá de los límites lógicos que imponía el sistema para su mantenimiento. Como recuerda De la Villa *la obligación estatal de mantener un sistema de Seguridad Social no predetermina el contenido del mismo sino que la ley ordinaria puede incrementar o reducir los niveles de cobertura*¹⁸. Y es que, como también se puso de relieve, *la suficiencia no puede ignorar las disponibilidades socioeconómicas del sistema que tiene que apreciar el legislador y los límites del principio de solidaridad en su relación con los principios de igualdad y proporcionalidad*¹⁹.

Lo que ocurre es que tras la reforma (consensuada) del texto constitucional, el principio de sostenibilidad financiera supone un paso más que rompe el juego hasta hoy presente entre la suficiencia en las prestaciones, la equidad en el reparto y las disponibilidades económicas. Por ello la situación actual es distinta y más grave que cualquier otra desde el inicio de la democracia.

En definitiva, este nuevo principio racionalizador en coexistencia con los otros principios que informan el sistema de Seguridad Social determina que, aún sin negarlos, se vayan modificando (reduciendo, reformando). Así, el principio de universalidad en las prestaciones y en los sujetos se mantiene por la técnica de reforzar – endurecer – la contributividad, aumentando cada vez más la asistencialidad. De tal forma que cada vez más beneficiarios pasarán a recibir el subsidio en lugar de la prestación. Al mismo tiempo, la dificultad de llegar a las prestaciones cuando requieren una larga historia de cotización, crea importantes vacíos de cobertura que derivarán o bien hacia el nivel asistencial, o bien, hacia el aseguramiento privado, que cada vez más se incentiva.

En cuanto a la determinación de la suficiencia en las prestaciones, si estas disminuyen o se acorta su tiempo de percepción, se dice, aumenta el ahorro y, con él, la posibilidad de que el sistema se mantenga, aunque vayamos hacia una fragmentación del mismo, especialmente respecto a aquellas prestaciones de larga duración. Las pensiones, el

¹⁷ GONZALEZ ORTEGA, S., “La protección por desempleo”, Relaciones Laborales, núm. 20, 1993, pág. 19.

¹⁸ DE LA VILLA GIL, L.E. “El modelo constitucional de Protección social” en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor L.E. de la Villa, Madrid, 2006*, pág. 1549.

¹⁹ RODRIGUEZ- PIÑERO BRAVO- FERRER, M.: “Sobre la configuración constitucional de la Seguridad Social”, Comares, 1999, pág. 103

desempleo, las incapacidades...van separándose cada vez más de ese todo unitario e integrador que debe ser la reparación ante situaciones de necesidad.

Y en cuanto al principio de publicación del sistema puede resultar fácil avanzar en la línea privatizadora, sin que constituya un gran impedimento la redacción del art. 41 de la Constitución. Bastaría como afirma Vida Soria refiriéndose a las pensiones, con *potenciar las prestaciones asistenciales y congelar las prestaciones contributivas* añadiendo que, concretamente, la sustitución del principio de reparto por el de capitalización *sería el dato definitivo para diagnosticar la desaparición del sistema público de pensiones y el principio de la privatización definitiva del sistema mismo*²⁰.

En definitiva, en base a la primacía del principio económico-financiero de las cuentas públicas - incluido, desde luego, el sistema de protección social público -, al que nos obliga la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera²¹, con fundamento en el artículo 135 CE y en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria²², nuestro sistema público de Seguridad Social, que, sin duda se mantendrá, tanto por imperativo Constitucional como por los principios de política social que se consideran fundamentales en el derecho de la Unión Europea y por tanto, de aplicación preferente, sin embargo aboca peligrosamente a su devaluación. En este sentido vamos hacia un sistema “de pobres”, es decir a un sistema asistencial de mínimos y en este caso seguirá siendo “universal”, pero del que *“escaparan” aquellos que utilizando las medidas facilitadoras – negociación colectiva,, instituciones de previsión voluntaria y libre – puedan y quieran asegurarse un sistema de protección mejor*²³.

No obstante, frente a todo lo anterior, debe oponerse el vigor que el principio de igualdad ha adquirido en los últimos tiempos. En este sentido el artículo 14 CE debe entenderse con toda la complejidad que encierra y que la jurisprudencia constitucional y la doctrina iuslaboralista se ha encargado de desarrollar:

Como cláusula de antidiscriminación que ha de respetarse en la aplicación de los derechos y libertades contenidos en la Constitución, en el mismo sentido que se hace en los grandes Tratados internacionales. Por ello su ubicación sistemática - antes de la Sección primera De los derechos fundamentales - muestra su vocación de principio general que alumbra todo el texto constitucional. Junto a ello, el principio de no discriminación obliga a tomar en consideración la situación real de marginación, de desventaja, en la que se han encontrado y se encuentran determinados colectivos respecto a aquel otro que es utilizado como modelo implícito de referencia por el sistema jurídico.

²⁰ VIDA SORIA, J. “Artículo 41: Seguridad Social”, op. cit. pp. 127.

²¹ Modificada por la LO 4/2012, de 28 de septiembre.

²² Bruselas, 2 de marzo de 2012, en vigor desde el 1 de enero de 2013

²³ MOLINA NAVARRETE, C.: Globalización, movilidad transnacional y prestaciones de Seguridad Social. “Micro-relatos de equidad judicial” ¿“renglones torcidos” de derecho?, Ed. Bomarzo, 2013

En este sentido, el apartado primero del artículo 14 CE establece un principio regulativo, un ideal de justicia, un modelo social, que queda vacío de significado de cara a la realidad cuando se confunde el deber ser con el es. Se llega de esta forma al concepto de discriminación indirecta que permite la corrección de situaciones discriminatorias objetivas existentes en la sociedad que incluye la tutela antidiscriminatoria²⁴. Y, finalmente, *para evitar que el principio general a la igualdad se convierta en una trampa para la igualdad real en el seno de la ciudadanía*, el principio de igualdad sustancial del artículo 9.2 CE hace presente la realidad y la confronta con el mandato general para, de este modo, tomar conciencia de las discriminaciones y subordinaciones existentes. *Es aquí, en este espacio entre la norma y la realidad, en la que actúa el principio de no discriminación en su vertiente positiva, para corregir la asimetría existente y lograr el cumplimiento del mandato general a la igualdad*²⁵.

Se abre, de esta forma, a la finalidad reparadora-compensadora de la Seguridad Social un campo propio de acción. No basta con el aseguramiento del trato no discriminatorio entre los sujetos y los colectivos en los que se integran, es necesario, además, la garantía del cumplimiento eficaz de los derechos para las personas y colectivos en desventaja.

Existe, por tanto, una dialéctica continua entre unos y otros principios: el principio de Igualdad en cuanto deviene en un auténtico Derecho Antidiscriminatorio que, especialmente por la vía de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido moldeando – modificando, reformando – nuestro sistema legal. El principio de solidaridad como garantía de distribución de la renta que responda de forma equilibrada a las necesidades de las personas en desventaja social, y, en consecuencia, el principio de Suficiencia – *que mide el nivel de desmercantilización adecuado en cada fase histórica* de Seguridad Social²⁶.

A partir de este planteamiento se puede contemplar de dos formas la relación entre los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución que se han venido a denominar inespecíficos, para distinguirlos de los básicamente laborales, y el sistema español de Seguridad Social: Desde el sistema protector que la Seguridad Social presta al ejercicio de estos derechos permitiendo y haciendo posible su ejercicio. La Seguridad Social, en este caso, como factor esencial en la garantía de otros derechos fundamentales. Y desde el derecho fundamental a la igualdad en el ámbito del propio sistema que impedirá el trato discriminatorio, aunque no el trato desigual, en las situaciones protegidas.

²⁴ RODRIGUEZ PIÑERO, M. Y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: Igualdad y discriminación. Temas claves de la Constitución española”, Tecnos, 1986, pág. 82

²⁵ RUBIO, A. “Artículo 14: el derecho a la igualdad y a la no discriminación” en Comentario a la Constitución socio-económica de España, (Dirección: Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N.) Comares, 2002, Pág., 951.

²⁶ BALDWIN, P.: La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar Europeo 1875-1975, Madrid, MTSS, 1992

II. DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS Y SU PROTECCIÓN EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Los derechos fundamentales son derechos indisolublemente unidos a la persona y a la dignidad humana que permiten y garantizan no solo los derechos relacionados con el ámbito íntimo de los individuos - derecho a la vida y a la integridad física, derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto; derecho a la libertad y a la seguridad; derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; a elegir libremente la residencia y a circular por el territorio nacional, derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, derecho a la educación, derecho a la tutela judicial efectiva – como en el ámbito social – derecho de reunión, de asociación, de participación en los asuntos públicos, de sindicación, de huelga, de petición individual o colectiva - . Su relación con la Seguridad Social afecta a los derechos individuales y, básicamente, a la garantía de la vida y la integridad física y al derecho a la dignidad de la persona, lo que permite su protección mediante la cobertura de las situaciones de necesidad que pueden afectar al individuo, ya que, si no existiera tal cobertura – médico, asistencial y económica – tales derechos quedarían vacíos de contenido. De esta forma el sistema público de Seguridad Social convierte, lo que son meras expectativas, en verdaderos derechos cuyo ejercicio se garantiza.

En consecuencia, todos los derechos relacionados con la protección de la vida, salud e integridad de la persona – asistencia sanitaria, incapacidades, pensiones, protección de riesgos profesionales, desempleo, dependencia – se garantizan a través de la Seguridad Social.

Pero junto a ello, también el sistema público de Seguridad Social viene a garantizar otros derechos, en este caso relacionados con el principio de Igualdad en su versión más positiva.

Se trata, sin embargo de medidas limitadas, que pretenden paliar situaciones de desprotección derivadas de nuevas circunstancias sociales, como es el caso del altísimo y dramático desempleo de los jóvenes, o surgidas al impulso del principio de igualdad comunitario y constitucional entre mujeres y hombres con la finalidad de complementar y hacer posibles aquellas otras que en las normas sustantivas de referencia se han ido añadiendo para garantizar la igualdad de género en el ámbito de la relación de trabajo.

No obstante, las restricciones presupuestarias pueden comprometer la efectiva implementación de iniciativas abordadas en el ámbito de las políticas de igualdad de oportunidades y de inclusión social, como la Estrategia española de discapacidad 2012-2020, el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración de los inmigrantes 2011-2014 o las Estrategias de igualdad entre mujeres y hombres.

Exponente visible de este retroceso social son las vicisitudes por las que está transitando el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, imprescindible dentro del desarrollo de las políticas de género e, inevitablemente, ligado a la crisis económica en nuestro país. En la actualidad, transcurrido el primer periodo de consolidación, en términos de gestión de solicitudes, valoraciones y asignaciones de planes personales de

atención, la fuerte caída de los recursos asignados en un momento donde, precisamente, hubiera requerido un mayor impulso, conducen a su declive evidente²⁷.

2.1. Algunos cambios legales que mejoran la protección social de los trabajadores jóvenes

Existen determinados supuestos de relaciones de trabajo para los se establece un tratamiento diferenciado y peculiar de las reglas de Seguridad Social. Las causas que fundamentan el tratamiento particular son diversas: incentivar la colocación, evitar situaciones de fraude, ajustar con precisión los tiempos de trabajo con los periodos de cotización correspondiente y, a su vez, con la duración y cuantía de las prestaciones a la que tienen derecho...En el fondo todas razones económicas – aunque en ocasiones se denominen medidas de fomento del empleo²⁸ - que buscan no incrementar el coste social del empresario, bien porque se le libere completamente del gasto, o bien porque se haga disminuir la cuantía de la cotización.

A la primera de estas categorías responden supuestos especiales – colectivos sensibles y por ello, vulnerables - incluidos en los programas públicos de fomento de empleo. A la segunda corresponde, entre otros, el contrato para la formación y el aprendizaje.

- a) La mejora de la protección de Seguridad Social del trabajador aprendiz.

Conviene detenerse brevemente en su evolución histórica para comprender como ha ido paulatinamente mejorando desde el punto de vista del aseguramiento social – como también lo ha sido desde de punto de vista de la protección laboral, pese a las críticas que siempre y con razón ha suscitado, debido a su utilización generalizada como formula de empleo precario -.

En la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, y de acuerdo con el propio art. 11 ET - en la redacción igualmente dada por la Ley 63/1997- se establecía que la acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprendería exclusivamente las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, la asistencia sanitaria en los casos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivadas de riesgos comunes y por maternidad y las pensiones.

²⁷ *Por una parte, la falta de información sobre la financiación del sistema, dificulta seriamente la posibilidad de analizar su evolución si no es a través de estimaciones. Se calcula en este sentido que el gasto del SAAD en 2012 ascendió a 6.570 millones de euros, con una participación decreciente de la Administración General del Estado y un considerable incremento de las aportaciones de los usuarios.* Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2012 (resumen ejecutivo), Consejo Económico y Social, mayo, 2013.

²⁸ MONEREO PEREZ, J.L.: La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral, *Bomarzo*, 2011, pág. 103: *El concepto de precariedad laboral es ambiguo, estando relacionado con la inestabilidad e inseguridad en el empleo, la situación de mayor vulnerabilidad de los trabajadores en la empresa y la deficitaria protección social y de Seguridad Social.* MARTINEZ ABASCAL, V A., AAVV.A.: Derecho al trabajo y políticas de empleo VVAA, El modelo social en la Constitución española de 1978, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 1.355.

En desarrollo de esta previsión el art. 13 del RD 488/1998, de 27 de marzo, reproduce el alcance de la protección social a las contingencias ya enumeradas. Incluyendo el derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

Este tratamiento, presentó dudas de constitucionalidad, ya que difícilmente resultaba sostenible, a la luz del principio de igualdad, un régimen restrictivo de los derechos de los trabajadores por cuenta ajena, por la única razón de la asignación de una cuota única, cuya finalidad no era otra que el deseo de no encarecer la cotización empresarial, aunque también, el fomento de la utilización de esta vía contractual para potenciar el empleo de jóvenes sin cualificación profesional.

Posteriormente, se les reconoció el derecho a las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural - de acuerdo a la Disp. Adicional decima de la LO 3/2007 y del RD 295/2009 -.

A continuación la Ley 35/2010 - Disposición Adicional tercera reconoció para los contratos para la formación suscritos con alumnos trabajadores en los programas de escuelas taller, casa de oficio y talleres de empleo, la misma acción protectora de la Seguridad Social que para el resto de los trabajadores contratados bajo esta modalidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 i) ET, y la Disposición Adicional sexta de la LGSS, si bien mantenía la excepción del desempleo.

Finalmente es el RD-Ley 10/2011, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que hayan agotado su prestación por desempleo, introduce en el artículo 11.2 h) ET el derecho a la acción protectora de la Seguridad Social de todas las contingencias y situaciones protegibles, incluido el desempleo. En coherencia con la finalidad que quiere potenciarse a través de este tipo de contrato de inserción de los jóvenes en el empleo remunerado y dentro de la dinámica de flexiseguridad de las políticas europeas de empleo, por lo que deben garantizarse igualmente los periodos de no ocupación, mediante el reconocimiento del derecho al desempleo.

- b) Otras cuestiones relacionadas con el empleo de los jóvenes y el sistema de su aseguramiento social.

Muy brevemente una referencia a dos cuestiones ya solucionadas de forma positiva:

Por una parte, existía el problema de la mayor dificultad de los trabajadores más jóvenes para acceder a la prestación de incapacidad permanente al exigírseles una progresión de la carencia más rápida que al resto de los trabajadores. Lo que había provocado duras críticas en nuestra doctrina científica que entendía, y con razón, que son los jóvenes los más afectados por el desempleo y por otra serie de motivaciones que ocasionan la interrupción en la carrera de seguro, como las formativas o las ligadas a la

maternidad²⁹. El cambio se produce por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social al mejorar las situación de los trabajadores más jóvenes mediante la paulatina extensión de la intensidad protectora al reducir el periodo mínimo de cotización para los menores de treinta y un año, quedando fijado en una tercera parte del tiempo transcurrido entre los dieciséis años y el momento del hecho causante de la pensión. Se corrige, de esta forma, una regla legal que afectaba de forma desigual y peyorativa a los trabajadores jóvenes.

Otro tema diferente es el de la situación de los becarios integrados en las empresas mediante una relación académica, precisamente porque están completando su formación. Como se sabe, la LO 4/2007, de 12 de abril por el que se modifica la LO 6/2001, de Universidades y RD 1393/2007, al introducir el llamado Plan Bolonia incorporó como elemento habitual de los planes de estudio la existencia de practicas externas. El Estatuto del Estudiante Universitario RD 1790/2010 de 30 de diciembre, regula las prácticas académicas externas que afectan a todos los estudiantes matriculados en cualquier enseñanza impartida por las universidades y centros adscritos a las mismas. La Disposición Adicional 3ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social contenía un mandato al Gobierno a fin de establecer mecanismos de inclusión en el mismo a favor de los participantes en programas formativos vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, cuando comporten contraprestación económica para los afectados, siempre que la participación en tales programas no supusiera el alta en el respectivo Régimen de Seguridad Social.

En aplicación de esta Disposición Adicional tercera, el RD 1493/2011, integró en el RGSS a quienes realizan prácticas formativas en las empresas que no poseen carácter puramente lectivo y que se hagan mediante contraprestación económica. En tal caso se aplican las reglas de cotización correspondientes a los contratos para la formación y el aprendizaje.

A su vez la Disposición Adicional primera del RD 1707/2011, sobre prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, excluía expresamente de la Seguridad Social *a los estudiantes universitarios que realicen las prácticas académicas externas*. Lo que suponía la inclusión, en el mismo grupo, de las prácticas académicas y a las profesionales, a fin de introducir una exclusión en el régimen de Seguridad Social contraria al mandato del legislador – lo que aparece muy claramente en la Exposición de Motivos de la propia Ley-³⁰.

²⁹ Comentando la oportunidad de tal medida GORELLI HERNANDEZ, J.: “El Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, Temas Laborales, nº 86, 2006, pág. 19. Y como critica de la situación anterior, DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma de las pensiones de la seguridad Social en 1997: un panorama general” en AA.VV. (Dir. Martín Valverde, A.) “Las reformas laborales y de la seguridad Social de 1997”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo general del poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 184; y ROQUE BUJ, R. “La incapacidad permanente, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 87.

³⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La Seguridad Social de los becarios tras la anulación del RD 1707/2012.

Esta Disposición fue recurrida por el sindicato CCOO, lo que motivó que la STS (Contencioso-Administrativo) de 21 de mayo de 2013³¹, declarase nulo de pleno derecho el RD 1.707/2011 en su totalidad, ya que, como en la misma se argumenta *la norma reglamentaria contradecía la Ley 27/2011 que venía a desarrollar, al dejar sin efecto la inclusión de los participantes en programas de formación cuando recibían contraprestación económica.*

2.2. La cobertura de riesgos específicos y el apoyo a la igualdad de género

La obligación del principio de transversalidad en todas las acciones legislativas y las políticas públicas es parte esencial del derecho fundamental a la igualdad de género en el ámbito de la Unión Europea, y como tal recogido en los Tratados Fundacionales y, por tanto, dotado de una eficacia directa y automática³².

En nuestro país la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, redefine un nuevo modelo de políticas igualitarias, basado no únicamente en el reconocimiento de iguales derechos para hombres y mujeres, ni siquiera desde la garantía de la igualdad de oportunidades en el estilo de las Constituciones Sociales, que como se sabe no supuso para éstas su reconocimiento como sujetos y ciudadanos plenos, sino desde la idea de que la equiparación real sólo es posible desde la aplicación de la perspectiva de género en todos los ordenes de la vida social, lo que lleva a la aplicación de las estrategias previstas para su logro, entre ellas, la transversalidad³³.

Considerar dentro de los derechos ligados a la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y por paternidad, por los riesgos derivados del embarazo y de la lactancia natural, o los derechos ligados a la protección integral de la trabajadora víctima de violencia de género, sin aportar una mínima cobertura social, convierte a estos derechos en meras posibilidades a los que, en cualquier caso, podrían acceder los trabajadores y las trabajadoras si bien

³¹ Ver comentario en ALVAREZ CORTES, J.C.: La “re-inclusión en la Seguridad Social de los estudiantes universitarios en prácticas. Comentario a la STS 171/2012” en Revista temas Laborales, nº 122, 2013, págs. 215-226.

³² BALLESTER PASTOR, M.A.: La lucha contra la discriminación en la Unión Europea, en revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011, nº 92, pág. 211.

³³ QUESADA SEGURA, R. “La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género” (Dir. Quesada, R. y Peran S.), Comares, 2009, pág. 13: *Aplicar la perspectiva de género supone rechazar el reparto social construido, como categoría sustancial derivada de la pertenencia a un sexo, y determinante de valores y actividades que se presumen diferenciados para mujeres y hombres. Supone hacer visible la realidad de la posición asimétrica de poder entre hombres y mujeres. Supone reconocer que una situación legalmente perpetuada de minusvaloración social de la mujer respecto al hombre debe equilibrarse a través de otros mecanismos diferentes a las declaraciones formales de igualdad entre los sexos. Aplicar la perspectiva de género, supone, finalmente, la necesidad – que no sólo la conveniencia - de incorporar estrategias globales capaces de medir el impacto que la identidad de género ha significado en todos los ámbitos de la organización social, para de esta forma, tener capacidad de introducir los métodos adecuados para su corrección.*

exclusivamente a su cargo. Por ello, consecuencia esencial del derecho fundamental de la igualdad de género es permitir a través de medidas legales, sustantivas o procedimentales, el que realmente se lleve a cabo³⁴.

Surgen en consecuencia un conjunto de derechos a prestaciones económicas de la Seguridad Social que tienden a procurar la asunción de las responsabilidades familiares tanto del trabajador como de la trabajadora. Por tanto la titularidad de los mismos se reconoce a título individual y sólo en un caso de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, la titularidad se reconoce en exclusiva a la mujer, que, sin embargo, puede ceder gran parte del periodo temporal al otro progenitor cuando ambos trabajen³⁵.

De todas formas se trata de derechos que se reconocen en momentos anteriores a los actuales de dura recesión del gasto público y que por ahora se mantienen, pero que difícilmente parece que se vaya a seguir progresando en esta vía. Por ejemplo, la LOI preveía respecto al permiso de paternidad, un incremento progresivo de los trece días reconocidos inicialmente hasta alcanzar en el año 2013, las cuatro semanas de duración. No obstante, año tras año se ha ido demorando la ampliación de la duración de este permiso, siendo el último fijado el 1 de enero de 2015³⁶.

a) Del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral a la promoción de la corresponsabilidad como derecho común de los trabajadores hombres o mujeres.

Tanto en la legislación laboral como en la de Seguridad Social se ha ido consolidando un conjunto normativo coherente y progresivo en materia de conciliación de la vida familiar y laboral derivado, en ocasiones, de la necesaria transposición de Directivas comunitarias o, en otras, como efecto de resoluciones del Tribunal de Justicia Europeo, pero que principalmente trae su causa en la LO 3/2007 – si bien, la asunción de las obligaciones familiares por uno u otro de los progenitores ya había sido recogida por la Ley 39/ 1999, de Conciliación de la vida laboral y familiar, aunque tímidamente y con

³⁴ CASAS BAHAMONDE, M.E.: Artículo 33. Vida familiar y vida profesional, La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Dir. y coord. Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L.), Comares, 2012 pág.- 889 , en donde deriva del propio artículo 14 CE la necesidad de impulsar el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares entre los hombres y las mujeres.

³⁵ Ver la crítica al mantenimiento del derecho prevalente de la madre a este permiso, en cuanto contrario a la idea de corresponsabilidad presente en la LOI en MOLINA HERMOSILLA, O.: Crisis económica, derechos sociales y contención del gasto ¿Queda espacio para el derecho a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres?, XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas, Cádiz, 2012.

³⁶ La Disposición Final segunda de la Ley 9/2009, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, demoraba la entrada en vigor de la duración de este permiso hasta el 1 de enero de 2011, pero, como se sabe, este plazo se fue trasladando a cada 1 de enero de años posteriores en diferentes Leyes por las que se establecían los Presupuestos Generales del Estado hasta llegar a la actual Ley 22/2013, de PGE para el año 2014 en cuya Disposición adicional vigésima segunda se vuelve a dar una nueva redacción a la disposición final segunda de la Ley 9/2009 en los siguientes términos: *la presente Ley entrara en vigor el 1 de enero de 2015*.

escasos resultados³⁷-. Conjunto normativo desde la perspectiva de género que persigue el cambio social de considerar que el cuidado del menor y de las personas dependientes corresponde tanto al trabajador como a la trabajadora y, en consecuencia, es un derecho que puede ejercitarse indiferentemente por uno u otra ante el empresario.

En el ámbito de la Seguridad Social la LO 3/2007, desarrollada en este punto por el RD 295/2009³⁸, llevo a cabo una importante ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social en esta materia y si bien su finalidad declarada en la Exposición de Motivos del RD 295/2009, es la de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral y favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, lo cierto es que su alcance fue notablemente superior al aquí declarado.

Respecto al avance en los derechos de corresponsabilidad, el art. 133 ter LGSS, reconoce como beneficiarios de la prestación por maternidad a los trabajadores por cuenta ajena cualquiera que sea su sexo, consistiendo la prestación económica en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que corresponda. Además de ello, la LOI flexibilizó los requisitos de cotización para el acceso a esta prestación en función a la edad – artículo 133 ter LGSS - Importante, en este sentido, también, la prestación económica por paternidad, ligada al permiso por laboral por paternidad, independiente del de la madre, cuyo subsidio, al igual que la anterior, equivale al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. Y, finalmente, se introduce una nueva prestación - Disposición final 21.2 de la Ley 39/2010 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 -, a favor de los progenitores, adoptantes o acogedores cuando ambos trabajen para el cuidado del menor o de los menores que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer u otra enfermedad grave durante el tratamiento continuado de la enfermedad y previa acreditación por el servicio público de salud correspondiente. Siendo en este caso la prestación económica la equivalente al 100 por 100 de la base reguladora y en proporción a la reducción que experimente su jornada de trabajo.

En otro orden, se sitúan los derechos dirigidos únicamente a la mujer trabajadora y cuya finalidad es la tradicional y doble protección de la salud y seguridad tanto de la mujer como especialmente del concebido y del lactante, así como del mantenimiento del empleo de la mujer trabajadora embarazada o en periodo de lactancia. A estas finalidades responden la prestación por riesgo durante la lactancia natural y de riesgo durante el embarazo, consideradas además, tras la LO 3/2007 como contingencias

³⁷ Prácticamente porque la Ley tuvo la virtualidad de perpetuar los roles sociales de género al primar la titularidad de los derechos de la mujer y otorgar al hombre un papel secundario. En este sentido CONDE-POMPIDU, T.: Maternidad y la conciliación dentro de la tutela de igualdad. Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida laboral y protección contra la violencia de género. Cuadernos de derecho Judicial. Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 44.

³⁸ RD295/2009, 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.

profesionales, lo que supuso que su cuantía se incrementaba en el 100 por 100 de la base reguladora correspondiente³⁹.

Otra nueva prestación de Seguridad Social introducida por la LOI fue el subsidio no contributivo de maternidad para las trabajadoras que no puedan acreditar la cotización necesaria para causar derecho a la prestación de maternidad exigido en el artículo 133 ter LGSS. Se trata de un subsidio mínimo ya que la cuantía de la prestación que se establece es la que corresponde al 100 por 100 del IPREM vigente y durante un espacio temporal muy reducido, al cubrir únicamente 42 días naturales, sin embargo se trata de una regla de claro carácter progresista al asegurar que, en todo caso, la maternidad es un riesgo cubierto por la Seguridad Social.

Finalmente, una referencia al conjunto de reglas ligadas a la cotización y establecidas con la finalidad de fomentar y procurar el ejercicio de los derechos vinculados a las responsabilidades familiares. Así la bonificación total de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por los contratos de interinidad que se celebren con trabajadores desempleados para sustituir a trabajadores durante los periodos de suspensión por paternidad y maternidad, así como a las trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural – RD-Ley 11/1998-. Y, de igual forma se establece la bonificación en la cotización de los trabajadores durante los periodos de descanso por paternidad o por riesgo durante la lactancia natural, si son sustituidos durante dichos periodos por trabajadores con contratos de interinidad bonificados.

Por otra parte, la Ley 27/2011 amplió a tres años los periodos de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, correspondiente al periodo de excedencia por cuidado de cada hijo - de acuerdo al artículo 46. 3 ET - ; manteniéndose igual regla respecto a los dos años del periodo de excedencia por cuidado de otros familiares dependientes. Por último las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el artículo 37.5 ET se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo e igualmente, a efectos de las mismas prestaciones ya señaladas.

b) Derechos de protección social de la mujer víctima de violencia de género.

El derecho a vivir dignamente, en libertad, sin ver amenazada la integridad personal o moral, constituye el principio fundamental en las relaciones sociales recogido en los grandes Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en las Constituciones de los Estados democráticos. Por ello resulta tan llamativa la pervivencia, en nuestras desarrolladas sociedades, de la violencia estructural contra la mujer como la más dura manifestación de la discriminación por género, paradójicamente incentivada por el efecto que las nuevas reglas de convivencia y de igualdad han producido en el ámbito de las relaciones personales. Y es que, sin duda, como se afirma en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de protección integral de la mujer víctima de violencia de

³⁹ Ver sobre el tema SEMPERE NAVARRO, A. V.: Visión panorámica de la reforma de la Seguridad Social en La reforma de la SS de 2007-2008 (Dir. Sempere Navarro, A.V., Coord. Areta Martínez, M.) Thompson Aranzadi, 2008, págs... 25 y ss.

género (LOIVG), la violencia contra la mujer es la manifestación más evidente de la discriminación por género, porque se le maltrata por el hecho de ser mujer, por el hecho de ser considerada carente de valores, de respeto y reconocimiento, como expresión de interacciones de dominio o patriarcales de los hombres sobre sus parejas.

En el ámbito de la protección social la LO 1/2004 introduce en la LGSS unas medidas muy concretas que responden a cuestiones puntuales.

- El reconocimiento de la prestación por desempleo

Se reconoce el derecho de la trabajadora víctima de violencia de género a la prestación por desempleo tanto durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los términos del artículo 48.6 ET, como por el ejercicio de su derecho a la extinción del contrato de trabajo de acuerdo con el artículo 49.1.m) ET. De esta forma, el artículo 208 LGSS, al considerar estos dos supuestos como situación legal de desempleo, abre la entrada a las prestaciones tanto a nivel contributivo como a nivel asistencial. Se exige, no obstante, el cumplimiento de ciertos requisitos, alguno concreto y otros generales, si bien quedan modalizados por la misma norma legal que los introduce.

En primer lugar la trabajadora víctima de violencia de género deberá demostrar su condición de tal, lo que deberá hacer, además de por las vías previstas en el artículo 23 LOIVG – orden de protección emitida por el Juzgado de violencia de Género o, excepcionalmente, informe del Ministerio Fiscal -, mediante un escrito de notificación del empresario que reconozca la extinción del contrato de trabajo por la causa prevista en el artículo 49.1.m) ET⁴⁰ -.

Esta acreditación permite la inclusión de la trabajadora víctima en la situación legal de desempleo junto con otras causas en donde la voluntariedad en la pérdida de empleo esta condicionada por la existencia de una situación externa y grave, que la limita y condiciona. Estamos, por tanto, ante una declaración constitutiva que se incluye en la enumeración de las situaciones que dan lugar a la situación de desempleo en donde es requisito legal el haber perdido el empleo por causas ajenas a la voluntad del trabajador. En este caso la involuntariedad se presume ex lege, pues se produce como consecuencia de una compulsión real que afecta a la voluntad, en este caso, de la trabajadora - o del trabajador cuando la alteración de su voluntad haya venido motivada por una actuación previa del empresario en el supuesto previsto en el artículo 50 ET -.

La segunda obligación, como beneficiaria de la prestación por desempleo, es la suscripción del compromiso de actividad de acuerdo a lo previsto en el artículo 231.2 LGSS, que obliga a una actitud de total disponibilidad del trabajador en relación a las medidas de empleo que se le propongan. En este sentido, el compromiso de actividad es coherente con la finalidad perseguida por la LOIVG de facilitar el empleo a las víctimas de violencia de género, sin embargo, también en este caso, el legislador ha sido sensible a la situación especial en la que se encuentran estas mujeres, al prever un

⁴⁰ Disposición adicional cuadragésima segunda LGSS establece que la situación legal de desempleo prevista en el art. 49.1 m) ET se acreditara por comunicación escrita del empresario sobre la extinción, junto con la orden de protección a favor de la víctima, o, en su defecto, junto con el informe del ministerio fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género.

tratamiento singular. Es por ello que la Disposición Adicional octava LOIVG, en su apartado cuatro, modifica el artículo 231.2 LGSS en el sentido de atenuar para las víctimas de violencia de género las obligaciones que deben ser asumidas mediante la suscripción del compromiso de actividad, delegando en el Servicio Público de Empleo competente la apreciación de esta situación y la posibilidad de cumplimiento del compromiso de actividad en relación con la misma.

No obstante, y partiendo de que la LOIVG introduce modificaciones en la LGSS únicamente para completar la protección en los derechos sustantivos reconocidos a la trabajadora víctima de violencia de género en la relación de trabajo, y que, por tanto, no se ha contemplado de forma general otras posibles modificaciones en el sistema de Seguridad Social, existe una inadvertencia del legislador incluso desde esa perspectiva tan limitada. Y es que no se ha tenido en cuenta la posibilidad del derecho a la prestación parcial del desempleo en el supuesto de que la trabajadora se vea obligada a la reducción de la jornada de trabajo por esta causa, de acuerdo al derecho reconocido en el artículo 37.7 ET cuando, por lo demás, la misma norma advierte que la reducción de la jornada de trabajo se hará con disminución proporcional del salario.

- El periodo de suspensión del contrato de trabajo como periodo de cotización efectiva.

Por último, y como obligado complemento al derecho que se reconoce en el art. 48.6 ET a la trabajadora víctima a la suspensión del contrato de trabajo en aras de su protección integral – 6 meses y como máximo 18 –, el artículo 124.5 LGSS considera tal periodo de tiempo como de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo. Es decir, a la mayor parte de las prestaciones contributivas del sistema, pero no a todas. Por ejemplo, quedan fuera las prestaciones por incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, lo que sin duda parece una grave inadvertencia del legislador en una norma de claro carácter protector e integral. No obstante, esta norma se completa con una regla interesante que introduce el artículo 210.2 LGSS, en este punto igualmente modificado por la LO 1/2004: el periodo de tiempo que se estima de cotización efectiva durante esta específica suspensión del contrato de trabajo surte efecto respecto a la adquisición del derecho futuro a la prestación por desempleo pese a percibir, durante el mismo, dicha prestación.

c) Ayuda especial a las desempleadas víctimas de violencia de género

Fuera de la LGSS, se establecen otras previsiones legales relativas a prestaciones públicas de carácter asistencial, tanto respecto a las situaciones extremas a las que se dirige como al contenido material de las mismas.

Responden tales medidas a uno de los principios rectores, recogido en su artículo 2, e) LOIVG, cual es el de garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género con el fin de facilitar su integración social. En este sentido el artículo 27 LOIVG, reconoce a las mujeres víctimas de violencia de género desempleadas el derecho a percibir una ayuda económica, siempre que se hallen en un determinado nivel de rentas - unos ingresos iguales o inferiores al 75% del salario

mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias - y respecto de las que se presume que, debido a su edad, falta de preparación general o especializada, y circunstancias sociales, tendrán especiales dificultades para obtener un empleo.

En base a esta previsión legal, el RD 1452/2005, de 2 de diciembre estableció un conjunto de ayudas⁴¹ dirigidas a este colectivo en el que se exige, junto con los requisitos ya enumerados, el acompañar un informe del Servicio Público de Empleo en el que se haga constar, de forma fundamentada, que su inclusión en los programas de empleo específicos que se establezcan⁴² no va a mejorar sustancialmente su empleabilidad.

Este carácter excepcional que, sin duda, supone el requisito del informe administrativo sobre las cualidades y capacidades de este colectivo, da muestra de las limitaciones del ámbito subjetivo de la norma y, en consecuencia, el cambio en tales circunstancias presupone la entrada a la situación ordinaria del itinerario de inserción profesional.

III EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 41 CE debe entenderse siempre en su obligada conexión con el art. 14 CE en cuanto fija los objetivos de igualdad y no discriminación. Es por ello que resulta plenamente aplicable en este caso la doctrina del Tribunal Constitucional que explica y justifica cuando el trato puede ser diferente sin ser discriminatorio o cuando existe vulneración del principio de igualdad⁴³, entendiendo que el derecho fundamental a la igualdad comprende no solo la discriminación patente, sino también la encubierta, la aparentemente formal o neutra con impacto adverso sobre la persona objeto de

⁴¹ Las ayudas consisten en un pago único que se modulará en función de las responsabilidades familiares o del grado de minusvalía de la víctima o de alguno de los familiares a su cargo, o por ambos conceptos. El procedimiento de concesión y pago de las ayudas corresponde a las Administraciones competentes en materia de servicios sociales y serán financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. La posibilidad de modulación de la cuantía de la ayuda económica en atención a las circunstancias anteriormente mencionadas, así como la necesidad de efectuar una mayor concreción de los factores que influyen en la capacidad de inserción profesional de la mujer víctima de violencia de género, aconseja el desarrollo reglamentario del artículo 27 LOIVG, con el fin de asegurar la correcta aplicación de la norma y garantizar el principio de seguridad jurídica y la igualdad en el acceso al derecho reconocido, dejando a salvo las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas para establecer el procedimiento de concesión de la ayuda.

⁴² De acuerdo a lo previsto en el artículo 22 LOIVG, es decir, en el marco de los Planes de Empleo Nacionales.

⁴³ Desde la STC 8/1981, de 30 de marzo, se ha venido declarando que en la aplicación jurisdiccional de la Ley puede existir vulneración del principio de igualdad “cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias, esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles”.

discriminación⁴⁴-, pero también, siempre, en directa relación con el art. 9.2 CE porque sólo a su través los derechos a los que se orienta y fundamenta, adquieren su significado más pleno⁴⁵.

El derecho fundamental a la Igualdad en el sistema de la Seguridad Social debe entenderse en todas las manifestaciones que este derecho fundamental implica. Como garantía de trato igual en los casos de prestaciones conectadas con el salario o capacidad de ganancia y de financiación contributiva. Como interdicción del trato discriminatorio por cualquiera de las razones que el artículo 14 CE señala. Y, finalmente, en su aspecto más positivo, en cuanto debe procurar la igualdad efectiva de aquellos colectivos que por razones históricas han sido peor tratados, lo que une a su finalidad compensadora.

En el ámbito de la Seguridad Social, son numerosas las cuestiones que se plantean desde la perspectiva de la igualdad, dada la variedad de regímenes y de tratamientos singularizados que contiene. Sin embargo, es notorio como la jurisprudencia constitucional u ordinaria ha asumido de forma constante la justificación del trato diferenciado y en este sentido *se erige en una suerte de "guardiana de la diferenciación normativa", buscando con ello perseverar al máximo las competencias del poder legislativo o reglamentario en la configuración del sistema"*⁴⁶.

⁴⁴ El concepto de discriminación indirecta fue acuñado en base a la Jurisprudencia comunitaria por un conjunto amplio de resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional antes de que se introdujera formalmente en el ordenamiento español. Como muestra de ello las SSTC 126/1982; 7/1983; 207/1987; 128/1987, 166/1988; 141/1988...: "...la discriminación indirecta que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios, pero de los que derivan diferencias fácticas entre trabajadores de distinto sexo".

⁴⁵ SSTC 128/1987, 19/1989 y 229/1992: "El carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el art. 9.2 C.E. la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un "derecho desigual desigualatorio». es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas y los hombres para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer. Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer.

⁴⁶ GOERLICH PESET, J.M^a., "La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada" Actualidad laboral, Tomo III, 1996, págs. 601-602; y un análisis detallado de la jurisprudencia constitucional en el que se advierte el importante papel de esta en el desarrollo del sistema de Seguridad Social en SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y., Seguridad Social y Constitución", Civitas, Madrid, 1995.

Lo que ha dado lugar a la, generalmente, escasa contundencia del control jurisdiccional a través de la eventual alegación del art. 14 CE por parte de nuestros Tribunales⁴⁷. Incluso ello ha sido así en temas referidos al principio de igualdad sustancial – pese a que se hubiera reconocido que el art. 41 CE *no constriñe al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho* STC 114/1987-.

De esta forma se ha llegado a la afirmación de que el tratamiento diferenciado de una misma situación de necesidad derivada de una determinada contingencia no basta para estimar vulneración del principio de igualdad cuando razones de suficiencia económica la justifican- *ciertamente el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una función decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales*, por lo que es posible que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, *regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento* STC 65/1987 -.

Ello permite mantener que los efectos típicos de un sistema basado en el nivel contributivo –*quien más cotiza puede obtener en el futuro mayores prestaciones*- no pueden considerarse discriminatorios respecto de aquellos cuya cotización ha sido inferior - *ya que como se constata fácilmente repasando la normativa vigente, nuestro sistema de Seguridad Social continúa conservando rasgos típicamente contributivos en buena parte de sus prestaciones* -SSTC131/1983 y 70/1991 -.

Así como permite excluir, sin tacha de discriminación, de los beneficios que el sistema comporta a quienes no hayan cumplido los requisitos de carencia legalmente exigidos. En STC 38/1995 el Constitucional afirma que, ante una prestación contributiva, *nada de extraño tiene que en su nacimiento, contenido o características influya, más o menos decisivamente, el historial cotizador del beneficiario, esto es, que el nacimiento del derecho y la cuantía de la prestación esté en función de la existencia e importe de las cotizaciones previas*, por lo que, concluye, *la presencia de una misma situación de necesidad derivada de una determinada contingencia no basta para estimar lesionado el principio de igualdad*.

Como tampoco se ha considerado que afecte al derecho constitucional a la igualdad imponer determinadas condiciones - *el principio general de incompatibilidad entre la*

⁴⁷ GARCIA NINET, J.I.: La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social (1981-1995), Ed. Ciss, Valencia, 1995. FERNÁNDEZ LOPEZ, M^a.F., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Coord.), Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional), Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 161 y ss. (pág. 214), PALOMAR OLMEDA, A., “El principio de igualdad en la definición y delimitación del contenido prestacional de la Seguridad Social”, en ALONSO OLEA, M.-MONTROYA MELGAR, A. Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social, 1993, Civitas, Madrid, 1995, págs. 540 y ss.

*percepción de las prestaciones por desempleo y el cobro de rentas debidas a un trabajo por cuenta ajena no supone vulneración del principio de igualdad ATC 694/1985*⁴⁸ -.

En resumen, existe una clara preferencia en la doctrina jurisprudencial a no alterar las diferencias de trato impuestas por el legislador fundadas en la garantía de la contributividad del sistema.

Por ello es tan reseñable el cambio producido últimamente en nuestra doctrina constitucional – si bien principalmente a impulso del Tribunal de Justicia europeo – a favor de la promoción de una igualdad efectiva y no solo formal o de trato, al interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho constitucional (a la igualdad) – STC 3/2007-, o al considerar que la discriminación indirecta *se produce tanto cuando exista una norma formalmente neutra y directamente no discriminatoria con efectos desfavorables en el grupo caracterizado por el factor protegido, como con una interpretación o aplicación de la misma que ocasione el resultado adverso*⁴⁹- STC 154/2006 -. Importante, además, por el sentido radical de su manifestación final, al expulsar del sistema una norma que no respeta las garantías jurídicas derivadas del orden constitucional ni comunitario previsto para los derechos fundamentales -SSTC 61/2013, 71/2013, de 8 de abril, 72/2013 de 8 de abril, 116/2013 de 20 de mayo y 117/2013 de 20 de mayo-, sobre las que se volverá más adelante. Todo lo cual debe valorarse muy positivamente tanto en un plano de esfuerzo por la renovación conceptual y técnica del Derecho de la Seguridad Social, en cuanto adaptación a la realidad, como por la recuperación, o mantenimiento, de un sentido de protección de las razones de las personas – primacía de la jurisprudencia de valores-⁵⁰

⁴⁸ En un supuesto donde el actor alega la discriminación resultante del art. 26.3 RD 920/1981 (Reglamento de prestaciones por desempleo) que dice “en la situación de pluriempleo, si al trabajador se le extinguiera su relación laboral en alguno de los empleos se le reconocerá el derecho siempre que reúna los requisitos para ello, quedando éste en suspenso mientras continúe trabajando en otro empleo durante un periodo de seis meses, transcurrido el cual quedará extinguido definitivamente”, en relación con la de aquellos trabajadores que experimentan una reducción de su jornada y rentas salariales en al menos una tercera parte, y obtienen el reconocimiento de las prestaciones por desempleo y disfrutan el subsidio de manera inmediata, ya que “a identidad de situaciones de hecho se produce un tratamiento diferenciado que ha de estimarse inconstitucional por injustificado”. A lo que se le contesta *que a este Tribunal no le corresponde emitir pronunciamiento alguno sobre los criterios que han de regir las contingencias protegidas por el sistema Seguridad Social; pero sí le compete declarar que no hay discriminación alguna en aquellos casos en los que la protección se organiza diferenciadamente, estableciéndose regímenes distintos para quienes estando pluriempleados, pierdan uno de los empleos, conservando el otro o los restantes, y para quienes, manteniendo una sola relación laboral, ven reducidas sustancialmente sus rentas. En este último supuesto el legislador ha previsto una excepción singular al ya indicado principio de incompatibilidad entre percepción del subsidio y trabajo remunerado, configurando una situación “parcial” de desempleo que no es comparable con la que invoca el recurrente*

⁴⁹ STC 154/2006 de 22 de mayo señala que En un supuesto de interpretación judicial que deniega el incremento especial correspondiente a la orfandad absoluta de un huérfano extramatrimonial.

⁵⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: Globalización, movilidad transnacional y prestaciones de Seguridad Social. “Micro-relatos de equidad judicial” ¿”renglones torcidos” de derecho?, Ed. Bomarzo, 2013, pág. 241

3.1. El principio de igualdad y los diferentes Regímenes Especiales de Seguridad Social

En lo relativo a las diferencias de tratamiento que han caracterizado a en los diversos Regímenes Especiales que integran el sistema de Seguridad Social, con diferencias notables, e incluso fundamentadas en la menor capacidad contributiva de los sujetos del sistema – que producía resultados injustos y comparaciones peyorativas, especialmente antes de la tendencia integradora de los Regímenes Especiales en el Régimen General -, el Tribunal Constitucional, por el contrario siempre ha defendido que no existe causa antidiscriminatoria ya que *la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá ser 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* –SSTC 103/1984 y 27/1988-.

O como también se ha sustentado - *la Constitución permite, aunque no impone, una diferente protección en atención a las causas que originan las situaciones de necesidad y, por tanto, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno, puedan tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso*, STC 375/1993 y ATC 573/1986-. Consolidando con su posición la idea, señala Monereo, de que el legislador ha optado siempre, con mayor o menor grado de intensidad por otorgar regímenes específicos de regulación y ámbitos de tutela, a ciertos trabajadores sin que esa desigualdad de trato haya sido pedida por el grupo afectado, ni quede de ordinario justificada en razón de criterios verdaderamente objetivos que la aconsejen⁵¹.

En estos supuestos el criterio seguido por el Constitucional ha sido el de proporcionalidad, por el cual el sacrificio de un derecho fundamental – a la igualdad y no discriminación – sólo resulta admisible en la medida que pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otro derecho fundamental que resulte prevalente de acuerdo con el sistema de valores consagrado por la Constitución y las circunstancias del caso concreto⁵².

En la actualidad, la tendencia unificadora que surge desde los primeros encuentros del Pacto de Toledo ha llevado a la integración paulatina de algunos de los Regímenes Especiales en el General, si bien adoptando la forma de Sistemas Especiales y, en general, a la consolidación de la a parificación de trato.

3.1.1. La tendencia a la integración. De los Regímenes Especiales de Seguridad Social a los Sistemas Especiales de Seguridad Social.

⁵¹ MONEREO PEREZ, J.L.: Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo, Civitas, Madrid, 1996, pág. 66.

⁵² SANGUINETI RAYMOND, W.: Derechos fundamentales del trabajador y poderes empresariales, Relaciones Laborales, nº 21, 2012.

El Pacto de Toledo señaló la necesidad - dentro de la lógica de los derechos sociales y del principio de igualdad – y la conveniencia – para la viabilidad del sistema – de unificar los diferentes Regímenes especiales de la Seguridad Social mediante su integración en el Régimen General.

Dos de estos Regímenes Especiales, los más clásicos, el agrario y el del servicio del hogar familiar, han pasado a integrarse en el Régimen General mediante su consideración de Sistemas Especiales, lo que no significa que no mantengan peculiaridades de cierto relieve al cambiar la técnica del “régimen especial” – las peculiaridades afectan al conjunto del régimen protector-, por otra, la técnica del “sistema especial” –las diferencias están ahora más en el modelo de cotización que en la acción protectora que se equipara sustancialmente⁵³-. Pese a lo que ello significa de avance en los derechos sociales y también de racionalización jurídica, perviven, todavía, en las nuevas regulaciones desigualdades en el tratamiento normativo respecto de determinadas prestaciones, al hacer depender de plazos temporales su integración plena y efectiva.

- El Sistema Especial de Seguridad Social Agrario (SEASS)

Las especiales características del trabajo en el campo, como la intrínseca temporalidad y estacionalidad, la presencia al mismo tiempo de trabajadores por cuenta ajena y de trabajadores por cuenta propia, en una situación de evidente debilidad económica, con las consiguientes diferenciaciones de los sistemas de empleo y de retribución - situación que no había llevado, sin embargo, a un régimen diferenciado de las normas laborales-, da lugar, a un conjunto de peculiaridades técnico-jurídicas, las mismas que, hasta su integración, habían justificado un Régimen Especial de la Seguridad Social.

El cambio normativo se produce, primero, con la integración de los trabajadores por cuenta propia en el RETA, también a través de la constitución de un “Sistema especial”⁵⁴, mientras que, para los trabajadores agrarios por cuenta ajena el tránsito definitivo – según lo previsto en su día en la Disposición adicional 2ª de la Ley 36/2003 – a la integración en el Régimen General de Seguridad Social, se realiza en virtud de La Ley 28/2011 de 22 de septiembre, configurado como un Sistema Especial⁵⁵.

Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General, si bien se establecen determinadas particularidades justificadas en el carácter eventual del trabajo agrario. Así durante los periodos de inactividad, los trabajadores son los responsables de la cotización, y, aunque conservan durante el mismo la mayoría de las prestaciones, quedan fuera de la protección de alguna de éstas como la incapacidad temporal, el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia natural, así como la correspondiente a las contingencias profesionales.

⁵³ MONEREO, J.L., MOLINA, C., QUESADA, R.: Manual de Seguridad Social, 9ª edición, Tecnos, 2013, pág. 572.

⁵⁴ Mediante la Ley 18/2007, de 4 de julio, modificada puntualmente por la Ley 27/2009.

⁵⁵ Ver sobre el tema ROMERO CORONADO, J.: La protección social en el medio rural, Comares, 2008.

La segunda peculiaridad reside en la exigencia de que, para acceder a la jubilación anticipada, en la modalidad prevista en el artículo 161.bis.2 de la LGSS (a partir de los 61 años de edad, por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador), y a efectos de acreditar el período mínimo de cotización exigido (treinta años), en los últimos diez años cotizados, al menos seis de los últimos diez años cotizados, deben corresponder correspondan a períodos de actividad efectiva en el Sistema Especial. Para ello, se computarán los períodos de percepciones de prestaciones por desempleo de nivel contributivo en este Sistema Especial.

Igualmente se prevé la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación del Sistema Especial con la realización de labores agrarias siempre que tengan un carácter esporádico y ocasional. Así como, se permite compatibilizar el percibo de la pensión de jubilación con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional.

No obstante, de la acción protectora, es la prestación por desempleo la que ofrece la peculiaridad más notoria y la que ha dado origen a una ordenación compleja y, como se sabe, especialmente polémica. Debe recordarse la reforma promovida por el Gobierno del Partido Popular en 2002⁵⁶ y la huelga general a la que dio lugar, además del efecto claramente contraproducente que provocó. Si el legislador, entonces, perseguía mayor simplificación y equiparación de la acción protectora del desempleo agrario, el resultado final fue una regulación notablemente más compleja, dispersa y desigual que la que quiso revisar⁵⁷. Algo que la Disposición Adicional 3ª de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre intentó reparar remitiendo para los trabajadores por cuenta ajena agrarios fijos y fijos discontinuos a lo establecido en el Título III LGSS, mientras que mantuvo para los trabajadores agrarios eventuales lo establecido en el artículo 4 de la Ley 45/2002.

Y es aquí cuando se producen las verdaderas peculiaridades, ya que se distinguen dos situaciones diferentes: por una parte, se mantiene, pero con los días contados hasta su extinción, el subsidio por desempleo de los trabajadores agrarios existentes en Andalucía y Extremadura⁵⁸; y por otro, se establece un sistema contributivo progresivo para los eventuales agrarios, caracterizado por su extensión a todo el territorio nacional y a todos los trabajadores incluidos en el SEASS.

⁵⁶ Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad.

⁵⁷ QUESADA SEGURA, R: “Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo”, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2004, en donde se recoge el estudio del RESS Agrario en págs. 104 a 112.

⁵⁸ De esta forma se reconoce únicamente para los trabajadores eventuales agrícolas incluidos en el Sistema y residentes en Andalucía y Extremadura dos vías de protección: El subsidio de desempleo regulado por el RD 5/1997 y por el artículo 3 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, o bien la renta agraria – RD 426/2003, de 11 de abril -, que no solo protege de la carencia de rentas sino que también va dirigida a procurar orientación e inserción laboral.

Lo importante, en este caso, es el mantenimiento de un sistema especial de protección de los trabajadores eventuales agrarios en dos Comunidades Autónomas de manera exclusiva y su posible tacha de tratamiento desigual. Lo que podría considerarse discriminatorio en comparación con el resto de los trabajadores en las mismas circunstancias pero residiendo en distintas localidades del territorio nacional. O, por el contrario una legislación positiva justificada en razones objetivas que en este caso miden no sólo “situaciones de necesidad” sino, y sobre todo, “situaciones generalizadas de necesidad”. Por ello este subsidio especial por desempleo se aplica tan sólo en las Comunidades Autónomas donde el paro estacional de los trabajadores agrarios eventuales es superior a la media nacional y donde el número de éstos es proporcionalmente superior al de otras zonas agrarias. Razones por las que el Tribunal Constitucional consideró en su momento que *la limitación del subsidio de desempleo para los trabajadores por cuenta ajena eventuales incluidos en el REA a únicamente esas dos Comunidades Autónomas suponga una discriminación prohibida por vulnerar el art. 14 CE ni una vulneración del derecho fundamental de los ciudadanos de fijar libremente su residencia reconocido en el art. 19 CE, al basarse en criterios razonables y objetivos*” -STC 90/1989, de 11 de mayo-.

Por otra parte, la relación entre el subsidio especial y los programas de fomento de empleo agrario para la realización de obras y servicios de interés general y social –RD 939/1997, de 20 de junio– han supuesto un sistema de cooperación entre diferentes entidades públicas: SPEE-INEM, Corporaciones Locales, Diputaciones Provinciales y CC.AA. (Junta de Andalucía y Junta de Extremadura), con objetivos comunes, y resultados constatables. No sólo por la mejora de obras e infraestructura que han ido enriqueciendo los municipios de estas Comunidades, sino por toda una serie de consecuencias favorables como el de mantener la población en sus lugares de nacimiento –en lugar del desarraigo y la inmigración-, o la creación de nuevas expectativas de trabajo dentro de los principios del desarrollo sostenible. Y, en general, porque el mantenimiento de este sistema que se creó como fórmula de redistribución y compensación entre regiones, no contradice ni impide el establecimiento de una protección a nivel contributivo y asistencial para los trabajadores eventuales agrarios de todo el territorio nacional.

- El Sistema Especial de Personas Empleadas de Hogar

Al igual que ha sucedido con el REA, también el Régimen Especial de las personas empleadas en el Hogar familiar ha desaparecido recientemente para transformarse en un Sistema Especial del Régimen General. La Disposición Adicional 39ª de la Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁵⁹ realizó la histórica y demandada integración con efectos de 1 de enero de 2012,

⁵⁹ Sobre la necesidad del cambio normativo, GARCIA NINET, J.I.: Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar, en Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, págs. 95 y ss. Y respecto a la modificación legal que se introduce: FERNANDEZ ORRICO, F.J. : Aspectos prácticos de la integración del Régimen especial de Empleados de Hogar en el Régimen general de la Seguridad Social a partir de 2012, en revista relaciones Laborales 22, 2011; LOPEZ GANDIA, J. y TOSCANINI Giménez, D. : El nuevo régimen laboral y de seguridad Social de los Trabajadores al servicio del hogar familiar, Bomarzo, 2012; Vela Díaz, R. : El nuevo régimen de las personas empleadas del hogar: Aspectos laborales y de Seguridad Social, Ed. Laborum, 2012.

por lo que pasa a regirse por lo allí dispuesto y por “las peculiaridades que puedan determinarse reglamentariamente”.

Esta nueva regulación junto con el RD 1.620/2011, de 14 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, viene a reparar una situación de histórica discriminación de un colectivo de trabajadores – básicamente integrado por mujeres – en base a la naturaleza de su actividad laboral.

Cambios normativos que se producen de forma coincidente con la aprobación del Convenio 189 OIT⁶⁰ - sin embargo no ratificado por España -, en donde se establece que la adopción de las medidas que garanticen la protección de la seguridad social se deberá realizar “teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico” –lo que permitirá excepciones en las prestaciones- y “de acuerdo con la legislación nacional” – que puede, en consecuencia, establecer un régimen propio de protección social para este tipo de actividad profesional-. Debe tenerse en cuenta que el art. 14 del Convenio OIT 189 no habla de equiparación, sino, en redacción complicada, de “condiciones no menos favorables” que las condiciones aplicables a los trabajadores en general, por lo que cabe deducir que si bien es posible el establecimiento de un régimen propio de seguridad social para los trabajadores de esta actividad profesional, también que este régimen de protección específica no puede tener un tratamiento *in peius* respecto al régimen común. Lo que se exige, por tanto, en la norma internacional es que exista coherencia entre la normativa laboral y la de Seguridad Social a partir de la garantía de derechos mínimos e igualdad de trato. En consecuencia, no podrán admitirse aquellas reglas en las legislaciones nacionales que pugnen con la consideración de trabajador por cuenta ajena del trabajador del hogar, o aquellas que directamente contradigan los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación sin justificación suficiente en su propia naturaleza⁶¹.

⁶⁰ La adopción por la Conferencia General del Convenio n° 189, sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos 2011, el 16 de junio en Ginebra, en el seno de la 100ª reunión de la Organización Internacional de Trabajo, junto con la Recomendación 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos que lo complementa, se puede calificar, sin margen de duda, como un hecho histórico, como una conquista social, como la consecuencia de una potente reivindicación sindical y de organizaciones no gubernamentales e institucionales, principalmente de América central y del sur .

⁶¹ Dependiendo del índice de cobertura de riesgos sociales previsto en las legislaciones nacionales –sin tener en cuenta las posibles excepciones legales-, la acción protectora de la seguridad social en este ámbito, abarcará un conjunto mayor o más reducido de prestaciones. Así desde las derivadas de las contingencias de enfermedad, maternidad, accidente, invalidez, vejez, muerte y supervivencia y protección a la familia –y por tanto deberá garantizarse la asistencia sanitaria, la incapacidad, la jubilación, la protección familiar y la maternidad, así como la protección de asistencia social y servicios sociales-, a las prestaciones ligadas a los riesgos profesionales -como el desempleo, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional-. La mención expresa a la maternidad garantiza para la trabajadora doméstica al menos la protección social ante esta situación. Los demás derechos relacionados con todas las circunstancias unidas a la protección de la maternidad/paternidad/riesgo por embarazo/riesgo por lactancia, dependerá de la Seguridad Social nacional y de la amplitud de su sistema de cobertura.

En nuestra normativa de Seguridad Social lo más llamativo de las peculiaridades en el régimen Especial de estos trabajadores ha sido la exclusión en este ámbito de las prestaciones que se consideran ligadas a los riesgos profesionales. Por ello se excluían prestaciones tan importantes como la de desempleo, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, otorgándose únicamente prestaciones por accidente o enfermedad común al no distinguirse entre el carácter común o profesional de tales riesgos.

La justificación de esta importante singularidad de trato que producía tan notoria desprotección residía en el hecho de que la cuantía de la cuota era indivisible, por lo que no se cotizaba específicamente por tales riesgos, y por tanto, quedaban excluidos de la protección, como igualmente quedan excluidos – y por igual causa - de la protección que frente al salario o a las indemnizaciones otorga el Fondo de Garantía Salarial.

Este trato desigual y peyorativo conducía a situaciones realmente incompatibles con el sentido protector y asistencial de un régimen público de Seguridad Social. ¿Qué justificación cabe, salvo la existencia de menor presión contributiva –lo cual no puede ser una razón admisible en nuestros días– para excluir a los trabajadores del hogar familiar del sistema de protección por desempleo?⁶²

Sin embargo esta exclusión expresa ha sido matizada en ocasiones por el Tribunal Constitucional al considerar que en determinados supuestos los trabajadores del hogar familiar pueden acceder a subsidios por desempleo. Sí se reconoce en la STC 209/1987 al declarar inaplicable el apartado final del párrafo tercero del art. 7 RD 625/1985 que excluía del subsidio por desempleo en el nivel asistencial para mayores de cincuenta y dos años a todos los Regímenes Especiales que no contemplaran la contingencia del desempleo, entendiendo que, cuando el solicitante reuniese los requisitos para acceder a la contingencia de vejez, salvo la edad, por la vía del REEH, tenía derecho a solicitar este subsidio asistencial de mayores de cincuenta y dos años. En igual línea se manifestó la STC 78/1990 al declarar que, exigir reglamentariamente que la jubilación se haya de realizar en un Régimen de la SS que tenga prevista la protección por desempleo, excede de la capacidad de la norma de desarrollo “pues la Ley no establece esa diferencia de trato entre quienes se jubilen en un régimen u otro del sistema”. Se trata, por tanto “de un requisito contrario a la ley, por no estar previsto en la misma, y

⁶² QUESADA SEGURA, R., El contrato de servicio doméstico, La Ley, Madrid, 1991, págs. 237 y ss. En donde se analizan las peculiaridades del Régimen Especial de la Seguridad Social de estos trabajadores realmente cuestionable en relación con el principio de igualdad y la interdicción de discriminación del art. 14 CE, y en donde se concluye: “El trabajador al servicio del hogar familiar es un trabajador por cuenta ajena, y cuya especialidad en este caso y lo que determina el peor tratamiento protector que se le otorga frente a la generalidad de los trabajadores incluidos en el régimen general de la Seguridad Social reside en el hecho de que trabaja para una unidad familiar carente de fines o estructura empresarial, lo que da lugar a una presión contributiva menor y correspondiente al otorgamiento de menores prestaciones. Razonamiento que no es defendible en el contexto actual de la Seguridad Social que debe inspirarse en los principios de solidaridad e igualdad de trato. Por otra parte, la tendencia hacia un sistema social moderno, integrado y unitario, pugna con el mantenimiento de régimen es especiales, como éste del servicio doméstico, que genera supuestos de infraprotección sin justificación suficiente.

contrario a la Constitución, por establecer ilegalmente una diferencia no querida por el legislador”⁶³.

En la actualidad el RD 1.596/2011, que desarrolló la Disposición Adicional 5ª LGSS, repara la ausencia de protección de los riesgos profesionales por accidente y enfermedad profesional, equiparando su cobertura a la contemplada en el Régimen General, de acuerdo con la recomendación del Pacto de Toledo y en línea con las previsiones contenidas en la LPGE para 2011.

En cuanto a la prestación por desempleo, se mantiene su exclusión, aunque la Disposición Adicional 2ª del RD 1.620/2011 abre la vía a la fijación de un sistema de protección por desempleo, si bien deja la decisión a lo que Gobierno estime más conveniente una vez referido el informe de evaluación del grupo de expertos y previa consulta y negociación con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Decisión a la que se fijaba el plazo para su adopción al 31 de diciembre de 2013.

En definitiva, como señala Vela Díaz, se requiere una norma de desarrollo en la que se precise, verdaderamente el modo de funcionamiento, derechos y deberes, obligaciones formales relativas a los actos de encuadramiento y a la cotización, y a las prestaciones. Un reglamento de desarrollo que cubra las carencias actuales y aborde aquellos aspectos más prácticos que precisen de mayor concreción para su adecuada aplicación, con vistas a una convergencia plena⁶⁴.

3.1.2. Los Regímenes Especiales de SS que se mantienen

- Trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial del Mar

Considerado como uno de los Régimen Especial de la Seguridad Social que se mantienen tras la reforma que introduce la Ley 27/2011 en el artículo 10.2 b) LGSS y regulado en el Decreto 2.864/1974,- que tiene rango legal en cuanto refundición de las Leyes 116/1969 y 24/1972- a su vez modificado por Ley 53/2002, la justificación de su especialidad reside en las circunstancias del trabajo pesquero – intermitencia, peligrosidad, carácter cíclico...- Es este un régimen mixto en la medida que comprende tanto los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, vinculados por la realización de la actividad profesional marítima, pesquera o complementaria de estas.

Y pese a que este Régimen Especial se ha visto significativamente influido por reformas posteriores, en particular aquellas dirigidas a una progresiva equiparación en la

⁶³ Se corregía de esta forma la doctrina anterior del TCT que entendía que “el art. 3.2 Ley 31/1984 excluía de su ámbito de protección tanto el nivel contributivo como el asistencial, a quienes como, las demandantes pertenecen al régimen especial de empleados de hogar, por no protegerse en el mismo la contingencia por desempleo pese a reunir los requisitos establecidos en el mismo: “ser trabajador emigrante que, habiendo retornado del extranjero, no tenga derecho a la prestación por desempleo”- SSTCT 10 septiembre y 14 octubre 1986 -.

⁶⁴ VELA DIAZ, R.: De la Ley 27/2011 al RD 29/2012 de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para Empleados del Hogar: la nueva frontera entre las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, en Revista temas Laborales, nº 121, 2013, pág. 150.

acción protectora con el Régimen General – de acuerdo con la Recomendación 6ª del Pacto de Toledo y el Acuerdo sobre Medidas en materia de seguridad Social, de 13 de julio de 2006, que puso de relieve la necesidad de avanzar en paralelo a lo sucedido con el REA -, la protección social de esta actividad profesional quedó excluida del proceso de integración que inicia la Ley 18/2007.

Sin embargo la ampliación del ámbito de cobertura, dando entrada a la vez a trabajadores por cuenta ajena y a trabajadores por cuenta propia o autónomos⁶⁵ - siempre y cuando su actividad constituya su medio fundamental de vida - produce la paradójica coexistencia de dos relaciones diferentes – la de armador con la de miembro de la tripulación: la misma persona considerada legalmente como trabajador por cuenta ajena y empresario de si mismo.

Interesa, sin embargo destacar la acción protectora ya que, si bien en la práctica existe una equiparación con las prestaciones del Régimen General, se mantienen peculiaridades respecto a los trabajadores por cuenta propia. Así en los supuestos de incapacidad permanente y jubilación no cabe la aplicación del beneficio de la “integración de las lagunas de cotización. Y respecto a la prestación por desempleo se excluye también a los autónomos y a los armadores asimilados de esta prestación – STS de 20 de marzo de 1997 -”

Desde la Ley 22/1992 de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, la protección para todos los trabajadores retribuidos a la parte se encuentra generalizada cuando presten servicios en embarcaciones pesqueras de hasta diez toneladas de registro bruto⁶⁶, siendo la protección por desempleo de estos trabajadores la misma que la dispensada a los trabajadores del Régimen General.

Sin embargo, quedan fuera de la protección los armadores –trabajadores autónomos-incluidos los legalmente asimilados a trabajadores por cuenta ajena -SSTS ud. de 29 de enero y de 20 de marzo de 1997-. Así como también quedan fuera del régimen protector los trabajadores que faenan por cuenta ajena en los buques pesqueros cuando éstos sean inferiores a las diez toneladas.

La exclusión de estos trabajadores del sistema de protección por desempleo no mereció reproche alguno por parte de nuestro Tribunal Constitucional que consideró “no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, el distinto trato legal en materia de protección por desempleo dispensado a los trabajadores que prestan sus servicios en un buque de

⁶⁵ Disposición adicional sexta: b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos que realicen de forma habitual, personal y directa alguna de las actividades que a continuación se enumeran, siempre que la misma constituya su medio fundamental de vida y concurren las demás circunstancias que reglamentariamente se determinen respecto a cada una de dichas actividades: 1. ° Los armadores de pequeñas embarcaciones que trabajen a bordo de ellas. 2. ° Los que se dediquen a la extracción de productos del mar. 3. ° Los rederos que no realicen sus faenas por cuenta de una empresa pesquera determinada.

⁶⁶ *Los trabajadores por cuenta ajena, retribuidos a la parte, que presten servicios en embarcaciones pesqueras de hasta diez toneladas de registro bruto, excluidos los asimilados a que se refiere el artículo 4 del 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,*

menos de diez toneladas, con respecto de los trabajadores por cuenta ajena con una relación laboral ordinaria y con respecto a los demás trabajadores incluidos en el régimen especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar” -Auto TC 90/1993, de 23 de marzo- al considerar justificado de forma razonable el tratamiento legal desigual “al no estar sujetos (estos trabajadores) a cotización por dicha contingencia” y, además, al ser la generalización de esta protección una medida de política legislativa “que está en función de los recursos disponibles que sólo al legislador le corresponde adoptar”. El Tribunal Constitucional se limita a recomendar al legislativo que revise la exclusión de estos trabajadores en la línea de los principios contenidos en los arts. 9.2 y 14 CE, “incidiendo en el proceso de mejora hacia la unificación de todos los regímenes especiales en el régimen general”. Pero quizás hubiese sido una postura más activa en la lucha contra la discriminación, considerar directamente el trato desigual y sin justificación razonable, y declarar contrario al art. 14 y al art. 41 CE la exclusión del sistema de desempleo de aquellos trabajadores por cuenta ajena –se supone de muy escasos recursos– por el hecho de faenar en una embarcación de escaso tonelaje. Sin que quepa admitirse como razón el ser ésta una especialidad exenta de cotización por la contingencia de desempleo o, menos aún, razones de política económica.

- Régimen Especial de Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos

El artículo 10.2 c) LGSS considera como Régimen Especial de tutela, el de los trabajadores autónomos. E igualmente, también aquí la tendencia simplificadora y racionalizadora conduce a la equiparación con el Régimen General, si bien no a la integración en el mismo.

Por otra parte, la enorme diversidad de actividades profesionales que se agrupan en este colectivo y el aumento continuo del mismo, impulsado por medidas legales cada vez más numerosas y por la propia dinámica de la situación actual del empleo, dificulta el establecimiento de un régimen de protección social homogéneo entre los colectivos encuadrables en el mismo.

En cuanto a la acción protectora existen diferencias notables esencialmente en materia de riesgos profesionales. Para los trabajadores autónomos económicamente dependientes – definidos en atención a la procedencia casi exclusiva de sus rentas de una única empresa cliente (artículo 11 Ley 20/2007), es obligatoria la inclusión de las contingencias profesionales, mientras que los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no estén incluidos en este grupo podrán mejorar de forma voluntaria el ámbito de la acción protectora incorporando la correspondiente a las contingencias profesionales, siempre que hubieran optado por incluir también, previa o simultáneamente, dentro de dicho ámbito, la protección por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes⁶⁷. El contenido de la protección es igual que el previsto para los trabajadores por cuenta ajena, si bien existen ciertos requisitos para el acceso a las prestaciones como es el estar de alta, sin que en este caso funcione el mecanismo del alta presunta, y sin que tampoco funcione aquí la automaticidad de las prestaciones, ya que debe estar al corriente del pago.

⁶⁷ RD 1.273/2003 por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA, que desarrolla la Disposición Adicional 34ª LGSS.

Una regla que mejora la situación anterior se introduce por el RD 1.273/2003, al no exigir acreditación de un periodo de cotización previo, en el supuesto de accidente sea o no profesional. Se pone fin de este modo a situaciones como las contempladas en la STC 38/1995, de 13 de febrero, en donde un trabajador afiliado a la Seguridad Social en el RETA, declarado en situación de incapacidad permanente absoluta tras sufrir un accidente, quedo sin derecho a prestaciones económicas por no acreditar el reglamentario periodo de carencia exigido ya que *no cabe comparar aisladamente el marco jurídico de prestaciones de distintos regímenes, olvidando otros aspectos propios de las características contributivas de algunas instituciones y su coexistencia normativa con rasgos de tipo asistencial*.

También, como situaciones protegidas los trabajadores autónomos tienen derecho a la cobertura de las situaciones relacionadas con el ejercicio de responsabilidades familiares y los periodos de baja correspondientes para hacerlas posibles a partir de la regulación común que impuso la LO 3/2007. Así se garantizan las prestaciones económicas en las situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo, paternidad y riesgo durante la lactancia.

En cuanto al resto de prestaciones : incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia y familiares por hijo a cargo la Ley 20/2007 tiende a su reconocimiento en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General, con algunas peculiaridades derivadas de su carácter especial que no parecen cuestionar el principio de igualdad.

Si bien, la peculiaridad más notable sigue siendo la falta de protección por desempleo, sin que, como con reiteración mantuvo el Tribunal Constitucional tal exclusión pueda considerarse discriminatoria. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, se ha dado un importante paso en la homogeneización protectora del RETA con el RGSS, al establecer el derecho de los trabajadores autónomos a la prestación “por cese de la actividad” - más adelante desarrollada por el RD 1.541/2011- . De esta forma se cumple con la Recomendación núm. 44 OIT sobre el desempleo -que complementa los principios generales del Convenio OIT núm. 44 en cuanto a las condiciones a que deberán ajustarse todo sistema de seguro o de asistencia en caso de desempleo– cuando señala en su regla número 4. d) que *siempre que sea posible y en particular cuando puedan aplicarse medidas de control adecuadas, deberían tomarse disposiciones especiales para ayudar, en caso de desempleo, a los trabajadores independientes con escasos recursos económicos*.

Sin embargo se trata de una prestación contributiva y por tanto, el acceso a la prestación, su cuantía y el tiempo de duración se hace depender de la cantidad y periodo por el que hayan cotizado.

Sin embargo sí se ha demostrado mayor sensibilidad por parte de nuestros Tribunales respecto al concepto de trabajador de empresa familiar⁶⁸ generalmente asimilado al trabajo por cuenta propia, a efectos de la protección por desempleo.

⁶⁸ El art. 2.2. i) Convenio número 44 sobre el desempleo, permite exceptuar del mismo a los trabajadores cuando “sean miembros de la familia del empleador.

En este caso ha sido el Tribunal Supremo quién ha venido mantenido una interpretación amplia, reconociendo el derecho a la protección por desempleo en el supuesto de socios de sociedades anónimas limitadas constituidas por miembros de una familia. Por ejemplo, cuando la participación en la sociedad es mínima -“una participación de alrededor del 10% en la sociedad titular de la empresa no desvirtúa la nota de ajenidad en los servicios prestados a una sociedad anónima de propiedad familiar” (STS 14 de junio de 1994⁶⁹)-; o cuando reúne las notas determinantes del trabajo por cuenta ajena - *al prestar sus servicios por cuenta de una sociedad con personalidad jurídica propia, distinta de la de los titulares del capital social, percibiendo su remuneración, cotizando a la Seguridad Social, sin intervenir en la administración de la sociedad...* (STS 19 de octubre de 1994)-; o porque no existe relación de parentesco - *cuando el empresario es persona jurídica en puridad no puede hablarse de los “parientes del empresario” a efectos de excluir a determinadas personas de la condición de trabajadores por cuenta ajena, ya que el art. 7.2 LGSS “alude a los parientes del empresario” condición que no puede darse cuando el empresario es una persona jurídica* (STS 19 de diciembre de 1997⁷⁰)-.

En supuestos similares, cuando la cuestión debatida era el carácter de la relación que unía a la solicitante de la prestación por desempleo con el empresario, el Tribunal Supremo ha considerado que la relación *more uxorio* no está comprendida en el concepto de “familiar” del art. 1.3 e) ET, y por tanto *no procede denegar la prestación por desempleo* – SSTS 24 de febrero de 1999 y 24 de febrero de 2000 -.

3. 2. Diferencia de tratamiento por circunstancias personales de los sujetos.

3.2.1. Por razón de nacionalidad

La nacionalidad puede determinar tratamientos diferenciados en el régimen de protección social. No respecto a los ciudadanos comunitarios, en cuyo caso se aplica el principio de igualdad de trato, tanto en materia de acceso al empleo y condiciones de trabajo como en materia de protección social, a lo que obliga el derecho de la Unión y en especial el derecho a la libre circulación– de acuerdo al artículo 48 del Tratado FUE a fin de garantizar que los trabajadores migrantes no sufran una reducción de la cuantía

⁶⁹ “Cuando además en el caso enjuiciado tampoco consta convivencia con otro u otros miembros de la familia titulares de acciones que pudiera a partir de una cierta cuota de participación conjunta en la propiedad del capital social dar lugar a un patrimonio o fondo común, en el que ingresarán los frutos o resultados del trabajo prestado”.

⁷⁰ Añadiendo que, “aún cuando se traspasase o levantase el velo de esa persona jurídica y se tomase en consideración la realidad de las personas físicas que la integran, tampoco podría encajarse la situación del actor... en el radio de acción del art. 7.2 LGSS toda vez que si el actor es hijo de la socia mayoritaria de la compañía, no consta que conviva con ella ni a su cargo”. En sentido similar la STS de 18 de marzo de 1998. Es más, la STS 22 de diciembre de 1997 dictada igualmente ante un supuesto familiar semejante a los anteriores, declara que el fraude no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, no bastando deducirlo simplemente de la relación de parentesco, siendo por tanto rechazable la postura que afirmar que “la tesis de la recurrida implica la existencia de una actuación en fraude de ley” ya que se presume (no se acredita) “en función únicamente de la relación de parentesco”.

de sus prestaciones de Seguridad Social por el hecho de haber ejercitado un derecho esencial en la configuración europea⁷¹.

Pero si respecto a los trabajadores extranjeros no comunitarios, en cuyo caso el marco normativo de referencia reside en el artículo 13 CE en cuanto ordena la posición jurídica de los extranjeros en el sistema español, remitiendo a lo dispuesto en la legislación ordinaria y en los Tratados internacionales en cuanto al reconocimiento de los derechos constitucionales⁷². La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx)⁷³, como norma reguladora específica, establece la equiparación total de derechos de Seguridad Social de los extranjeros residentes en España con los de los nacionales, cuando reúnan los requisitos establecidos con carácter general para obtener el permiso de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia⁷⁴.

⁷¹ Sin entrar en el complejo ámbito de las reglas de coordinación y armonización de los sistemas de Seguridad Social europeos, únicamente recordar como las normas para la coordinación de las legislaciones nacionales de Seguridad Social se insertan en el marco de la libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros a partir de los principios de unidad - en la legislación aplicable-; igualdad de trato y prohibición de discriminación - reconociendo a cada ciudadano migrante los mismos derechos y obligaciones que los nacionales del país en el que esté cubierto; el de totalización de los periodos de seguro; y, el de exportabilidad de prestaciones. Sobre este tema ver aportaciones recientes como la de CARRASCOSA BERMEJO, D.: Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009” en Revista IUSTEL, nº 32, 2012, y, especialmente, CAMÓS VICTORIA, I. El Derecho de la Unión Europea en materia de protección social: su alcance armonizador”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 107, 2013.

⁷² Por tanto deben tenerse en cuenta los siguientes Convenios de la OIT: Conv. OIT nº 19, 5 de junio 1925, sobre igualdad de trato en los accidentes de trabajo. La jurisprudencia ha acudido a él como uno de los fundamentos de la protección de los extranjeros en situación irregular en caso de accidente de trabajo - STS de 7-10-2003; Conv. OIT nº 97 sobre trabajadores migrantes; Conv. OIT nº 143, sobre migraciones en condiciones abusivas (España no ha ratificado este convenio); Conv. OIT nº 157, de 21 de junio de 1982, relativo al establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social. Este Convenio ha sido utilizado como elemento interpretativo del Derecho nacional - STS 21-1-2003 y como fundamento en caso de accidente de trabajo de trabajadores en situación irregular - STS 7-10-2003 -.

En el ámbito del Consejo de Europa: El Convenio Europeo de seguridad Social, 4 diciembre, 1972: afirma el principio de igualdad de trato de los nacionales, de los refugiados, de los apátridas en lo que respecta a la legislación de Seguridad Social así como el principio del mantenimiento de las ventajas inherentes al beneficio de las legislaciones de Seguridad Social pese a los cambios de residencia de las personas protegidas en los territorios de las partes contratantes; y el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, 24 de noviembre, 1977, sobre igualdad de trato.

En el ámbito iberoamericano: Convenio Iberoamericano de Seguridad Social y Convenio Multilateral iberoamericano de SS, 10, noviembre.

⁷³ En su redacción dada por las LO 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre, 2/2009, de 11 de diciembre, 10/2011, de 27 de julio, y RDL 16/2012, de 20 de abril.

⁷⁴ Artículo 2 i) y artículo 10 LOEx (Redactados conforme a la Ley Orgánica 2/2009):1. Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las

Respecto al alcance del artículo 13 CE, el Tribunal Constitucional ha fijado en numerosas ocasiones tres niveles de protección. En primer lugar, los ligados a la dignidad humana que *corresponden por igual a españoles y extranjeros* y, en consecuencia, su regulación debe ser igual para ambos. En segundo lugar, los que, por estar ligados al ejercicio de derechos políticos, únicamente se reconocen para los ciudadanos españoles – los reconocidos en el art. 23 CE -. Y, por último aquellos otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio- SSTC 130/1995 y 107/1984-.

En este último nivel se encuentran los derechos en materia de Seguridad Social, respecto a los que la LOEx reconoce a su vez distintos niveles de protección social en función de la situación administrativa en la que se encuentre el trabajador extranjero en nuestro país. Así, los extranjeros residentes en España que reúnan los requisitos previstos en las normas de aplicación – es decir, que cuenten con las correspondientes autorizaciones administrativas para residir y trabajar en España -, se le reconoce con total amplitud el derecho a acceder al sistema de Seguridad Social – artículo 10 LOEx -. En concordancia, el artículo 7 LGSS comprende, dentro del ámbito subjetivo de aplicación, a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en nuestro país.

A los extranjeros residentes se les reconoce el derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y a los servicios y a las prestaciones sociales tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles,

Y, finalmente, a todo extranjero, cualquier que sea su situación administrativa, se reconoce el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas – artículo 14 LOEx -.

La cuestión que esencial en este caso en cuanto afecta a derechos fundamentales en relación con la Seguridad Social reside en la modificación introducida en el artículo 12 LOEx por el RD-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, cuya finalidad racionalizadora aparece claramente en su propio título. En este sentido la modificación legislativa afecta además de al propio artículo 12 LOEx⁷⁵, al artículo 3 de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del sistema de salud, al añadir en el mismo un nuevo apartado - 3 ter -en donde se establece para los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, el derecho a una asistencia sanitaria reducida a niveles mínimos en cuanto únicamente va a cubrir las urgencias por enfermedad grave o accidente y la asistencia al embarazo, parto y postparto, salvo para los extranjeros menores de dieciocho años a los que se les reconoce el derecho asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles⁷⁶.

disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente

⁷⁵ Artículo 12 redactado por la disposición final tercera del R.D.-ley 16/2012: Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria.

⁷⁶ En igual sentido se recoge en el artículo 2 RD 1192/2012 de desarrollo.

Modificación que permite prácticamente la exclusión relevante – conflictiva, contestada – de los extranjeros en situación irregular del derecho a la asistencia sanitaria pública en nuestro país.

Para el análisis de esta modificación legislativa debe partirse del artículo 3.2 de la LOEx en cuanto establece, como regla hermenéutica de las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros, su interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España.

Es decir, el legislador nacional viene compelido por las obligaciones que imponen las normas internacionales asumidas por España, como el Convenio 19 OIT⁷⁷ y Recomendación nº 25 OIT, sobre protección de contingencias profesionales. Y en el ámbito europeo, por la Carta Social Europea en cuanto establece el derecho de toda persona a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar (artículo 11) así como el derecho de toda persona que carezca de recursos suficientes a la asistencia social y médica (artículo 13).

Pero, especialmente debe tenerse en cuenta el artículo 35 CDFUE, con la misma fuerza vinculante que los Tratados, que consagra el derecho a la protección de la salud con carácter universal: *toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria, de acuerdo con las condiciones establecidas por las legislaciones y practicas nacionales.*

Una interpretación literal de este último párrafo podría entenderse como una remisión del derecho a la asistencia sanitaria a lo establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales, y en tal caso abriría la posibilidad a reglas como la establecida en el RD-Ley 16/2012. Sin embargo, el derecho que se declara en el artículo 35 de la Carta contiene un principio de universalidad subjetiva, no sujeto a limitaciones en cuanto a sus titulares, mientras que la remisión normativa afecta a los requisitos de acceso y al contenido material de la asistencia a dispensar⁷⁸. Pues como se ha señalado, *el hecho de que el art. 35 remita a las legislaciones y practicas nacionales para el establecimiento de las prestaciones sanitarias no supone una limitación al derecho a la salud, ni por la*

⁷⁷ Convenio sobre igualdad de trato (accidentes de trabajo) 1925, nº 19: Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo.

⁷⁸ CAVAS MARTINEZ, Y SANCHEZ TRIGUEROS, C.: La protección de la salud en la Constitución española” Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 57, 2005, pág. 402.

*condición jurídico-política (ciudadanía europea) ni por la condición jurídico administrativa (estancia legal o irregular)*⁷⁹.

Debe tenerse en cuenta, además que la Carta de Derechos Fundamentales se basa en el principio de indivisibilidad y de interdependencia de los derechos allí contenidos, de tal forma que la privación o la limitación de cualquiera de estos afectaría negativamente sobre el conjunto⁸⁰. En este caso, el derecho a la salud está íntimamente conectado con la realización de otros derechos contenidos en la Carta como, esencialmente, el derecho a la vida.

En esta línea, la Ley 32/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública – como al igual habían realizado las leyes que la preceden, Ley 14/1986 y Ley 16/3003 - consagra con carácter universal el derecho a la igualdad y a la no discriminación en las actuaciones de salud pública – *todas las personas* - el derecho a *que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*.

La contestación a esta modificación legislativa ha producido también un importante conflicto a nivel político. Y es que, determinadas Comunidades Autónomas han tomado la decisión de no aplicar esta norma⁸¹ a la vez que han comenzado a establecer recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional⁸², mientras que, y a su vez, el Gobierno recurrió ante el Constitucional algunos de los Decretos autonómicos –

⁷⁹ BOMBILLAR SAENZ, I. : Intervención Administrativa y Régimen Jurídico del Medicamento en la Unión Europea, Tesis Doctoral, Universidad de Granada.
Disponible en línea: <http://0-hera.ugr.es.adrastea.ugr.es/tesisugr/18645781.pdf>, 2010.

⁸⁰ Lema Tomé M: *La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular*, en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 5, septiembre 2013-febrero 2014.

⁸¹ En este caso se declaran ocho Comunidades Autónomas (Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla-León, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco), que han anunciado que seguirán atendiendo a las personas inmigrantes “sin papeles”, aunque con variaciones en cuanto a las condiciones establecidas para recibir dicha atención sanitaria a modo de ejemplo: Galicia ha anunciado que atenderá a esta población en caso de carezcan de recursos económicos suficientes y se encuentren empadronados en la Comunidad Autónoma con anterioridad al 1 de septiembre de 2012. Cataluña exigirá un empadronamiento de tres meses para poder optar a la asistencia sanitaria gratuita. Navarra pondrá a disposición una línea de ayudas económicas para aquellas personas que no puedan pagar la atención sanitaria. En cuanto a Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla-León y País Vasco han anunciado que seguirán atendiendo a los inmigrantes en situación irregular como hasta ahora. El resto de las Comunidades Autónomas han declarado que aplicarán el Real Decreto-ley 16/2012, por lo que cobrarán por los servicios sanitarios a los inmigrantes que no tengan la condición de asegurados. Datos obtenidos en Lema Tomé M: *La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular...*

⁸² Las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias y Navarra han interpuesto recursos de inconstitucionalidad del RD-ley 16/2012 ante el Tribunal Constitucional que han sido admitidos a trámite.

como el Decreto vasco 114/2012, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de salud en el ámbito de la Comunidad de Euskadi – que amplían la cobertura sanitaria *a todas las personas en caso de no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título*, basándose en que la norma autonómica había afectado al ámbito subjetivo del derecho a la salud, lo que presenta un problema de competencia al tratarse de una materia reservada exclusivamente al Estado. El Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso, lo que motivó la suspensión de la vigencia y aplicación del Decreto 114/2012.

Sin embargo, más adelante el Auto Tribunal Constitucional 239/2012, de 12 de diciembre levantó la suspensión y aportó la doctrina constitucional que sin duda mantendrá más adelante en las resoluciones que vengán a poner fin a los recursos de inconstitucionalidad planteados por las Comunidades Autónomas.

Entiende el Constitucional en este Auto que el interés general, configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud, no debe prevalecer ante el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el artículo 43 CE. En consecuencia, y puesto que el mantenimiento de la suspensión del Decreto 114/2012 supondría limitar el derecho al acceso a la salud para colectivos vulnerables *por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias*, decide el Auto que estos derechos así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad *deben prevalecer ante la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado*.

En resumen: el ATC 239/2012 respalda la titularidad universal del derecho a la salud y teniendo en cuenta, la dimensión colectiva de este derecho, le hace prevalecer sobre posibles medidas de ahorro. Y, por lo demás, esta solución se ajusta al cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España

Debe recordarse al respecto el varapalo dado a España en el último Informe del Consejo de Europa⁸³, al entender el Comité - de Derechos Sociales- *que la exclusión de acceso a la Sanidad a los extranjeros en situación irregular es contraria al artículo 11 y 13 de la Carta Social Europea*. Por lo que, en consecuencia, el organismo europeo pide a España que modifique la normativa que excluye a los extranjeros en situación irregular de la asistencia sanitaria para cumplir con la norma de la Carta Social europea, relativa al derecho a la asistencia apropiada para toda persona en estado de necesidad.

Este informe supone una dura crítica a las políticas de regresión social que está llevando el Gobierno actual desde que inició su legislatura y debería llevar a su revisión sin esperar a que el Tribunal Constitucional se defina mediante Sentencia. La exclusión de los inmigrantes del derecho a la sanidad no solo ha dado y puede dar lugar a un trato desigual y discriminatorio de derechos subjetivos entre Comunidades Autónomas, además de a un posible y grave problema de sanidad pública, sino que es constitucionalmente reprobable, en cuanto vulnera derechos fundamentales, a la vez que claramente injusta en cuanto va dirigida a un colectivo esencialmente vulnerable.

⁸³ Consejo europeo 19 y 20 de diciembre de 2013

En otro orden e igualmente referido al reconocimiento o no del derecho a prestaciones por parte de los trabajadores que prestan su actividad profesional de forma irregular, se encuentra las contingencias ligadas a los riesgos derivados de la prestación de trabajo.

Frente a una primera concepción estricta de la jurisprudencia de los derechos laborales y de Seguridad Social que pudieran corresponder al trabajador en situación irregular, al considerar la nulidad radical del contrato de trabajo por carecer de los correspondientes permisos de residencia y de trabajo – SSTS 22, febrero, 1983; 30 de octubre, 1985; 8 de marzo de 1986 y 1 de julio 1987, entre otras -, las modificaciones que introdujeron la LO 8/2000, y mas adelante la Ley 14/2003 en el artículo 36.5 supuso una clara voluntad del legislador de ir ampliando la protección social de los extranjeros, de la que se veían privados hasta entonces por no contar con el correspondiente permiso de trabajo. A partir, pues, de entonces – y debe recordarse que el precepto se mantiene en vigor en nuestros días-, la carencia de autorización de residencia y trabajo no invalida el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero (LOEx. 2008), ni puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones que puedan corresponderles (LOEx. 14/2003).

Respecto a cuales sean las prestaciones derivadas del contrato de trabajo, la jurisprudencia ha venido entendiendo que la referencia del párrafo final de la regla remite al conjunto de la normativa legal aplicable, entre los que se encuentran los Convenios internacionales de protección a los trabajadores integrados en nuestra normativa interna – básicamente el Convenio 19 OIT- y aquellos otros Convenios internacionales suscritos por España que establecen la reciprocidad de trato. Ello ha llevado a nuestros tribunales ha reconocer a los trabajadores extranjeros en situación irregular el derecho a las prestaciones de Seguridad Social derivadas exclusivamente de contingencias profesionales, y lo ha hecho así *por considerar suficiente esa cobertura legislativa para conceder una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 – STS 9 de junio de 2003-, hasta el punto de que la protección de la integridad física, que queda efectuada de todo accidente de trabajo, constituye un derecho expresamente reconocido en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 4.2) – STS de 18 de marzo de 2008 -*.

Por lo demás, otro argumento a senso contrario para deducir el derecho de los trabajadores extranjeros irregulares a la protección por accidente de trabajo se basa en el propio artículo 57 LOEx. en cuanto establece que la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo. Lo que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, *haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo - STS 9 de junio, 2003 -*.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial no utilizó el mismo fundamento para deducir también el derecho a la prestación por desempleo para estos trabajadores. Por el contrario, la STS de 18 de marzo de 2008, distinguió, en el derecho a la protección frente a contingencias profesionales, reconociendo que únicamente corresponden a los trabajadores extranjeros no dados de alta en el sistema de Seguridad Social las correspondientes a accidente de trabajo y enfermedad profesional, de acuerdo con los convenios internacionales de protección a los trabajadores, mientras que no sucede igual

en relación con la de desempleo para los trabajadores en situación irregular, pues el reconocimiento de todas las prestaciones de Seguridad Social a los irregulares, que es a la postre a lo que conduce la concesión del desempleo, supondría la plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración irregular o clandestina... En resumen, esta práctica llevaría a la creación judicial de una especie de regularización encubierta y en espiral, del emigrante irregular.

Por último, y dentro la misma tendencia racionalizadora que inspira las últimas reformas en materia de prestaciones sociales, el artículo 36.5 LOEx - modificado por la LO 2/2009 -, pone fin a esta cuestión al dejar claro que en todo caso el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

- Un breve apunte en relación con disposiciones recientes que pueden afectar al derecho a la libre circulación

Recientemente se han producido dos modificaciones normativas en relación a determinados derechos a prestaciones de la Seguridad Social y su posible limitación por el hecho de residir el sujeto temporalmente fuera de España. Ya en su momento, como recuerda Molina Navarrete⁸⁴ el RD- Ley 20/2012 dio lugar a una queja ante la Comisión Europea de varios diputados en ese ámbito que estimaron que se violaba la normativa comunitaria vigente relativa a la libertad de desplazamiento, al imponer como condición para la percepción de la Renta Mínima de Inserción, la prohibición de salir al extranjero.

La crítica ahora podía venir por la regla del artículo 213 g) LGSS en cuanto consideraba causa de extinción de la prestación por desempleo, el traslado de residencia al extranjero *salvo en los casos que reglamentariamente se determine*, como, entre otros, la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año, en cuyo caso la prestación se mantenía. La Ley 11/2013 modifica esta regla incluyendo un nuevo apartado - el g) - en el artículo 212 LGSS por el que se permite un período de estancia en el extranjero, continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural, siempre que la salida esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora. En igual sentido, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014 – Ley 22/2013, 23 de diciembre - introduce una nueva Disposición Adicional en la LGSS, la sexagésima quinta por la que se establece que el mantenimiento del derecho de las prestaciones económicas de la Seguridad Social en las que se exija la residencia en territorio español – el desempleo, básicamente, en cuanto exige la disponibilidad del desempleado como condición para el mantenimiento de la prestación -, esta condicionado al mantenimiento de la residencia habitual en España, pudiendo tener estancias en el extranjero siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural, o cuando la ausencia de territorio español esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.

Regla que se mantiene en el segundo apartado de la Disposición Adicional sexagésima quinta LGSS, respecto al derecho a la prestación sanitaria. Pero que en este caso produce un efecto contrario en los derechos del beneficiario al que se le priva – salvo pérdida de este derecho - de la posibilidad de realizar estancias en el extranjero

⁸⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: Persona versus equilibrio financiero en la reciente jurisprudencia, Revista de Trabajo y seguridad Social, nº. 358, 2013, pág. 43.

superiores a los 90 días a lo largo de cada año natural. Sin duda razones de estabilidad financiera del sistema justifican esta limitación, pero su utilidad real es muy discutible. En cuanto al ahorro que esta medida puede suponer, la lógica hace pensar que éste será escaso ya que si no se está en España difícilmente se puede hacer uso de los servicios sanitarios. A cambio de ello, se produce mayor carga para la administración de la Seguridad Social y dificultades para los ciudadanos, tanto si deciden ir en busca de nuevas oportunidades de empleo, como si, temerosos de perder prestaciones decidan no salir. Sin contar con que esta limitación puede afectar al derecho a la libre circulación que a todos se garantiza como derecho fundamental de la Unión Europea.

3.2.2. El Derecho fundamental a la no discriminación por género.

- a) La persistencia en las reglas legales de la discriminación indirecta. La regulación del trabajo a tiempo parcial.

Siempre complicada y polémica, la determinación del periodo de carencia para tener derecho a las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial ha dado lugar a diferentes modificaciones normativas – sobre la Disposición Adicional 7ª de la LGSS- tendentes a procurar la asimilación, en la medida de lo posible, con el trabajador a jornada completa.

Importantísima por las repercusiones que ya ha tenido en nuestra legislación interna – y de la que prontamente se hicieron eco las resoluciones del Tribunal Constitucional español-, la Sentencia de 22 de noviembre de 2012, en el Asunto Elbal Moreno, dictada en relación con la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo derivada del art. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, sobre aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y mediante la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, mediante Auto de 4 de julio de 2011.

En este caso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considero –en el supuesto de una trabajadora que durante dieciocho años prestó servicios con una jornada parcial de cuatro horas a la semana—, que la doble aplicación del principio *pro rata temporis* en el acceso a la prestación y en su cuantía, que imponía una norma española – la Disposición Adicional Séptima LGSS- comportaría, aun aplicando las reglas correctoras previstas en dicha Disposición, que la demandante tendría que trabajar cien años para acreditar la carencia mínima necesaria de quince años que le diera acceso a una pensión de jubilación de 112,93 euros al mes.

A la vista de esta exposición, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó que...*una normativa como la controvertida en el litigio principal perjudica a los trabajadores a tiempo parcial, puesto que, a causa del método empleado para calcular el periodo de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión.*

Asimismo, la sentencia desarbola la argumentación esgrimida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Gobierno español, de que la previsión normativa quedaba justificada en un sistema de Seguridad Social de tipo contributivo por resultar esencial

para garantizar el equilibrio financiero del sistema. Frente a ello el TJUE argumenta que los trabajadores a tiempo parcial han contribuido con sus cotizaciones a financiar el sistema de pensiones y que, en caso de recibir una pensión, su importe se reduciría proporcionalmente en función del tiempo de trabajo y de las cotizaciones efectuadas, sin que sea factible considerar que la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial, por el hecho de haber tenido una jornada de trabajo excesivamente reducida, pueda considerarse una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de Seguridad Social de tipo contributivo.

Pero, además de todo ello, la Sentencia reconoce la existencia de una discriminación indirecta por razón de género ya que la norma cuestionada sobre los trabajadores a tiempo parcial afecta de forma mayoritaria al empleo femenino, sin que se aprecie la existencia de justificación objetiva que permita descartar la existencia de la misma. En consecuencia el Tribunal de Justicia Europeo llega a la conclusión de que el artículo 4 de la Directiva 79/7/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.

Esta sentencia abre la vía a que el Tribunal Constitucional se pronuncie definitivamente sobre esta cuestión – con considerable retraso, teniendo en cuenta que responde a una cuestión de inconstitucionalidad sobre la regla segunda del apartado 1 Disposición Adicional séptima LGSS presentada por Auto de 13 de septiembre de 2003 *para determinar si la misma es contrario a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución*-.

La STC 61/2013, de 14 de marzo, adoptada en Pleno en un supuesto de hecho similar al ya dilucidado por la STJUE de 22 de noviembre de 2012 - trabajadora a tiempo parcial que solicitaba una pensión de jubilación y que fue denegada por el INSS al considerar que no alcanzaba a cubrir el periodo mínimo de carencia -, considera que las reglas que acompañan a la previsión cuestionada, en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación, no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el art. 14 CE, sin que las medidas de corrección en su momento introducidas consiguiesen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir. Y ello, porque, atender a los días teóricos de cotización, obtenidos mediante la operación de dividir el número de horas trabajadas entre cinco, da como resultado el que los trabajadores a tiempo parcial siempre acreditarán un número de días inferior a los trabajadores a tiempo completo. Por tanto, la norma discutida, pese a introducir un procedimiento de cálculo más preciso técnicamente para la aplicación del principio de proporcionalidad, sigue manteniendo una diferencia de trato en el cómputo de los períodos cotizados entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial.

E igual crítica merece la segunda de las reglas utilizadas para determinar el periodo total de ocupación cotizado - un coeficiente multiplicador de 1,5 al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a la regla anterior - aplicable únicamente a las pensiones de jubilación e incapacidad, al ser su virtualidad como elemento de

corrección limitada, e insuficiente para evitar los efectos desproporcionados que su aplicación supone en términos de desprotección social.

Así, mientras que el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social puede justificar que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa, el principio de igualdad impide una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social - *diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial*- STC 253/2004 - .

Pero es que, además, el Tribunal Constitucional considera que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo. Destacándose los elementos que justifican tal calificación: Se trata de una disposición, en principio neutra, aplicable con independencia del sexo de los trabajadores, y, sin embargo, los datos estadísticos utilizados permiten constatar que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, con el consiguiente mayor impacto que la aplicación de la norma cuestionada puede tener sobre las trabajadoras⁸⁵.

Se trata de una Resolución importante ya que, frente a la reiterada jurisprudencia que declara la libertad del legislador en la ordenación del sistema de Seguridad Social y frente a la fuerte tendencia racionalizadora de los últimos tiempos, el Tribunal Constitucional declara – en el mismo sentido de la STJU de 22 de noviembre de 2012 - *que si bien es cierto que reiteradamente hemos proclamado la libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema de Seguridad Social en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (SSTC 128/2009, de 1 de junio; 205/2011, de 15 de diciembre), es evidente que tal libertad queda sometida al necesario respeto a los principios constitucionales y, por ende, a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación.*

En consecuencia, la sentencia declara inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la Disposición Adicional séptima LGSS, entendiéndose *que la diferencia de trato en cuanto al computo de los periodos de carencia entre trabajadores a tiempo*

⁸⁵ La encuesta de población activa, publicados por el Instituto Nacional de Estadística, muestran que, en el año 2002 —anterior a la elevación de la presente cuestión—, los varones asalariados a tiempo parcial eran 198.100, mientras las mujeres alcanzaban la cifra de 879.200, lo que supone un porcentaje superior al 81 por 100; asimismo, las estadísticas elaboradas por el Instituto de la Mujer a partir de datos de la encuesta de población activa, ponen de relieve que del total de trabajadores asalariados a tiempo parcial en el año 2003, las mujeres representaban el 82,2 por 100, porcentaje mayoritario que, con ligeras variaciones, en el primer trimestre de 2012 se ha situado en el 78,7 por 100.

parcial y a tiempo completo vulnera el artículo 14 CE tanto por lesionar el derecho a la Igualdad como por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

Reconoce además el constitucional el carácter plenamente trasladable de esta doctrina a las demás prestaciones a las que se refiere la norma, de tal manera que se extiende la declaración de inconstitucionalidad a todo el inciso inicial de la letra a) de la regla segunda del apartado primero de la Disposición Adicional 7ª, así como, por estar en íntima conexión, al segundo inciso de la letra a) y la letra b) de la misma regla. Por lo tanto también a la incapacidad permanente⁸⁶.

A esta resolución y en igual sentido han seguido otras muchas: SSTC 71/2013, de 8 de abril, 72/2013 de 8 de abril, 116/2013 de 20 de mayo y 117/2013 de 20 de mayo.

Ante el vacío legislativo por la declaración constitucional de nulidad radical de la regla de Seguridad Social – grave por el número importante de beneficiarios al que afectaba – la Ley 11/2013 – ahora Ley 1/2014, de 28 de febrero – vino a reparar de forma urgente esta situación mediante el establecimiento de una nueva regulación del sistema de cálculo de los periodos a computar para las prestaciones causadas por los trabajadores – más bien, trabajadoras – a tiempo parcial, tomando en cuenta dos parámetros: En proporción a la jornada trabajada, para cursar el derecho; y en proporción al tiempo cotizado, para calcular la cuantía de la pensión.

Las consecuencias de esta reforma para el fomento del empleo pueden ser positivas, ya que si no se asegura un régimen de equidad de trato este tipo de trabajos siempre contará con la falta de incentivo para los trabajadores, por más que los empleadores puedan solicitar que, una vez se asegure la ausencia de discriminaciones reguladoras, pueda imponerse al trabajador⁸⁷. Si bien no por ello se terminan las cuestiones ni se llega a un sistema realmente antidiscriminatorio:

Por una parte se introduce una regla que excluye, para los trabajadores con jornada más reducida y menor trayectoria laboral, el suelo del 50% de la base reguladora, que, a los efectos del porcentaje aplicable a pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, se les garantiza a los trabajadores a tiempo completo y al resto de los trabajadores a tiempo parcial. Lo cual supone una menor protección para aquellas personas que acceden a empleos más precarios normalmente no por su propia voluntad sino por condicionantes – que suelen ser de género-⁸⁸. Un ejemplo muy claro

⁸⁶ VARELA ALVAREZ-QUIÑONES, M.I.: Forma de cómputo de los periodos cotizados a tiempo parcial y durante el periodo de incapacidad temporal y su prórroga para lucrar una prestación de incapacidad permanente.

⁸⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: Nuevos capítulos de una reforma laboral sin líneas rojas: que hay de nuevo en el RD 11/2013, en Revista Trabajo y Seguridad Social, números 365-366, 2013, págs...75 a 77. Añadiendo a continuación: En esta dirección la CEOE apuesta claramente porque el empresariado pueda convertir unilateralmente contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial. Claramente expresa esta opción, cuando además, reclama que se reduzca la complejidad y rigidez de la actual regulación.

⁸⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F.: Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RD Ley 11/2013.

en Rivera Sánchez⁸⁹, entendiendo el autor que también en este caso *corresponda aplicar el complemento por mínimos*, sin embargo no parece ser esta la opción del legislador. Debemos esperar a que lo aclare la norma de desarrollo.

Y también resulta criticable la falta de resolución de otras situaciones donde persiste la desigualdad y la discriminación por género. Así, cuando se establece un periodo trimestral o anual para el cálculo de las bases reguladoras de los subsidios de incapacidad temporal, maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo o la lactancia natural – reglas contenidas en la Disp. Adicional 7^a.1.3.a) LGSS y arts. 4,5 y 5 RD 1131/2002 -, que establecen el calculo sobre periodos temporales más amplios que el de un mes para todos estos subsidios, cuando se trata de trabajadores a tiempo completo – y la consideración de periodos más amplios tiende siempre a la reducción de las bases reguladoras -⁹⁰. O cuando se establece que, para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los periodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en el último término – Dis. Adic 7^a.13.b) LGSS, desarrollada en el art. 7.2 RD 1131/2002-. De esta forma y aunque tenga una larga carrera profesional a tiempo completo, un pequeño periodo a tiempo parcial al final de la misma puede llevar a un trabajador a una merma significativa de su pensión⁹¹.

En conclusión y pese a la indudable mejora que ha supuesto la Ley 11/2013 – obligada por la doctrina del TJUE y del Tribunal Constitucional – en la eliminación de las discriminaciones en esta materia, no ha resuelto todas las cuestiones que, desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación por género, aun sigue planteando la protección social del trabajo a tiempo parcial: las cotizaciones realizadas por los trabajadores a tiempo parcial – mayoritariamente mujeres –devenían inservibles para quienes las realizaron si no se alcanzaba la carencia legalmente establecida y aún hoy día, siguen sin presentar la misma incidencia sobre la base reguladora que la correspondiente de los trabajadores a tiempo completo – mayoritariamente hombres – cuyas prestaciones se abonaban y se seguirán abonando, o al menos en parte, con esas cotizaciones inservibles o deficitarias. Sería de desear – de nuevo citando a Lousada - *que el legislador actuara motu proprio sin ir de nuevo al arrastre de decisiones judiciales*.

⁸⁹ RIVERA SANCHEZ, J.R.: La reforma del acceso a la protección social y el trabajo a tiempo parcial. Un análisis del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, en Relaciones Laborales, nº 10/2013, págs. 116 y 117: Un trabajador/a a tiempo parcial, tras la reforma legislativa habiendo trabajado el 50% bastará con 7,5 años para acceder a la pensión de jubilación. Lo que ocurre es que en base a la regla 3^a.1 Disposición Ad. 7^a, se reduce proporcionalmente su pensión de jubilación o de invalidez, que antes aseguraba en el peor de los casos el 50% de la base reguladora, al periodo que falte por alcanzar los 5475 días, con lo que puede resultar que la pensión final sea incluso de un importe menor que el que corresponda a la jubilación no contributiva (en <http://miguelonarenas.blogspot.com.es/2013/08/y-ahora-como-se-computa-mi-cotización.html>)

⁹⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F: El calculo de las bases reguladoras de las prestaciones sociales de los trabajadores a tiempo parcial” Tribuna Social, nº 158, 2004.

⁹¹ ROQUETA BUJ, R.: La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pág. 140

- b) La regulación de la pensión de viudedad de las mujeres víctimas de violencia de género.

Merece un comentario singularizado la regla que la Ley 40/2007 introdujo en el artículo 174.2 LGSS en cuanto al efecto adverso y desproporcionado que produjo en el colectivo de mujeres víctimas de violencia de género.

En esta regla se condicionaba con carácter imperativo – *en todo caso*-, el acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas a que hubieran sido acreedores de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, es decir, la fijada en el convenio regulador, y cuando la misma quedase extinguida por el fallecimiento del causante.

En base a esta regla el INSS había venido considerando como requisito para el acceso a la prestación de viudedad la previa fijación a favor del eventual beneficiario de una pensión compensatoria y su posterior extinción por el fallecimiento del causante, sin tener en cuenta que la posible renuncia al convenio regulador del artículo 97 del Código Civil por parte de la beneficiaria, podía venir motivado por una razón tan importante y grave como la de ser víctima de violencia de género, precisamente, de tal persona.

Ante estos hechos, la reacción de los Tribunales del orden social fue sensible a la situación especial de las mujeres que renunciaban a la pensión compensatoria en aras de su protección integral. Así la Sentencia 38/2008 de 22 de enero del TSJ de Cantabria reconoce a una víctima de violencia de género el derecho a la pensión de viudedad aunque existía una renuncia expresa en el proceso de divorcio a la pensión compensatoria⁹².

Llegando al mismo resultado, pero en base a una argumentación jurídica diferente, la Sentencia 329/2008 de 28 de julio del TSJ de Cataluña interpretó el artículo 174.2 LGSS, en el sentido de que esta regla legal no exige la existencia de una pensión compensatoria que se encuentre en vigor en el momento de producirse la situación de viudedad, sino que, a lo que se refiere la norma, es a la incompatibilidad entre la prestación de viudedad y la pensión compensatoria, de tal manera que lo que el precepto afirma es que, si se accede a la prestación de Seguridad Social se extinguirá la pensión compensatoria, lo que permite salvar la regla del artículo 101 del Código Civil que mantiene que la pensión compensatoria pueda subsistir tras la muerte del deudor.

⁹² Argumenta la sentencia que la probada situación de maltrato sufrido por la mujer durante los 38 años que duró su matrimonio, fue la que la obligó a renunciar a la pensión compensatoria – “no es que no tuviera derecho a una pensión compensatoria, -obviamente tenía todo el derecho, contaba con setenta años, toda una vida (38 años) dedicada a la familia, sin ninguna posibilidad de acceder al mundo laboral, sin vivienda y con la única ayuda de unos 300 € que cobraba del SOVI-, sino que la razón que la llevó a renunciar en su momento al percibo de una pensión compensatoria fue una razón de defensa y autoprotección, al no poder garantizarle los poderes públicos la necesaria protección para ella y para su hija”. En consecuencia, afirma la sentencia “la inexistencia de pensión compensatoria en el Convenio Regulador, no puede ser en este caso obstáculo para el reconocimiento de la pensión de viudedad”.

De esta forma, por la vía de resoluciones judiciales, se había ido corrigiendo una norma que claramente contravenía el espíritu y la finalidad de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, al no tener en cuenta que la renuncia de la mujer a la pensión compensatoria podía venir motivada por causas ligadas a garantizar su protección y por tanto, ajenas a la libre voluntad de la misma. O, en otro sentido, no atender a tal circunstancia suponía directamente una discriminación por razón de género y, en consecuencia únicamente procedía decretar su nulidad.

La Disp. Final Tercera de la Ley 26/2009 de 23 de diciembre, de PGE para 2010, vino a reparar esta situación al introducir la siguiente modificación en el apartado 2 del artículo 174 LGSS: *En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.*

Esta regla se complementa con la previsión legal de la nueva Disposición transitoria decimoctava LGSS que introduce la Ley 26/2009 en cuanto viene a resolver situaciones anteriores a la LOIVG y suple, de esta forma, la carencia de la acreditación formal de las mujeres como víctimas de violencia de género cuando tal situación no estaba legalmente prevista.

Se permite, de esta forma, que el derecho a la pensión de viudedad no quede condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria cuando, entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión, haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que se cumplan determinados requisitos ligados a la duración del vínculo matrimonial – que hubiera tenido una duración mínima de diez años - y a la concurrencia en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes : la existencia de hijos comunes del matrimonio, o, que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

Una importante cuestión adicional era la acreditación como víctima de violencia de género de aquellas mujeres que lo alegaban antes de la entrada en vigor de la LO 1/2004, lo que fue solventado por los Tribunales del Orden Social⁹³ y por el Tribunal Supremo -SSTS de 21 de diciembre de 2010, de 26 de enero de 2011⁹⁴ y de 5 de

⁹³ Juzgado de lo Social Huelva, n.º 3, 41/2008, de 26 de enero, TSJ de Cantabria 38/08, TSJ de Bilbao 48/09, Juzgado de lo Social n.º 3 de Madrid 92/09, TSJ de Castilla y León 118/2009, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1386/09.

⁹⁴ En este caso lo demuestra la incorporación al Programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, regulado por el Real Decreto 3/2004, de 9 de enero: “El 16/06/2006 se informa por el Servicio Territorial de Sanidad de León que: "según la Orden FAM/19/2006, de 10 de Enero de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, por la que se convocan subvenciones a empresas que facilitan la inserción sociolaboral de mujeres víctimas de violencia de género,

febrero, 2013⁹⁵- entendiendo que puede acreditarse por cualquier medio de prueba hábil en Derecho, lo que da constancia del buen sentido de nuestros Tribunales al solventar el conflicto mediante una interpretación de acuerdo, ahora sí, al espíritu y finalidad de la LO 1/2004.

- c) La pensión de viudedad. Las diferentes manifestaciones del derecho antidiscriminatorio.

La garantía del principio de igualdad, consecuencia, en la mayoría de las veces de interpretaciones judiciales, ha determinado modificaciones importantes y continuas en el régimen legal de la pensión de viudedad reconocido en el artículo 174 LGSS.

La pensión de viudedad que nace como consecuencia de la histórica situación de dependencia – económica, social, personal - de la mujer en el ámbito de la familia, difícilmente sostenible desde nuestra Constitución, se mantiene en la actualidad como forma de compensación de pérdida de ingresos. Ahora el criterio ha derivado, pasando de la exigencia de una real situación de necesidad basada en las circunstancias personales y familiares de las personas dependientes, al de la presunción de *dependencia económica* del cónyuge superviviente.

Los cambios producidos en la sociedad española y consecuentemente en el ordenamiento jurídico han dado lugar a que la regulación de la pensión de viudedad haya sido una de las reglas más modificadas de la LGSS, principalmente a fin de dar cabida a las modificaciones introducidas en el Código Civil respecto al derecho de familia en relación con el principio de igualdad constitucional. La inclusión paulatina de todas las situaciones posibles en el orden de la convivencia – a impulso en muchas ocasiones de los Tribunales internacionales - hace que esta protección referida, en principio, al caso muy concreto de la mujer viuda⁹⁶ se universalice.

Desde los primeros años ochenta la viudedad ya no es una prestación dirigida a la protección de la mujer sin recursos ante el fallecimiento de quien era el sostén económico del hogar. Como se sabe la primera modificación legislativa en esta materia se produce como consecuencia de la interpretación del principio de igualdad por parte del Tribunal Constitucional al considerar al viudo en situación de estricta igualdad con la viuda en base al artículo 14 de la Constitución – SSTC 103/1983, 104/1983 y 176/1989⁹⁷ -.

dentro de las actuaciones del Plan DIKE, la situación de maltrato de la trabajadora ha sido acreditada a este Organismo mediante uno de los criterios establecidos a estos efectos en la Base segunda de la citada Orden.

⁹⁵ STS 5 de febrero de 2013: “La exención del requisito de pensión compensatoria actúa siempre, tanto en los supuestos en los que nunca se le hubiera reconocido como sí, reconocida inicialmente, se hubiera extinguido antes del fallecimiento del causante.

⁹⁶ Excepcionalmente se reconocía la pensión de viudedad al cónyuge varón cuando al tiempo de fallecer su esposa estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo de la fallecida.

⁹⁷ STC 103/1983, de 22 de noviembre: *la regla del artículo 160 LGSS contiene una discriminación del viudo respecto de la viuda en el derecho de pensión. Por ello se declara la*

El requisito que abría el derecho a recibir la pensión de viudedad era la existencia del matrimonio – “el cónyuge superviviente”, se dice en el artículo 174.1 LGSS - . Entendiéndose por matrimonio el legalmente reconocido por lo que, en principio, solo se admitía el contraído por alguno de los procedimientos previstos por el artículo 49 CC, matrimonio civil o eclesiástico⁹⁸. A partir de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio se considera cónyuge la persona casada con otra con independencia de que ambos sean del mismo o distinto sexo.

No obstante, el requisito de contraer matrimonio por las vías legalmente previstas ha sido matizado y reinterpretado a la luz de la hermenéutica del Tribunal de Justicia europeo. Así la STDH de 8 de diciembre de 2009, aplicando el artículo 14 del CEDH – prohibición de discriminación de las minorías – reconoció el derecho a obtener la pensión de viudedad en nuestro país a una mujer de etnia gitana que había contraído matrimonio por el rito gitano, derecho que anteriormente le había sido negado por la STC 69/2007, de 16 de abril, al entender que el legislador podía condicionar el acceso a las prestaciones sociales al cumplimiento de determinadas condiciones objetivas y en sí mismo no discriminatorias⁹⁹.

Incluso, pese a que el requisito del matrimonio se mantiene,- art. 174.1 LGSS - se abre la vía a la pensión de viudedad a las parejas de hecho que cumplan determinadas condiciones. De esta forma, y pese a la actitud inmovilista del Tribunal Constitucional durante un largo periodo de tiempo¹⁰⁰ - fundamentada sin duda por la norma legal -, que

inconstitucionalidad de esta norma.; STC 176/1989, de 30 de octubre: *El artículo 3 del RD-Ley de 2-9-1955 respecto a las prestaciones del SOVI que solo las reconoce a favor de las viudas implica una diferencia de trato basada en el sexo. Lo que supone una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley*, por lo que la regla se declara inconstitucional.

⁹⁸ En un supuesto de matrimonio eclesiástico y, sin embargo, no inscrito en el Registro Civil la STC 199/2004 reconoció el amparo puesto que la consideración de inexistente del matrimonio no inscrito y la negación de la condición de cónyuge a quien ha demostrado su válido vínculo matrimonial, *pone de manifiesto que se otorga a la inscripción un valor constitutivo, lo que no resulta acorde a lo que expresamente establece el apartado 1 del art. 61 del Código civil, a la par que aboca a un resultado claramente desproporcionado como es la denegación de la pensión.*

⁹⁹ “No supone discriminación por razones sociales que el legislador limite la protección de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada...ya que el tratamiento dado a las uniones more uxorio no toma como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a previsiones legales, que en ninguna forma se condicionan a la pertenencia a una raza sino exclusivamente a consideraciones civiles o religiosas.

¹⁰⁰ STC 184/1990: “En anteriores resoluciones de inadmisión de demandas de amparo este Tribunal ha declarado ya que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida» (ATC 156/1987), y ello también respecto de las pensiones de viudedad, precisando a este propósito que la actual regulación de tales pensiones no vulnera lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución (ATC 788/1987; en sentido análogo, AATC 1.021/1988 y 1.022/1988 en relación con el subsidio de desempleo por responsabilidades familiares previsto en el art. 13 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección del desempleo), ni contiene discriminación alguna

le llevó a no tener en cuenta las importantes novedades en la realidad social que se habían producido en los últimos años destinadas a incorporar en plano de igualdad a las uniones no matrimoniales con las matrimoniales¹⁰¹, desconociendo, además, la consideración de las parejas de hecho como objetivo político de la acción legislativa de diferentes Comunidades Autónomas¹⁰², e ignorando la generalización de las uniones de convivencia lo que podía dar lugar a situaciones de desprotección social para el superviviente cuando fallece quien es el único sostén de la familia con el que ha mantenido en vida vínculos estables de asistencia y apoyo mutuo - desigualdad de trato más injustificada si se atiende al carácter contributivo de la pensión de viudedad -. La reforma introducida por la Ley 40/2007 viene a reparar esta situación al reconocer tal derecho a quién se considere pareja de hecho y “acredite convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no menor de cinco años”¹⁰³.

Se acaba de esta forma con la diferencia de trato entre formas de convivencia matrimonial y extramatrimonial sin justificación razonable¹⁰⁴, si bien no de manera

en función de una «circunstancia social» que trate de excluir socialmente a las parejas que no hayan contraído matrimonio”. STC 29/1991, de 14 de febrero: La diferencia de trato legislativo en base a la carencia de la condición legal de viuda exigida en el art. 160 LGSS no constituye una vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la Ley, al no tratarse de una situación equivalente a la del matrimonio, pudiendo el legislador, dentro de su amplia libertad de decisión, deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida.

¹⁰¹ Ejemplos paradigmáticos el RD 288/2003, de 7 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, en donde se equipara al cónyuge de la persona fallecida con “la persona que hubiese convivido con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge, cualquiera que sea su orientación sexual, durante al menos los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso, bastará la mera convivencia” – art. 7.2 a) -. Criterio ya mantenido con anterioridad en la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, modificada por Ley 2/2003, de 12 de marzo y el RD 1912/1999, de 17 de diciembre.

¹⁰² En diferentes normas autonómicas como : la Ley 10/1998, de 15 de Julio, de uniones estables de pareja (Cataluña) ; la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables casadas (Aragón); en la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables (Navarra); en la Ley 1/2000, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho (Valencia); en la Ley 18/2001, de 19 de diciembre de Parejas Estables (Balears); en la Ley 11/2001, de 19 de diciembre de Parejas de Hecho (Madrid).

¹⁰³ STS de 3 de mayo de 2011 exigía para tener derecho a la pensión de viudedad que la pareja de hecho se acreditase mediante inscripción en el registro específico de la comunidad Autónoma o bien a través de documento público, sin que a tales efectos se considere documento público hábil el libro de Familia. No obstante la STS de 26 de septiembre 2011: en el supuesto de parejas de hecho no inscritas en registros oficiales y en el supuesto de fallecimiento del causante antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, se admite la posibilidad de acreditar la convivencia por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

¹⁰⁴ Como señala el voto particular a la STS de 3 de mayo de 2011 “en el supuesto de uniones estables, tal daño o reparación económica negativa se produce con independencia de que exista o no vínculo matrimonial. Se da así, en sentido lato, una «situación de necesidad» en los términos del art. 41 de la C.E., situación que afecta tanto al superviviente de una unión matrimonial como al de una unión de hecho. Y ello no obstante, el art. 160 de la Ley General de

definitiva ni total al hacer recaer en la pareja de hecho especiales requisitos de convivencia y estabilidad¹⁰⁵, así como la existencia de dependencia económica del sujeto que sobrevive respecto del causante¹⁰⁶, requisitos que no se exigen en las matrimoniales – ello porque “*siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento*” STC 125/2003, de 19 de junio -.

Sin embargo esta doctrina resulta cuestionada a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de 13 de junio de 1979 - Asunto Marckx, en donde se reconoció en beneficio del solicitante que el art. 8 del Convenio de Roma no distingue entre familia legítima o ilegítima -; y de 18 de diciembre de 1986 - Asunto Johnston, en donde se consideró que las reglas protectoras deben ser aplicables tanto a la familia natural como a la legítima-.

la Seguridad Social, basándose en un criterio radicalmente ajeno a los objetivos y el ámbito constitucionales de la Seguridad Social definidos en el art. 41 C.E., como es la existencia o no de vínculo matrimonial, establece una diferencia de trato entre situaciones idénticas de daño económico; concede una pensión al superviviente de una unión matrimonial, y se la niega al superviviente de una unión estable no matrimonial. Se produce, por tanto, una vulneración del principio de igualdad del art. 14 C.E., en relación con los mandatos del art. 41 de la misma norma, al no haber una justificación razonable, sino opuesta a las previsiones constitucionales, de la diferencia de tratamiento. Ello debería conducir a la declaración de inconstitucionalidad del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social y, consecuentemente, de la Disposición adicional décima. 2, de la Ley 30/1981, en cuanto excluyen de la pensión allí prevista al superviviente de uniones estables no matrimoniales”.

¹⁰⁵ STS de 25 de noviembre 2013 “Y aunque la Sala no comparta la corrección de esta «ratio decidendi», pues el requisito de no tener vínculo matrimonial con otra persona para configurar la pareja de hecho, no es preciso que se cumpla durante los cinco o seis años de convivencia exigidos legalmente a tales efectos, sino que será suficiente con que concurra en el momento inmediatamente anterior al fallecimiento del causante (SSTS 14/07/11; 21/07/11 ; 26/07/11 ; 08/11/11 ; y 13/03/12), lo cierto es que ni el recurso plantea esta cuestión ni tampoco lo hace la sentencia referencial, en la que el objeto de la litis se concreta en el relativo a los medios probatorios con los que acreditar el periodo de convivencia, y que el TSJ Canarias entiende que deber ser todos los admisibles en Derecho, y no el empadronamiento, tal como -por otro lado- sostiene reiteradamente esta Sala (SSTS 25/05/10 ; 22/11/11; y 26/12/11). Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar que el recurso ha de ser desestimado, porque cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (SSTS 03/04/92; 3/07/13; y 09/07/13).

¹⁰⁶ Artículo 174.3 LGSS: Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

El desigual tratamiento da lugar a una nueva diferenciación jurídica, quedando las parejas de hecho excluidas del derecho a la pensión temporal de viudedad que el artículo 174 bis LGSS - introducido por la Ley 40/2007, Disp. Adicional tercera - establece a favor de quienes no tengan derecho a la pensión de viudedad por no reunir el periodo de carencia mínima de un año de matrimonio. Pese a que realmente más que una pensión propiamente dicha se trate de un subsidio dada su naturaleza temporal¹⁰⁷, cabe la misma crítica realizada anteriormente, cuando se cumplan los demás requisitos de dependencia económica del causante y de escasos ingresos, cuando ya, el legislador ha equiparado a las parejas de hecho con las matrimoniales en cuanto al derecho en si.

Finalmente una regla general – art. 174.4 LGSS – declara la extinción de la pensión de viudedad *en todos los supuestos a los que se refiere este artículo* cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos contemplados en esta norma, *sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente*. Por ello resultó humanamente reconfortante la excepción que en su momento introdujo el RD 1465/2001 al permitir conservar la pensión de viudedad a pesar de la celebración de un nuevo matrimonio en determinadas circunstancias relativas a la edad y a la escasa cuantía de los ingresos. Regla que alivió considerablemente el problema de conciencia en que se encontraban muchos pensionistas abocados a la convivencia *more uxorio*, si querían mantener sus exiguas pensiones.

3.2.3. El Derecho fundamental a la no discriminación por orientación e identidad sexual

La recepción en los Tratados Internacionales del derecho antidiscriminatorio de las personas por razón de su identidad u orientación sexual se ha equiparado en ocasiones a la discriminación por razón de sexo, en todo caso bajo la perspectiva más general de desigualdades de género. Así en el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en donde establece una clausula general antidiscriminatoria, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual.

No obstante la discriminación por razón de identidad de género – entendida de un modo amplio – afecta a situaciones objetivas sustancialmente diferentes a la discriminación por razón de sexo. En todo caso es cierto que la prohibición de discriminación por razón de sexo ha significado, en muchos sentidos, la puerta para el reconocimiento de estas formas discriminatorias y que resulta útil el conocimiento de la solución legal y jurisprudencial dada a estas situaciones en torno a la relación entre identidad sexual y la discriminación¹⁰⁸.

¹⁰⁷ MONEREO, J.L., MOLINA, C, QUESADA, R: Manual de Derecho de la Seguridad Social, 9º Ed. Tecnos, 2013, pág. 398.

¹⁰⁸ PERAN QUESADA, S.: Tesis doctoral. Derecho Social y Género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones socio-laborales, Málaga, 2013.

En el ámbito de la Unión Europea¹⁰⁹, el artículo 10 TFUE incluye la orientación sexual como una de las causas de discriminación prohibidas, distinta de la discriminación por sexo – *En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual* -. Y, en igual sentido el artículo 21.1 de de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual* –.

Lo importante en este caso es como, con fundamento en el texto de los Tratados y en la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación – que incluye expresamente dentro de su ámbito protector la orientación sexual -, la jurisprudencia del TJUE, ha reconocido el derecho a la prestación de la pareja superviviente en una relación de convivencia de hecho, cuando el derecho a causar tal prestación recaía en una persona transexual y cuando, además, en la legislación nacional estaba prohibido el matrimonio en este supuesto y en el de la homosexualidad, utilizando el TJUE el mismo criterio de aplicación directa del antiguo artículo 141 – hoy artículo 157 TFUE – respecto a este tipo de discriminación. En este sentido la STJUE de 7 de enero de 2004, Asunto C-117/01 K.B. versus National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health, declara que *establecer una limitación sin justificación proporcionada apoyada en criterios objetivos, constituye una discriminación directa contraria al art. 141 CE* y no de discriminación indirecta, lo que se daría sí se recurriese a criterios distintos del sexo, algo que no sucede en este caso donde el impedimento matrimonial tiene su raíz y su única explicación en el cambio de sexo del interesado. Concluye la sentencia afirmando que *“la prohibición de discriminación basada en el sexo, consagrada en el art. 141 CE se opone a una normativa nacional que al negar el derecho de los transexuales a contraer matrimonio de conformidad con su sexo adquirido, les priva de acceder a una pensión de viudedad”*.

En el mismo sentido se manifiesta la también relevante STJUE, de 1 de abril de 2008, Asunto Maruko, en este caso contemplando una legislación discriminatoria por razón de orientación sexual. Reconoce la Sentencia que, si bien la ley alemana reserva el matrimonio sólo a las personas de diferente sexo, ha creado la figura de la *pareja estable inscrita* cuyas condiciones se han ido asimilando progresivamente a las

¹⁰⁹ Importante mencionar el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al considerar que la orientación sexual es una noción incluida dentro de su artículo 14, ya que. Como afirma *la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo* - STEDH de 21 de diciembre de 1999 -; así mismo que, en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por Tratado, la justificación de las conductas atentatorias del mismo deben ser plenamente justificable en base a criterios objetivos y en si mismos no discriminatorios, al tratarse de un colectivo históricamente en notoria posición de desventaja social y de desigualdad y marginación sustancial - y en igual sentido las SSTEDH de 9 de enero de 2003, y 24 de julio de 2003, de 10 de febrero de 2004, de 3 de febrero de 2005, ó 2 de junio de 2005- .

aplicables al matrimonio. Por lo que estima, en consecuencia, que la negativa a conceder una pensión de supervivencia a un miembro de una pareja estable inscrita, en base a los Estatutos del régimen profesional suscrito por el causante – que limitaba la concesión de la pensión de supervivencia solamente a los cónyuges supervivientes – constituye una discriminación directa por motivos de orientación sexual, al no poder las parejas del mismo sexo contraer matrimonio.

En una situación similar – denegación de una pensión complementaria de jubilación a un ciudadano alemán por el hecho de estar inscrito como pareja de hecho ya que la ley alemana no reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo – la STJUE de 10 de mayo de 2011, Asunto, Römer¹¹⁰ el Tribunal siguiendo el razonamiento ya expuesto en el Asunto Maruko, afirmó que una pensión de viudedad (de supervivencia) quedaba incluida dentro del ámbito de la Directiva 2000/78/CE, al tener la naturaleza de retribución contemplada en el artículo 157 TFUE – es decir, la noción construida para la discriminación por razón de sexo más amplia que la de salario –, que aquí también se aplica.

En nuestro texto constitucional la orientación sexual no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, si bien, como se afirma en la STC 41/2006 – la primera en la que se reconoció la homosexualidad como una de las categorías de discriminación prohibidas en el artículo 14 CE – se trata de una de las causas incluida en la cláusula “cualquier otra circunstancia personal o social”.

Existen, además en nuestro ordenamiento dos leyes que trasladan el reconocimiento constitucional al ámbito legislativo. Se trata de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por la que se permite la rectificación del sexo en el registro Civil a efectos de que no resulte discordante el sexo registral con la identidad sexual. Y la ya citada Ley 13/2005, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo.

En materia de reconocimiento de la pensión de viudedad, el derecho de las parejas sobrevivientes del mismo sexo o transexuales que hayan contraído matrimonio civil o sean parejas de hecho se le reconoce de igual forma que en los supuestos de cónyuges o parejas de hecho heterosexuales.

Quedaba, sin embargo, una regla conflictiva, ya declarada nula por el Tribunal Constitucional por contradecir el principio fundamental a la igualdad. Se trata de la Disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, en cuanto establecía, con carácter excepcional y transitorio, el derecho a la pensión de viudedad cuando, habiendo fallecido el causante antes del 1 de enero de 2008 – fecha de entrada en vigor de dicha Ley – la convivencia como pareja de hecho según el artículo 174.3 LGSS hubiera sido al menos de seis años y se hubieran tenido hijos comunes.

Requisito este último que fue declarado inconstitucional y nulo por contener una discriminación por orientación sexual, al no poder cumplirse ni jurídica ni

¹¹⁰ Ver sobre esta Sentencia en MIRANDA BOTO, J.M. : Reseña de la jurisprudencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009-2011) , Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, n. 107, 2013, pág. 184 y 185.

biológicamente la condición requerida en el momento de producirse el hecho causante, en el caso de las parejas del mismo sexo - *tal exigencia vulnera el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 CE, pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón de que hubieran tenido o no hijos en común, no solo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial, sino que conduce, además, a un resultado desproporcionado, al impedir, injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho, el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento la exigencia de haber tenido hijos comunes*- STC 41/2013 -.De nuevo, un requisito legal, en apariencia neutro, pero que daba lugar a un resultado discriminatorio, en este caso, por razón de orientación sexual y por tanto, contrario al principio de igualdad del artículo 14 CE.

A esta sentencia han seguido dos pronunciamientos más del Tribunal Constitucional en recurso de amparo. Así la STC 55/2013, de 11 de marzo, otorga el amparo aplicando la doctrina sentada anteriormente y *ya que la norma sobre la que se basa ha sido declarada inconstitucional y nula por vulnerar el derecho a la igualdad ante la Ley*.

Y, en igual sentido la STC 77/2013, de 8 de abril en donde se declara que *el requisito establecido en la letra c) de la D.A.3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que exige, para el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, en el supuesto de hechos causantes acaecidos antes de la entrada en vigor de la Ley, la circunstancia de que hubieran tenido hijos comunes, resulta de imposible cumplimiento para las personas transexuales, ya que biológicamente no pueden tener hijos*. Por lo que se trata de una exigencia de muy difícil o imposible cumplimiento.

IV REFLEXIÓN FINAL. EL DERECHO (FUNDAMENTAL) A LA SEGURIDAD SOCIAL

El retroceso social que ha supuesto en nuestro país el conjunto de medidas adoptadas como consecuencia de la crisis financiera que sacude las economías norteamericanas/europeas a partir del año 2007, ha dado lugar, entre otros males, al reforzamiento del pensamiento neoliberal¹¹¹ basado en la idea de individualización, frente al de socialización, en la supresión de los gastos sociales frente al Estado benefactor comprometido en el aseguramiento de derechos de los ciudadanos, tales como el de a la salud, a la educación, a la vivienda, a la protección social... Como dijo Touraine, *la vida económica, por tanto, por encima de los principios culturales y morales*¹¹².

¹¹¹ *Este pensamiento neoliberal que pretende imponerse en el mundo, defiende a su vez su primacía como depositario de los valores de una civilización universal* Como ya anunciara Huntington, S.P.: *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*”, Paidós, Barcelona, 1997.

¹¹² TOURAINE, A. : “La sociedad desocializada”, en teorías para una nueva sociedad. Seminario celebrado en la residencia de Estudiantes, Madrid, 18 y 19 junio 2001.

La situación de déficit estructural en el sistema público de Seguridad Social – incrementado o retroalimentado por la obligación de atender a los estados de necesidad agravados por las variables recesivas del ciclo económico, lo que aumenta los gastos de desempleo, principalmente y disminuye la entrada de ingresos como consecuencia de la dramática caída de empleo y por tanto, de cotizantes, está dando lugar, sin duda, a un replanteamiento del intervencionismo público en el campo de la protección social¹¹³.

Ahora, con una situación económica claramente diferente a la de los años gloriosos del sistema público de bienestar - y sin embargo, desde los años setenta cuestionado en la medida que, se denuncia desde los ámbitos conservadores, es incapaz de resolver todas los problemas que surgen en su seno, o incluso de provocar otros nuevos¹¹⁴ -, gana terreno la teoría económica del neo-laissez-faire, en cuanto señala que las demandas, cada vez mayores que exigen los gastos sociales al presupuesto del Estado, solo conducen a unos niveles de deuda pública sin precedentes y, en consecuencia, los Gobiernos deben actuar reduciendo tales gastos y especialmente los derivados del sistema público de Seguridad Social, a fin de mantenerlos aunque sea reducidos a formulas asistenciales. En este estado de cosas, precisa Habermas¹¹⁵, la tendencia a la crisis está determinada por la ley del valor, y el Estado pasa a ser un mecanismo autorregulador en el proceso de valorización del beneficio, con lo que la crisis económica se impone a través de la crisis social.

¹¹³ MONEREO PEREZ, J.L.: en Comentario a la Constitución socio-económica de España, (Dirección: Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N.) Comares, 2002, Pág., 951.

¹¹⁴ En cuanto el capital, dependiente de los efectos estimulantes y reguladores de las políticas intervencionistas, y el trabajo, en la medida que confía en la sociedad de bienestar, han quedado afectados de manera que alteran y socavan la dinámica del crecimiento económico en este sentido OFFE, C.: Contradicciones en el Estado de Bienestar, Alianza Universidad, 1990, págs.. 142-150: recogiendo el pensamiento de economistas y sociólogos como CROIZIER, M.: The Crisi of Democracy, NYU Pres, 1975, págs., 59 a 118; Huntington: The united Status, Goldthorpe, J.: The Current Inflation; o estudios como OECD: The Welfare State in crisis, Paris, 1981.

¹¹⁵ Habermas, J.: Problemas de legitimación en el capitalismo tardío, Buenos Aires, 1986. En el Diccionario crítico de Ciencias Sociales (Dir. Reyes, R., autora Muñoz, B.): En el capitalismo liberal el mercado no cumplió por sí solo las funciones de la socialización en el sentido de la integración social; la relación de clases pudo adoptar la forma no-política de la relación entre trabajo asalariado y capital, pero sólo bajo esta condición: que el Estado asegurase las premisas generales de la producción. Ahora bien, la crisis económica surge cuando la cuota de ganancia y la valorización del capital decrecen. El sistema económico requiere input en trabajo y capital transformados en valores consumibles. Para el modo de producción capitalista es atípica una crisis atribuida a insuficiencias de input. Las perturbaciones del capitalismo liberal fueron crisis de output que trastornaron la distribución de valores canalizada en conformidad con el sistema por la vía del ciclo Mas, si en el capitalismo avanzado persisten las tendencias a la crisis económica, ello significa que la intervención del Estado en el proceso de valorización obedece a los mecanismos de mercado, a las leyes económicas que operan espontáneamente y están sometidas a la lógica de la crisis económica, como en etapas históricas anteriores.

La continua cascada de normas restrictivas basadas en la contención del gasto público – obedeciendo la exigencia europea de limitar la capacidad de endeudamiento del Estado, que motivo la reforma constitucional -, la política laboral empeñada en deconstruir un sistema de derechos y garantías con el pretexto de la mejora de la situación económica-financiera, las medidas dirigidas a reducir las cotizaciones sociales de forma generalizada con el consiguiente efecto en el empleo y en la capacidad de mantenimiento de niveles dignos en la protección social, el impulso público hacia el negocio privado...Esto es el balance, por ahora. Y el resultado: el aumento de la desigualdad¹¹⁶, el significativo avance del paro de larga duración en 2012¹¹⁷ y el progresivo aumento del nivel de cobertura y, en correspondencia, el aumento de la desprotección social de un número cada vez mayor de desempleados, que afecta especialmente a los parados de larga duración, así como a las personas que no reúnen los periodos de cotización suficientes para optar a una prestación por desempleo¹¹⁸, la incidencia del paro de larga duración en los hogares y el incremento de las personas que carecen de ingresos suficientes, con el riesgo de cronificación de situaciones de pobreza que hasta ahora podían ser coyunturales¹¹⁹.

En el Informe Anual del Comité de protección social de la Unión Europea, en donde se incluye un balance del impacto social de la crisis, en el marco de la Estrategia Europa 2020, se pone de relieve como la crisis ha aumentado la dependencia de la población de las transferencias sociales, y en ese sentido, los sistemas de protección social han actuado como estabilizadores automáticos de la economía. Es el ideal que fundamentó el Estado de Bienestar como mecanismo eficaz e, incluso, perfecto para ordenar y controlar los principales problemas socioeconómicos y políticos de las sociedades capitalistas avanzadas. Sin embargo, como ya denunciara Offe¹²⁰ las circunstancias que motivaron el nacimiento del Estado de Bienestar ya no existen, y por tanto su finalidad de contención del conflicto social puede convertirse ya en inoperante.

Un liberalismo atroz e inmisericorde recorre el mundo, y mientras haya cierto nivel aseguratorio el sistema funcionara. Lo realmente dramático sería que incluso podría mantenerse sin ese límite. Por ahora nuestra Constitución y los derechos sociales

¹¹⁶ De 2012 a 2013 la tasa de riesgo de pobreza aumento del 27,7 al 28,2 de la población total. Y la diferencia entre los ingresos del 20 por 100 más rico y el 20 por 100 más pobre de los españoles subió de 7,8 veces a 8,1. El número de millonarios aumento un 5,4 por 100 en 2012. Torres López, J.: Los dos años de Rajoy, El País, 22 de diciembre de 2013.

¹¹⁷ Cuya consecuencia ha sido una nueva norma - el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad – que endurece el acceso al subsidio de desempleo y a la renta activa de inserción, al tiempo que reduce la cuantía de la prestación contributiva a partir del sexto mes.

¹¹⁸ Según la Memoria sobre la Situación socioeconómica y laboral. España, 2012, pág. 48. : En 2012, la protección social por desempleo siguió alcanzando a 2,9 millones de beneficiarios de prestaciones en media anual. El alargamiento de la crisis está dando lugar al aumento de la incidencia del paro de larga duración en los hogares y de los que carecen de ingresos suficientes, con el riesgo de cronificación de situaciones de pobreza que hasta ahora podías ser coyunturales.

¹¹⁹ Informa Oxfam Intermon España 2011-2012.

¹²⁰ OFFE, C.: Contradicciones en el Estado de Bienestar, Alianza Universidad, 1990, pág. 139.

contenidos en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea impiden formalmente la implantación de un modelo residualista de Seguridad Social de mera asistencia pública, lo que no se correspondería con los principios de igualdad, de eficiencia y de solidaridad que lo informan. Si bien, lo realmente significativo, es que difícilmente se volverá a los parámetros de bienestar social que hemos disfrutado.

Por ello resultan proféticas las palabras con las que el profesor Vida, desde su conocimiento y su experiencia, no sin ironía y con clara lucidez termino su lección inaugural del curso 200-2001 en la Universidad de Granada: *A fin de que los jóvenes no acaben por preguntarse – por preguntarnos - “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”*.